

La tradició constitucional catalana en el camí cap a l'estat independent i el procés constituent

Hèctor López Bofill

1. Els fonaments de la rigidesa constitucional i els seus problemes a Catalunya.

Els catalans tenim motius per malfiar d'una concepció del constitucionalisme entès com l'existència d'una norma suprema que limita al legislador democràtic i que, per a la seva reforma, requereix de majories qualificades. La ultra rigidesa de la Constitució Espanyola de 1978 en allò que afecta a la “unidad indisoluble de la Nación Española” ha estat el principal argument per negar la constitucionalitat de la celebració d'un referèndum d'independència i així, posar grans obstacles a la solució del contenciós català per una via democràtica centrada en els afectats per la decisió, això és, en la ciutadania de Catalunya i articulada a través d'un diàleg polític entre les institucions catalanes i les espanyoles. Sí, les àrdues dificultats amb les quals ho topat l'anhel de sobirania a Catalunya, així com, de fet, la precària construcció de l'autogovern i del reconeixement nacional durant l'autonomisme (en part també a causa d'interpretacions restrictives de la supremacia constitucional) fan que el model de constitució rígida no hagi de ser gaire benvingut en la construcció del nou estat.

En general, la pròpia noció de constitucionalisme en aquest sentit de supremacia imposada al representants democràticament escollits ha estat molt criticada per diverses escoles durant dècades, començant per la llarga tradició jurídica als Estats Units que ha mostrat un gran recel cap al poder de la Cort Suprema i la seva capacitat de fer prevaldre les seves decisions fonamentades en la interpretació d'una Constitució Federal, també molt rígida, per justificar la inaplicació de lleis aprovades pels representants de la ciutadania.

Aquesta mena de crítiques parteixen de diverses línies argumentals però aquí jo sols en destacaria dues. El primer argument contra la mera idea de constitucionalisme i de la supremacia normativa de la constitució és de caràcter històric i es relaciona amb el dubtós origen democràtic de la norma que està investida amb el poder d'invalidar les lleis aprovades pel legislador democràtic. Per legitimar aquesta supremacia s'han bastit narratives sobre la suposada mobilització popular que ha acompanyat l'aprovació de la norma constitucional i el moment d'especial participació de la ciutadania en la

construcció del nou règim, però el mínim anàlisi històric revela que, normalment, l'aprovació d'una constitució és més aviat fruit de turbulències polítiques molt condicionades per la violència i les coaccions que són exactament el contrari del que s'hauria d'esperar d'una deliberació pública serena sobre el disseny de les institucions a les quals se subjectarà una societat en el futur. És més, en aquesta línia, alguns autors, com James Tully, han subratllat que la idea de constitució rígida no és més que la traducció jurídica d'un assalt al poder per part de determinades elits (elits socioeconòmiques, elits nacionals, elits ètniques) per assegurar la perpetuació de la seva posició privilegiada de dominació sobre els altres grups, de manera que el procés democràtic futur sigui incapaç d'amenaçar els pilars en els quals els estaments privilegiats han fomentat el seu règim. Una constitució seria doncs una "congelació" a través del dret d'unes relacions de dominació aconseguides per la força. Potser no seria sobrer mirar la Constitució Espanyola de 1978 i l'obsessió dels seus creadors i dels seus intèrprets per assegurar la primacia de la nació espanyola respecte els altres grups nacionals amb aquestes ulleres. Però ara és una reflexió que no ens afecta perquè ens trobem en una fase de mirar cap endavant en la construcció d'un estat propi i tal vegada deixar al marge els traumes associats al sistema del qual ens escindim.

L'altre línia argumental de crítica cap a la idea de constitució rígida, que té certament també a veure amb la poca solvència històrica del mite d'un poble unit que es dota d'una norma constitucional de manera lliure i amb plena participació política dels membres de la comunitat, és que la supremacia constitucional sols s'hauria de justificar per protegir els drets fonamentals i les condicions essencials per fer possible el debat democràtic. Per exemple, caldria protegir la llibertat d'expressió contra l'amenaça d'una majoria democràtica d'eliminar-la perquè sense aquest dret no es podria reproduir el debat democràtic en unes condicions que permetessin una participació igualitària i justa de tots els membres de la comunitat. En aquest concepte "mínim" d'una constitució rígida no hi tindrien cabuda, doncs, altres prescripcions que són les que habitualment integren els textos constitucionals com, per exemple, les clàusules de tipus nacionalista com, altre cop, la proclamació de la "indissoluble unitat de la nació espanyola" de l'article 2 de la Constitució de 1978. Però, per no posar només exemples de prevalença d'un ordre nacional també caldria al·ludir a les clàusules que consagren la prevalença d'un ordre econòmic, capítol en el qual hauríem d'incloure, així mateix, les regles de l'equilibri pressupostari introduïdes en algunes constitucions d'estats de la Unió Europea, entre elles l'article 135 de la Constitució Espanyola (en una reforma l'any

2011 que, per cert, representa l'antítesi de l'obertura, de la transparència i de la participació ciutadanes que al meu parer un canvi constitucional hauria d'expressar).

En definitiva, hi ha molts motius per dubtar de les bondats d'un règim constitucional basat en la supremacia de la constitució amb la garantia d'un procés de reforma de majoria qualificada. I penso que en el cas català, si ens hem de col·locar a les portes d'un procés constituent, potser pagaria la pena que iniciéssim una reflexió sobre si ens cal recórrer a aquest model o podríem explorar l'adopció d'un altre que, essencialment, consistiria en un sistema de constitució flexible en el qual el legislador ordinari pogués reformar tots els aspectes de l'ordre polític sense majories qualificades i, en qualsevol cas, la ciutadania tingués un paper important en la creació i reconstrucció de les estructures constitucionals.

2. La constitució flexible i la tradició catalana.

El principal representant d'aquest model de constitució flexible és, com és prou sabut, el Regne Unit de la Gran Bretanya i d'Irlanda del Nord (també s'hi pot afegir Israel o Nova Zelanda, en els quals val a dir que la influència britànica ha estat cabdal en la seva definició). Una de les raons que expliquen la singularitat del Regne Unit és que el seu constitucionalisme modern és fruit no pas d'una ruptura sinó d'una evolució del seu constitucionalisme tradicional. Doncs bé, cal tenir present que si hi ha algun sistema amb elements de modernitat presents en el seu constitucionalisme tradicional comparable a l'anglès/britànic és el constitucionalisme català anterior a 1714. En essència, la meua intuïció és que si el nostre sistema tradicional era proper al d'un model de constitució flexible (amb tots els condicionants d'un sistema destruït abans de l'adveniment de la modernitat i per tant encara tributari d'una societat estamental) potser caldria explorar la viabilitat d'adoptar un model d'aquesta mena per a l'estat català del futur.

Certament, amb totes les limitacions d'un sistema d'organització del poder desenvolupat a l'Antic Règim, el nostre model constitucional presentava unes certes característiques pròpies del constitucionalisme modern: per començar, el rei no gaudia de la potestat normativa suprema sinó que aquesta es predicava de la unió del rei amb els Braços (amb la representació de la comunitat) una estructura que revelava la idea de participació política de diversos actors i, sobretot, de pacte. Aquesta supremacia normativa de les normes paccionades, i aquí trobaríem la connexió amb el model

flexible, no es predicava sols d'una categoria normativa (les constitucions) sinó de totes aquelles aprovades pel rei en Corts (com, per exemple, els actes i capítols de cort) a més del valor normatiu constitucional del costum (d'una manera anàloga a com es produeix en la tradició britànica). La idea és que no hi ha distincions de procediment pel que fa al dret legislat (l'aprovació del rei en Corts) entre les normes que es podrien considerar constitucionals i la resta del corpus normatiu.

D'altra banda, en el sistema constitucional del dret català anterior a 1714 ja existia una noció força avançada del que en l'actualitat podríem designar com a estat de dret o *Rule of Law* en la seva versió saxona, i una il·lustrativa mostra d'això és que també el rei i els seus oficials es trobaven subjectes al dret paccionat, una característica que apareix formulada d'ençà de l'anomenada Constitució de l'Observança aprovada a les Corts de Barcelona de 1480-1481 i que es consolida amb plena efectivitat especialment a partir de la instauració del Tribunal de Contrafaccions establert a les constitucions aprovades a les Corts de Barcelona de 1701-1702 en la mesura que també els actes reials eren objecte d'enjudiciament per un òrgan judicial compost de forma paritària entre representants del rei i representants dels Braços.

Fou precisament en el marc de l'aprovació del Tribunal de Contrafaccions que emergí la consolidació d'un sistema de drets individuals. Tot i ser veritat que el caràcter estamental que definia la societat catalana anterior a 1714 impedeix parlar del sistema de drets en el sentit contemporani (que parteix d'un reconeixement igualitari de les llibertats atribuïdes a tots els ciutadans) cal remarcar que en el cas català, en els inicis del segle XVIII, ens trobem davant d'una de les comunitats europees en la que les esferes de llibertat de de la persona es trobaven esteses a un sector més ampli de la població. A més, a Catalunya trobem tot un ventall de drets referits a la llibertat civil i a les garanties davant el procés penal (drets a un judici equitatiu, a una resolució fonamentada en dret, garanties front la detenció, garanties del dret de propietat) i, en general, davant la intervenció pública, que només comunitats polítiques com l'anglesa o l'holandesa havien desenvolupat en el mateix grau de sofisticació. En el cas de les llibertats polítiques, podem citar, a tall d'exemple, la modernitat del reconeixement del que avui en diríem la immunitat i la inviolabilitat parlamentàries, en ser reconeguda a les Constitucions de 1705-1706 la prohibició dels oficials reials de fer inquisicions o processos contra els membres dels Braços a la Corts General per raó dels assumptes i vots que s'hi tractessin o s'hi expressessin (aquest reconeixement contrasta, sense anar gaire lluny, amb les profundes deficiències de la garantia de la inviolabilitat i la

immunitat parlamentàries que aquests darrers anys hem vist que ha marcat el sistema constitucional espanyol de 1978 amb el processament i condemna de diputats catalans electes per raons polítiques i, en concret, per la organització d'un procés participatiu sobre la independència de Catalunya realitzat el 9 de novembre de 2014).

Pel que fa a la qüestió de la participació política, també és cert que no trobarem a la Catalunya anterior de 1714 un reconeixement d'un sistema de sufragi universal com el que caracteritza les democràcies del present però sí que es pot remarcar que la base social inclosa en els instruments de decisió política en els primers anys del segle XVIII era de les més àmplies d'Europa, sobretot a nivell municipal i, en conseqüència, de representativitat del Braç Reial a la Cort General. Així, la dinàmica política municipal, sumada al Braç Reial a les Corts, com han destacat Núria Sales o Eva Serra, permet xifrar la representativitat política en els anys anteriors a la desfeta de 1714 en un percentatge de població d'entre el 20 i el 30%, una implicació de la comunitat en la presa de decisions sens dubte molt superior a la majoria d'estructures polítiques de l'Antic Règim (en les quals rarament els membres de les institucions arribaven a representar més del 10% de la població).

Amb tota probabilitat no seria escaient per a un projecte de modernitat com el que es perfila en la creació actual d'un estat català limitar-se a derogar el Decret de Nova Planta de 1716 i recuperar el dret constitucional català anterior a 1714. No és aquesta la nostra proposta. Però sí que creiem que algunes característiques de la nostra tradició constitucional, en allò que té de connexió amb el constitucionalisme contemporani, podria ser un element inspirador per a la configuració d'un estat nou. I, entre aquests elements, potser no seria marginal repensar el model de constitució rígida que ha caracteritzat algunes experiències del constitucionalisme que ens ha estat proper (i que, de fet, ha organitzat el nostre dret públic en l'etapa autonòmica a través del dret constitucional espanyol) que sols es justifica per mantenir un status quo aliè a la nostra realitat nacional (i que en el cas del constitucionalisme espanyol, com hem vist, ha estat una ultra rigidesa desplegada *contra* la nostra emancipació nacional).

3.- Drets fonamentals i participació política en el procés constituent.

La defensa d'un model de constitució flexible per a la República Catalana, en un altre sentit, no és incompatible amb un acord sobre la introducció d'elements de rigidesa en allò que afecta als drets fonamentals i a les condicions bàsiques per permetre el

desenvolupament del debat democràtic, tal i com fins i tot es defensa per autors com Joel Colón-Ríos o Jeremy Waldron escèptics respecte la idea de constitució i de supremacia normativa. Però també podem trobar objeccions a aquest plantejament d'una "constitució mínima" des de la perspectiva democràtica perquè la mera operació de fer immunes determinats drets a la majoria parlamentària de cada moment en el fons no deixa de revelar una desconfiança cap al procés democràtic i la seva capacitat de respectar les llibertats bàsiques en el seu desenvolupament ordinari.

No és estrany, així, que trobem elements de rigidesa constitucional, fins arribar a la intangibilitat (ço és, aspectes sobre els drets fonamentals que són irreformables ni tan sols a través d'un canvi constitucional) en aquells sistemes liberal democràtics que han patit experiències passades de violació massiva de drets fonamentals a través de majories democràticament elegides. La configuració actual de la República Federal d'Alemanya, per exemple, i les seves clàusules d'intangibilitat en allò que afecta als principis essencials de l'estat social i democràtic de dret, de la dignitat humana i del federalisme té la seva arrel en el sinistre record del nazisme i de l'accés de Hitler a la cancelleria del govern alemany a través d'unes eleccions lliures en l'agonia de l'etapa de la Constitució de Weimar. Però a diferència d'Alemanya, o a d'altres contextos, a Catalunya no coneixem cap experiència autòctona de destrucció de la democràcia a través de mitjans democràtics i, en conseqüència, potser caldria replantejar-se si hem de tenir motius per malfiar que el procés democràtic no aporti res que no sigui la defensa dels drets fonamentals en una societat plural (com, de fet, passa al Regne Unit i en d'altres estats de llarga tradició democràtica, com als Països Baixos, en els quals no hi ha control de constitucionalitat de les lleis en seu judicial i les controvèrsies sobre drets es resolen en el debat parlamentari i en el joc de majories i de minories que es desprèn de cada cita electoral). No cal recordar que les experiències d'abusos contra els drets fonamentals a Catalunya s'han produït per la imposició d'un ordre jurídic i polític forà com s'ha anat succeint d'ençà de la derrota de 1714 en mans de les forces borbòniques franco-castellanes en un dels primers gestos de repressió, de destrucció de llibertats i de genocidi lingüístic i cultural que coneix la modernitat. En d'altres paraules, la malfiança respecte els records obscurs de les experiències despòtiques atïades per diversos governs espanyols no ens ha de fer minvar la confiança en les institucions pròpies i en la seva capacitat de canalitzar les controvèrsies sobre drets en el procés democràtic ordinari. Un exemple il·lustratiu d'aquest debat pot fer al·lusió a la proposició de llei del referèndum sobre la independència catalana presentat al juliol de 2017. L'esborrany

d'aquesta proposició pot tenir defectes pel que fa a les garanties i per tant, al correcte exercici del dret de sufragi, però és inqüestionable que la principal amenaça a les llibertats de participació política ve constituïda per les constants iniciatives repressives impulsades per les autoritats espanyoles en una podríem qualificar d'integrista interpretació del dret constitucional espanyol. Per exemple, quan es pregunta sobre la feblesa de no disposar d'un poder judicial propi que revisi les impugnacions de qualsevol fase del procés referendari s'oblida que ha estat el Tribunal Constitucional espanyol i, en general, les institucions espanyoles, des de les Corts Generals fins al Consell General del Poder Judicial les que sistemàticament han interpretat el principi d'unitat jurisdiccional de la manera més restrictiva possible en el sentit de permetre una mínima descentralització de la funció jurisdiccional o, almenys, dels òrgans del govern del Poder Judicial (com es va plantejar en la reforma de l'Estatut d'Autonomia de 2006 declarada inconstitucional pel Tribunal Constitucional espanyol en aquest punt a la STC 31/2010, de 28 de juny). Si ara no hi ha agents d'un poder judicial català per supervisar el correcte desenvolupament del referèndum de l'1 d'octubre de 2017 pel que fa al respecte a les garanties i al dret de sufragi *és perquè el sistema constitucional espanyol ha fet tot el possible per impedir-ho* durant l'etapa autonòmica.

En un altre sentit, el debat sobre la flexibilitat o la rigidesa del sistema constitucional català no ens pot fer perdre de vista que, en un nou estat liberal democràtic emergit al segle XXI, el debat sobre les normes constitucionals ha de ser el més obert possible per a la ciutadania en el present i en el futur. El citat Colón-Ríos ens adverteix, amb raó, que un model de constitució flexible, com el del Regne Unit, no impedeix que les discussions constitucionals gairebé es trobin monopolitzades pels representants de la ciutadania però que la ciutadania en general, i tret d'excepcions (com podrien ser el referèndum de secessió a Escòcia el 2014 o el referèndum sobre la pertinència a la Unió Europea de 2016) normalment es troba exclosa de les decisions sobre el fonament de l'estat.

A Catalunya la ciutadania hauria de ser la protagonista d'aquestes decisions fonamentals a través de nombrosos mitjans que s'han anat perfilant en diverses experiències d'exercici del poder constituent i respecte les quals comptem, en l'era digital, amb nombrosos mitjans tècnics per ser desenvolupades: des de referèndums d'iniciativa constitucional, passant per assemblees constituents amb ciutadans escollits a l'atzar o referèndums que més enllà d'un vot de ratificació del contingut d'un text decidit per

instàncies polítiques ho sigui d'aspectes constitucionals concrets formulats en una àmplia deliberació.

En qualsevol cas, i com a conclusió d'aquesta reflexió, caldria apuntar que el gest democràtic de recuperació de la sobirania i de constitució d'un estat independent ha de venir acompanyat d'un diàleg inclusiu sobre el model constitucional que estem disposats a instaurar en una Catalunya exemplar en el context de les democràcies avançades.