

Coords.
B. Aláez Corral
A. Arias Castaño
M. A. Presno Linera
P. Requejo Rodríguez
I. Villaverde Menéndez

ESCRITOS EN HOMENAJE A

FRANCISCO J. BASTIDA FREIJEDO



Universidad de Oviedo

2021



Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada (by-nc-nd): No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.



Usted es libre de copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, bajo las condiciones siguientes:



Reconocimiento – Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el licenciadore:

Aláez Corral, B.; Arias Castaño, A.; Presno Linera M. A.; Requejo Rodríguez, P.; Villaverde Menéndez, I. (Coords.) (2021). *Escritos en homenaje a Francisco J. Bastida Freijedo* Universidad de Oviedo.

La autoría de cualquier artículo o texto utilizado del libro deberá ser reconocida complementariamente.



No comercial – No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Sin obras derivadas – No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

© 2021 Universidad de Oviedo

© Los autores

Algunos derechos reservados. Esta obra ha sido editada bajo una licencia Reconocimiento-No comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional de Creative Commons.

Se requiere autorización expresa de los titulares de los derechos para cualquier uso no expresamente previsto en dicha licencia. La ausencia de dicha autorización puede ser constitutiva de delito y está sujeta a responsabilidad.

Consulte las condiciones de la licencia en: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.es>



Esta Editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo

Edificio de Servicios - Campus de Humanidades

33011 Oviedo - Asturias

985 10 95 03 / 985 10 59 56

servipub@uniovi.es

www.publicaciones.uniovi.es

ISBN: 978-84-18482-26-7

DL AS 1901-2021

Sumario

Presentación	11
La acomodación constitucional de la secesión: el caso español	13
Benito ALÁEZ CORRAL	
Lealtad constitucional y partidos políticos	61
Leonardo ÁLVAREZ ÁLVAREZ	
El régimen electoral del Principado de Asturias	91
Alberto ARCE JANÁRIZ	
La Sedition Act de 1798 y el libelo sedicioso: la criminalización de la libertad de expresión	111
Abel ARIAS CASTAÑO	
Voluntad general y representación en el constitucionalismo iusracionalista	141
Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA	
La constitucionalización del programa político bolchevique en 1918	167
Antonio-Filiu FRANCO PÉREZ	
El ciudadano en la reforma de la Constitución: la participación directa	179
Patricia GARCÍA MAJADO	
Régimen electoral («maquiavélico») y sistema de partidos (con sesgo mayoritario)	207
Miguel A. PRESNO LINERA	

El procedimiento de reforma de la Constitución española y las minorías parlamentarias	241
Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ	
La (des)igualdad por razón de sexo/género en el espacio público (de un Estado) social	267
María Ludivina VALVIDARES SUÁREZ	
Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «proceso de comunicación pública»	313
Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ	

La acomodación constitucional de la secesión: el caso español*

Benito Aláez Corral / Francisco J. Bastida Freijedo

I. Planteamiento del problema territorial español desde una perspectiva normativa

1. El bloqueo del debate territorial en el Estado español

Hoy en día cabe afirmar que España es un Estado pluriétnico,¹ no en el sentido de que sea un conjunto de naciones soberanas, sino en el de que en él existen –y han existido históricamente bajo diversas formas de organización política– colectividades territoriales con una identidad propia que se materializa en diversas aspiraciones de autogobierno, desde la descentralización autonómica hasta la autodeterminación independentista. Esta identidad puede expresarse políticamente a través de diversos conceptos como región o nación, pero históricamente nunca se ha formalizado en una nación política soberana, por más que esto haya sido una reivindicación de algunos partidos nacionalistas. Solo la nación española, en tanto patria común de todos los ciudadanos españoles, ha sido el sujeto colectivo moderno de imputación de la soberanía estatal.

* Texto publicado en Requejo Rodríguez, P. (coord.), *Fundamentos*, vol. x: «La evolución de los modelos territoriales: reformulación versus ruptura», Junta General del Principado de Asturias/Universidad de Oviedo, Oviedo, 2018, págs. 243-298.

¹ Siguiendo el concepto de etnicidad de Peoples/Bailey, 2011, págs. 387 y ss., conforme al cual «un grupo étnico en esencia es una denominada categoría social basada en la percepción de una experiencia o tradición compartida».

La Constitución Española de 1978 (CE) recoge en buena medida este planteamiento de pluriétnicidad en su actual art. 2 con el reconocimiento del derecho de las nacionalidades y regiones a acceder a la autonomía política dentro de la unidad de la nación española, así como con el reconocimiento y amparo de unos derechos históricos de los territorios forales (Disposición Adicional 1.^a). Todo ello con la consideración de que la nacionalidad o región que puede ejercer ese derecho a la autonomía viene definida en su art. 143.1 por una conjunción del elemento voluntarista con el elemento étnico: «las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica» que impulsan, a través de las instituciones preautonómicas, la voluntad de su ciudadanía de acceder al autogobierno y convertirse en Comunidades Autónomas mediante los procedimientos previstos en el Título VIII.

Ciertamente, en los cuarenta años de vigencia de la CE de 1978 se ha avanzado mucho en el desarrollo del Estado autonómico a través de su concreción política por las normas del bloque constitucional, del que forman parte esencial los Estatutos de Autonomía, las leyes previstas en el art. 150 CE y la propia jurisprudencia constitucional.² Sin embargo, una vez más en nuestra historia, este proceso de desarrollo del Estado autonómico no ha servido para resolver de forma definitiva el debate territorial que secularmente ha caracterizado nuestro Estado desde los albores del constitucionalismo hispánico. Se ha llegado a un punto en el cual las pretensiones de autodeterminación de algunos territorios, manifestadas por grupos políticos con relevante implantación electoral e incluso formalizadas por sus instituciones autonómicas, no encuentran acomodo en el actual marco de autonomía política. La reinterpretación del bloque constitucional y las mutaciones constitucionales³ utilizadas hasta el momento como instrumentos para el desarrollo del proceso autonómico ya no son medios ni adecuados ni suficientes para afrontar este basililar problema constitucional.

En el presente siglo se han hecho más patentes los intentos de plasmar en España expectativas de autodeterminación de colectividades territoriales que desbordan el marco constitucional, por muy laxamente que se interprete este. Así, cabe recordar la Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi (más conocida como *Plan Ibarretxe*), que aprobó el pleno del Parlamento vasco el 30 de diciembre de 2004 y envió al Congreso de los diputados, cuyo pleno la rechazó el 1 de febrero de 2005. Con posterioridad, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 103/2008, de 11 de septiembre, declaró inconstitucional la Ley vasca 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política, que preveía aquel Plan. Más reciente está, y aún sigue activo, el proceso soberanista (*el procés*) iniciado por las instituciones de la Generalitat ca-

² Requejo Rodríguez, 1997, págs. 57-105.

³ Siguiendo a Böckenförde, 1993, págs. 6 y ss., la mutación constitucional es entendida como «la modificación del contenido de las normas constitucionales sin que haya un cambio en el texto constitucional por el procedimiento a tal efecto previsto».

talana, cuya primera formalización tuvo lugar con la «Declaración de Soberanía y del derecho a decidir del Pueblo de Cataluña», aprobada por el Parlament el 23 de enero de 2013 y declarada parcialmente inconstitucional por el Tribunal Constitucional (STC 42/2014, de 25 de marzo). Tras una consulta popular organizada de manera inconstitucional por la Generalitat en noviembre de 2014 y después de unas elecciones autonómicas calificadas como plebiscitarias, el nuevo Parlament aprobó la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, de referéndum de autodeterminación, y la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de Transitoriedad jurídica y fundacional de la República, también declaradas inconstitucionales respectivamente por la STC 114/2017, de 17 de octubre, y por la STC 124/2017, de 8 de noviembre. El 1 de octubre de 2017 se celebró el plebiscito, pese a la advertencia del Tribunal Constitucional sobre su inconstitucionalidad. El 10 de octubre el presidente de la Generalitat declaró la independencia de Cataluña, aunque suspendió su eficacia segundos después. Días más tarde, el 27 de octubre, previo requerimiento al presidente de Cataluña, que fue inatendido por este, el Senado autorizó al Gobierno a aplicar el art. 155 CE a esta Comunidad Autónoma, esto es, la coacción estatal para el cumplimiento de las obligaciones autonómicas o para la protección del interés general frente a un grave atentado por parte de la Comunidad Autónoma, cuya vigencia duró hasta la toma de posesión el 29 de mayo de 2018 del nuevo Gobierno de la Generalitat salido de las elecciones al Parlament de 21 de diciembre de 2017, que no cambiaron sustancialmente la composición política de este previa a la aplicación del art. 155 CE.⁴

Del discurso jurídico-constitucional presente en la jurisprudencia citada se desprende claramente que este pretendido derecho a la secesión unilateral de una parte del territorio nacional no está contemplado en el texto constitucional de 1978, ni puede ejercerse sin una previa reforma constitucional, dada su incompatibilidad con la imputación de la soberanía al pueblo español y con la afirmación de la indisoluble unidad de la nación española establecida en los arts. 1 y 2 CE.⁵

Por tanto, el debate territorial se encuentra en la actualidad en una situación de bloqueo jurídico,⁶ pues algunas entidades territoriales tratan de expresar, a través de sus instituciones democráticas, una expectativa de autodeterminación externa (independencia o libre asociación con el Estado), que solo se vería satisfecha si pudieran decidir unilateralmente acerca de su secesión, cosa que el vigente sistema constitucional no permite. Esta situación resulta peligrosa para la vigencia de la legalidad constitucional democrática, ante la posibilidad de que dichas entidades territoriales traten de estabilizar, en contradicción con el sistema constitucional vigente (aunque sea pacíficamente), aquella expectativa moral o política de autodeterminación externa, y que, frente a ello, las instituciones estatales se limiten a afirmar la inexistencia de cobertura constitucional para tal expectativa y a aplicar la coacción legal para imponer el ordenamiento jurídico

⁴ Sobre la cronología documentada del *procés*, véase <http://www.aelpa.org/el-proceso-catalan/> (consultada el 20 de agosto de 2018).

⁵ Véase, por todos, la STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3.º.

⁶ Cfr. López Basaguren, 2013, págs. 99 y ss.

vigente. Poco importa a estos efectos, desde el punto de vista de la eficacia del sistema constitucional de 1978, que dicha expectativa identitaria de algunas partes del territorio español tenga una base histórica real o que sea meramente imaginada por la ciudadanía que la sostiene.

Desde este punto de vista parece lógico tratar de buscar instrumentos constitucionales con los que abordar de nuevo la cuestión territorial, para darle un marco que canalice a largo plazo las tensiones identitarias, no pareciendo muy adecuado para la eficacia del principio democrático asentarse en el inmovilismo del marco constitucional vigente (que es modificable) y no hacer nada.⁷ Por otra parte, a tenor de los resultados electorales en algunos de estos territorios en los que se presenta esta crisis del modelo territorial,⁸ así como a la luz de los estudios de opinión sobre el apoyo al independentismo realizados a lo largo de las últimas décadas en los territorios en que la cuestión identitaria es socialmente más pujante,⁹ no parece seguro que una mera transformación constitucional hacia un modelo federal –incluso aunque se construya sobre la base del federalismo asimétrico– vaya a ser suficiente para colmar la expectativa de autodeterminación de una parte significativa de la ciudadanía de algunas entidades territoriales. Cuando en esa parte de la ciudadanía ha calado la idea de que existe un «derecho a decidir» que incluye la opción de separarse del Estado español, debería pensarse en cómo adecuar constitucionalmente esa aspiración colectiva.

El presente trabajo no pretende estudiar desde una perspectiva política, filosófica o moral la existencia o no de un derecho de los pueblos organizados territorialmente hoy en día en Comunidades Autónomas a decidir su destino.¹⁰ Tan solo analizar la necesaria correlación entre el principio de legalidad y el principio democrático a la hora de buscar una salida constitucional que sea funcionalmente adecuada para canalizar el debate territorial en ordenamientos como el español, en los que *de facto* existe un problema recurrente de identidad nacional, que se manifiesta en la autoafirmación de la propia soberanía local y del derecho a decidir sobre la secesión, en frontal conflicto con la soberanía del Estado. En otras palabras, el «déficit de acomodo

⁷ Un interesante cuestionamiento de la compatibilidad de la pasividad del Estado con la democracia en relación con el tema territorial se puede ver en Ferraiuolo 2018, págs. 1 y ss.

⁸ Piénsese que, tras la aplicación de la coacción estatal del art. 155 CE, aprobada por Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017, el presidente del Gobierno disolvió el Parlamento de Cataluña y convocó elecciones, en las que la mayoría independentista (formada por los partidos o coaliciones de Junts per Catalunya, ERC y CUP) obtuvo la mayoría absoluta de escaños en el Parlament (70 de 135) con un porcentaje del 47,5% del voto válido, manteniéndose la polarización política existente antes de la aplicación del art. 155 CE. Datos obtenidos de <http://gencat.cat/economia/resultats-parlament2017/09AU/DAU09999CM.htm?lang=es> (consultado el 20 de agosto de 2018).

⁹ Incluso aunque haya disminuido el apoyo al independentismo en los últimos años, según los estudios de opinión ha llegado a moverse en algunas CC.AA. históricas entre el 24% (País Vasco) y el 44% (Cataluña) de la ciudadanía, lo que hace que esta expectativa sea cuando menos merecedora de análisis; *cfr.* Euskobarómetro de mayo de 2014 <http://www.ehu.es/documents/1457190/1525260/EB+mayo+14+web.pdf> (consultado el 3 de febrero de 2018) y *Enquesta sobre context polític a Catalunya del Centre de Estudis d'Opinió*, de diciembre de 2014 - REO 760 <http://ceo.gencat.cat/ceop/AppJava/loadFile?fileId=23053&fileType=1> (consultado el 3 de febrero de 2018). Sobre la evolución y el crecimiento de la opción secesionista desde 2002, véase Grau, 2011, págs. 200 y ss.

¹⁰ En un sentido semejante, requiriendo diferenciar las distintas cuestiones filosóficas, políticas y jurídicas que plantea el análisis del derecho a la secesión, Weinstock, 2001, págs. 182-183.

dación» que se alega ahora desde el independentismo ya no consiste principalmente, como hace años, en carencias competenciales o financieras, soluble mediante un mejor encaje de Cataluña o el País Vasco en el Estado español, sino en la falta de un cauce jurídico para la separación. Este trabajo trata de explicar cómo remediar este déficit de acomodación a través de una reforma constitucional que, manteniendo el respeto a la legalidad constitucional, acomode democráticamente (con respeto a las mayorías y a las minorías) las expectativas de secesión de entidades territoriales del Estado español como Cataluña o el País Vasco.

2. *El supuesto derecho a decidir*

Conviene hacer determinadas precisiones en la medida en que el discurso secesionista quiere articularse sobre la cesura entre el principio de legalidad y el principio democrático, de manera que, si bien el derecho a decidir (la secesión) no está expresamente positivizado en la legalidad constitucional, se insiste en que cabe deducirlo del principio democrático que la propia Constitución establece. De este modo, se pretende un triple objetivo: situar la reivindicación en el terreno de la democracia y de los derechos individuales, no de la soberanía colectiva; afirmar que el derecho a decidir no es solo moral o político, sino que tiene un anclaje jurídico-constitucional en el principio democrático; y, finalmente, deslegitimar al Estado español en cuanto usa, por así decirlo, el *corpus iuris* de la Constitución para impedir que su alma democrática despliegue todos sus efectos. La conclusión es que el comportamiento antidemocrático del Estado justifica la declaración unilateral de independencia.

En todo caso, se debe aclarar que la teorización del derecho a decidir discurre por un camino inverso al del derecho de secesión.¹¹ Este último se construye a partir de un sujeto colectivo, el pueblo, que se afirma como soberano, negando por tanto cualquier sometimiento a un derecho nacional que no sea el creado por él. Sin embargo, este derecho de secesión está huérfano de una fundamentación teórico-democrática que no sea de tipo moral, dado que precisamente entre las paradojas de la democracia están la imposibilidad lógica de definir democráticamente las fronteras territoriales del Estado, e incluso de definir democráticamente el tamaño del pueblo que quiere autodeterminarse, porque no hay democracia sin derecho previo que la establezca y organice.¹² El pueblo que reclama su derecho a autodeterminarse apela prejurídicamente a su condición de sujeto soberano, pero no a su condición de sujeto democrático predeterminado por el derecho. Afirma su identidad en función de criterios como el idioma, la raza, la cultura o la historia que, además de poder tener un sesgo excluyente, se entiende que están por encima de cualquier otra consideración, democrática o no. La proclamación del derecho a autodeterminarse es un mero ejercicio de autoafirmación como pueblo con la pretensión de eficacia externa, que es donde está el mundo del derecho. Aquí es donde aparece el nexo con la democracia, porque el derecho

¹¹ Existe una amplia bibliografía al respecto. Véase por todos, Barceló, 2015, págs. 19 y ss.

¹² *Cfr.* Offé 1998, pág. 117.

de autodeterminación aparenta ser democrático no por su esencia, sino por reflejo de lo que en un sistema jurídico se puede calificar como democrático/no democrático. En otras palabras, con arreglo a los criterios democráticos establecidos por el ordenamiento jurídico (pluralidad, igualdad y no discriminación, protección de las minorías, reconocimiento de identidades territoriales, autonomía territorial, etcétera) se interpreta que no sería democrático negar constitucionalmente el derecho de autodeterminación, y de ahí se deduce que este autoproclamado derecho prejurídico y predemocrático es un derecho democrático que debe ser respetado. O sea, se pone el carro delante del caballo. Pero como sus defensores saben que en el mundo moderno no hay legitimidad sin legalidad, buscan, no obstante, con denuedo el reconocimiento jurídico de este derecho en el derecho internacional, como luego se expondrá, dado que solo muy excepcionalmente lo encuentran en el ámbito constitucional.

A diferencia del derecho de secesión, el derecho a decidir pretende tener un encaje constitucional sin recurrir a planteamientos prejurídicos. No pugna, al menos en apariencia, con la soberanía del pueblo estatal; se deduce, según sus teóricos, del principio democrático que proclama la Constitución y que se plasma en el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos a través del sufragio. Por tanto, es un derecho de titularidad individual –el sujeto del derecho no es el pueblo–, pero de ejercicio colectivo por los que forman ese pueblo. Dicho así, el derecho a decidir no diferiría del derecho a participar en los asuntos públicos que reconoce el art. 23.1 CE. En este sentido, los catalanes ejercen su derecho a decidir cuando ratifican en referéndum su Estatuto de Autonomía o cuando eligen periódicamente a su Parlamento. Sin embargo, lo que se pretende al afirmar que se trata de un derecho de nuevo cuño es que su objeto no tiene límites y, por tanto, sirve para pronunciarse sobre cualquier materia, no solo de autodeterminación interna, sino también externa. Indudablemente esta ausencia de límites pugna con los límites materiales y procedimentales que establece o puede establecer la Constitución, pero para solventar esta objeción se emplaza tal derecho en el ámbito de una mera consulta a los ciudadanos de la entidad territorial, como un simple ejercicio colectivo de la libertad de expresión. En esta operación de marketing jurídico el derecho a decidir se acaba presentando como un derecho a opinar sobre cualquier materia y se omite el efecto decisorio vinculante. Su negación o el impedimento de su ejercicio se consideran un atentado a la democracia, uno de cuyos pilares fundamentales es la libre manifestación del pensamiento.

La idea de que el derecho a decidir encuentra encaje constitucional tiene como función no tanto afirmar su existencia –se da por supuesto en el principio democrático– como articular jurídicamente su ejercicio, o sea, el procedimiento por el que el ciudadano pueda expresar su voto sobre si quiere o no la secesión. De ahí que la polémica se haya centrado desde el primer momento en la interpretación y aplicación de los instrumentos de democracia directa (referéndum, consultas populares) dispuestos en el ordenamiento constitucional y autonómico.¹³

¹³ Véase Cagiao y Conde, J., 2015, págs. 142 y ss. Incluso hay quienes, considerando que el derecho a decidir es solo un derecho moral, auspician diversas vías para hacer posible una consulta a los catalanes sobre su destino. Entre los más significativos, Rubio Llorente, F., 2012.

Este esfuerzo teórico jurídico por encuadrar el derecho a decidir en el ámbito de los derechos fundamentales y de la democracia liberal choca, no obstante, con su fundamentación política y con su formulación en resoluciones jurídicas. Así, la Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña de 2013, lleva por título «la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña». El derecho a decidir se concibe aquí como un derecho de titularidad colectiva del pueblo de Cataluña, y, en cuanto derivado de la atribución a este de un poder soberano, no estaría sometido a reconocimiento jurídico por parte del Estado español. Por tanto, no es de titularidad individual y ejercicio colectivo, como se pretende enseñar, sino al revés.

De esta confusión de conceptos no se libró el Tribunal Constitucional. Al enjuiciar la constitucionalidad de esta Resolución en su STC 42/2014, de 25 de marzo, separó la declaración de soberanía del pueblo de Cataluña de la declaración de su derecho a decidir. La primera la juzgó inconstitucional por contraria al arts. 1.2 CE, que residencia la soberanía en el pueblo español. Sin embargo, salvó la declaración del derecho a decidir del pueblo de Cataluña al desvincularla de la primera, pese al título de la Resolución. Mediante una interpretación muy discutible, acepta la constitucionalidad del derecho a decidir siempre que no se conciba «como una manifestación de un derecho a la autodeterminación no reconocido en la Constitución, o como una atribución de soberanía no reconocida en ella, sino como una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional con respeto a los principios de «legitimidad democrática», «pluralismo», y «legalidad», expresamente proclamados en la Declaración en estrecha relación con el «derecho a decidir» (FJ 3.b). El problema es que en todos los hitos parlamentarios y gubernamentales del *procés* el punto de partida y de llegada es la proclamación de la soberanía del pueblo catalán y de su derecho a decidir, cuyo ejercicio se prefiere que sea ajustado a la legalidad constitucional, pero se considera que no está condicionado por ella.¹⁴

La Constitución reconoce y garantiza un derecho colectivo de las nacionalidades y regiones a autodeterminarse internamente (art. 2) y el rey en su juramento de proclamación se compromete a respetar los derechos de las Comunidades Autónomas (art. 61.1 CE). Pero, como en la casi totalidad de los países, democráticos o no, no se establece un derecho de autodeterminación externa de ninguno de los pueblos de España,¹⁵ o sea, no se contempla el hecho de la secesión y menos aún como un derecho.

¹⁴ Como se puso de manifiesto, sobre todo en 2017, con la aprobación por el parlamento catalán de la Ley 19/2017 de referéndum de autodeterminación vinculante sobre la independencia de Cataluña, la Ley 20/2017 de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, y la celebración de un referéndum ilegal y, finalmente, la declaración de independencia, todo ello declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias. Véase al respecto <http://www.aelppa.org/el-proceso-catalan/> (consultado el 20 de agosto de 2018).

¹⁵ La Constitución de 1978 alude a los pueblos de España en su Preámbulo, pero integrados en la nación o pueblo español, único titular de la soberanía (La Nación española, «en uso de su soberanía proclama: (...) Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones»). También, en un sentido más localista, en el art. 46: «Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio».

Si, por las razones que sean, se ha hecho fuerte y consistente social y políticamente una expectativa de autodeterminación externa en un determinado territorio, el ordenamiento constitucional democrático debe dar una respuesta inclusiva a esa expectativa y no represiva, única manera de garantizar en el tiempo su eficacia a través de su legitimidad democrática. La solución jurídica no está en invocar derechos subjetivos que la Constitución no establece ni el derecho internacional reconoce, como luego se dirá. Tampoco en forzar el sentido y contenido que la Constitución da al referéndum, para poder verificar en un primer momento cuál es la voluntad de los ciudadanos del territorio en el que ha crecido la llama secesionista. Esta vía la ha declarado cerrada el Tribunal Constitucional, al entender que por la materia objeto de consulta,¹⁶ esta debe encuadrarse en un proceso de reforma constitucional. Pero, además, solo sería un remedio –nunca una solución– en el caso de que la consulta tuviese un resultado negativo o no alcanzase la mayoría requerida. En cambio, un resultado positivo crearía una gran inestabilidad e incertidumbre en el ordenamiento jurídico, al no estar previstas las consecuencias constitucionales, procesales y materiales del mismo. Querer dar un primer paso desconociendo cuáles serían los siguientes no es coherente con la positividad de un sistema jurídico autorreferencial.

Por tanto, lo coherente es que el ordenamiento jurídico introduzca los cambios precisos para que aquella expectativa de autodeterminación externa, cuya expresión es constitucionalmente legítima en el *input* del sistema, pueda también cumplirse y encontrar salida en su *output*. La Constitución debe prever todo el procedimiento de secesión, sin trazar solo su fase inicial dejando el resto en un ignoto *bic sunt dracones*. Para ello, como se tratará de exponer seguidamente, la Constitución debe ser reformada, estableciendo una cláusula de secesión que formule unos procedimientos que hagan viable la independencia, dentro del respeto tanto a una mayoría clara y suficiente que esté a favor de la separación, como a la minoría que se oponga.

II. Una propuesta de solución: la inclusión del derecho a la secesión como mecanismo de refuerzo de la eficacia normativa de la Constitución

1. Soberanía, democracia constitucional, y expectativas secesionistas

Ante la situación de bloqueo descrita, un sistema constitucional democrático como el español no debería cerrarse cognitivamente, negando el alcance final de esta expectativa de autodeterminación externa (pues no es esa su función). Más bien debería evaluar el impacto que sobre su estabilidad y eficacia pudiera tener la pretensión de imponer dicha expectativa al margen de los procedimientos legales previstos y, correlativamente, el impacto que pudiera conllevar sobre su legitimidad democrática el rechazo de que tal expectativa pueda ser objeto de una futura reforma constitucional y la imposición coactiva del ordenamiento jurídico vigente sobre un amplio número de instituciones y de ciudadanos que la respaldan.

¹⁶ Véase STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4.º.

Dado el agravamiento en España del problema territorial en lo que va de siglo y teniendo en cuenta los antecedentes históricos, esa evaluación podría concluir dos cosas. La primera es que existe un cierto riesgo de intentos de satisfacción ilegal de dicha expectativa, como ya ha sucedido recientemente con el *procés* en Cataluña. La segunda es que el seguimiento de esa vía ilegal encuentra su justificación precisamente en la imposibilidad de que el sistema constitucional afronte el problema por una vía distinta que no sea la negación misma del problema y la imposición del marco legal vigente. Llegado a esta conclusión, un sistema jurídico democrático, con el fin de preservar su positividad (en el sentido de una realidad temporal efectivamente existente que garantiza expectativas a través de la coacción), debería buscar vías jurídico-positivas que permitan ejercer de forma constitucionalmente lícita la posibilidad de autodeterminación externa. Ello comportaría establecer un derecho de secesión y regular las condiciones formales y procedimentales bajo las cuales ejercerlo, creando así un cauce por el que poder tramitar unas expectativas identitarias de autodeterminación, cuya culminación hoy no tiene cabida en el vigente marco constitucional, pero que portan una potencialidad lo suficientemente grande como para poner en peligro la eficacia del sistema constitucional y su propia legitimidad democrática.

La propuesta *de constitutione ferenda* de constitucionalizar el derecho de secesión que aquí se va a desarrollar, se realiza desde un entendimiento exclusivamente normativista de la Constitución y a partir de su función en el sistema jurídico, es decir, desde la perspectiva de la Constitución como norma jurídico-positiva que trata de canalizar el uso de la coacción como mecanismo de garantía normativa de expectativas en una sociedad altamente compleja y cambiante, y no desde la perspectiva de los objetivos políticos atribuidos al constitucionalismo, es decir, no desde un concepto material de Constitución.¹⁷ En este sentido, un sistema jurídico autorreferente (que pretende autofundamentarse a través de sus propias normas jurídicas) y positivo (que trata de conseguir una existencia diferenciada eficaz en el medio que le rodea mediante la incorporación a sus normas jurídicas de expectativas que garantiza contrafácticamente a través de la regulación de la coacción),¹⁸ no tiene por qué ser democrático, pero tiende a organizarse democráticamente para preservar su legalidad, es decir, su propia existencia. La democracia es el principio de estructuración del sistema legal que mejor impele las condiciones de positividad (apertura cognitiva a las nuevas expectativas que surgen en el entorno) y autorreferencialidad (eventual interiorización de esas expectativas, únicamente a través de procedimientos legales, previstos por el propio sistema jurídico).¹⁹

El debate territorial no ha de conducir, necesariamente, a una confrontación entre el respeto a la legalidad constitucional y el desarrollo del principio democrático, salvo que se realice desde un entendimiento pre y meta-jurídico de la democracia y

¹⁷ Para un análisis del problema de la secesión en el ordenamiento español desde esa perspectiva material, véase Ruipérez Alamillo, 2013, págs. 89 y ss.

¹⁸ Sobre la positividad y la autorreferencialidad como características diferenciadoras del sistema jurídico respecto de otros sistemas sociales, véase Luhmann, 1993, págs. 131 y ss. Y sobre su aplicación a la CE de 1978, véase Aláez Corral, 2000, págs. 101-126.

¹⁹ Bastida Freijedo, 1998, págs. 389 y ss.

de los sujetos de imputación del poder (sean el pueblo español o las colectividades catalana, vasca, gallega, etcétera).²⁰ Dado que el principio democrático existe por y para la preservación de la existencia diferenciada del sistema jurídico, no puede identificarse con la simple regla de la mayoría, ni puede ser insensible a la potencialidad de los incumplimientos de la legalidad por parte de una minoría más o menos permanente en una colectividad territorial determinada. Es preciso buscar un equilibrio entre la imposición de la legalidad y que esa legalidad trate de acomodar el máximo posible de expectativas minoritarias, es decir, entre el gobierno de la mayoría y el respeto a las minorías.²¹ La búsqueda de ese equilibrio se hace más perentoria si cabe, si en el territorio en el que se manifiesta esa expectativa colectiva de autodeterminación late la idea de que esta es mayoritaria en su población.

La soberanía es el dominio absoluto de la coacción, pero, como cualidad de un sistema jurídico que pretenda ser democrático, debe regularse para ser aplicada cuando se quebrantan los procedimientos en él establecidos para el diálogo, la transacción y el pacto, no para impedir que esos procedimientos democráticos puedan ser creados, incluso –o mejor sobre todo– cuando se trata de procedimientos para regular las expectativas de autodeterminación externa de colectividades con identidad territorial.²² Jurídicamente esto se traduce en que un ordenamiento constitucional solo puede mantener su legitimidad en sociedades altamente complejas, como las occidentales del siglo XXI, si cuenta con los procedimientos normativos adecuados para dar respuesta al reto que colectivamente y de forma institucional se presente contra su aplicabilidad general y su eficacia en un determinado territorio. La imposición contramayoritaria de la eficacia del ordenamiento en esa parte del territorio utilizando la coacción estatal (con base en el art. 155 CE y el art. 8 CE) es una alternativa que, como han puesto de relieve los recientes acontecimientos en Cataluña, no garantiza la legitimidad –entendida esta no como la justificación moral o política de un concreto contenido normativo, sino como la predisposición generalizada a aceptar el contenido indeterminado de las decisiones normativas–²³ ni tampoco la estabilidad del propio ordenamiento constitucional en esa parte del territorio. Ello se debe, en buena medida –siguiendo con el ejemplo del conflicto catalán– a que la mera imposición del ordenamiento constitucional vigente pretende reprimir la manifestación de ese reto, pero no parece capaz de eliminar el reto en sí, máxime cuando, por la composición no mayoritariamente autonómica del Senado, este mecanismo extraordinario de solución de conflictos territoriales no ha sido configurado en el art. 155 CE de forma arbitral, como un mecanismo de la «Constitución total»²⁴ que, tras la decisión de un órgano imparcial en representación paritaria de las partes,

²⁰ Como ejemplo paradigmático de esa forma de entender la democracia en torno a un sujeto colectivo pre-jurídico véase Isensee, 1989, págs. 705 y ss.

²¹ Respecto de la imposibilidad de concebir el principio de mayoría la democracia parlamentaria como la mera instauración de la dictadura de la mayoría sobre la minoría, *cfi*: ya Kelsen, 1920, págs. 12 y ss.

²² Tal y como pone de relieve la Corte Suprema de Canadá equilibrando los principios de *rule of law and democracy* en su Decisión Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, 254 y ss.

²³ Sobre este entendimiento de la legitimidad, Luhmann, 1978, pág. 28.

²⁴ En un sentido contrario, Álvarez Álvarez, 2016, págs. 299-300, quien pasa por alto la merma representatividad autonómica que ostenta el Senado, cuyos integrantes son elegidos en aproximadamente un 80% por los cuerpos electorales provinciales –entidades locales del Estado central– y no por las CC.AA. que eligen solo un 20% de los senadores.

permita restablecer el respeto del orden jurídico que vincula al Estado central y las CC. AA.²⁵ Utilizando estos instrumentos el sistema jurídico se convierte en más rígido, pero no por ello en más estable, y su pervivencia queda lastrada por la necesidad de imponer su eficacia por la fuerza. A la par, su caracterización como sistema democrático se oscurece, porque la soberanía no se pone al servicio del principio democrático, o sea, al servicio de una convivencia colectiva basada en la garantía de las expectativas de la mayoría ciudadana con el mayor respeto posible a las minorías –sobre todo si estas minorías son mayoría en una colectividad territorial–, sino al servicio de una convivencia forzada.

En este sentido, la soberanía cumple mejor esa función democrática si su encarnación jurídica (el poder de reforma constitucional) crea los procedimientos adecuados para que aquellas colectividades territoriales, respetando los derechos de las minorías, cuenten con la posibilidad de expresar su deseo de ruptura con el ordenamiento jurídico vigente y de materializar esa ruptura.²⁶ Esto se concretaría en el establecimiento, por medio de una reforma constitucional, del derecho de autodeterminación externa de las entidades territoriales existentes en España, es decir, en la constitucionalización de un procedimiento de secesión, jurídicamente reglado por la Constitución española, que permita a aquellas, bajo ciertas condiciones, separarse formal y lícitamente de España, y sustraerse a la eficacia obligatoria del ordenamiento español. Las razones que pueden llevar a dicha secesión pueden ser de muy diversa índole, pero en cualquier caso reflejarán la pérdida de importancia del sentimiento de solidaridad entre la comunidad territorial que pretende la secesión y el resto de las colectividades integradas en el Estado matriz.²⁷ La constitucionalización de tal derecho de secesión implicaría la apertura democrática del sistema jurídico para poder encauzar la pretensión secesionista en los términos establecidos por el propio ordenamiento jurídico, lo cual dota al sistema de flexibilidad –porque permite canalizar legalmente la pacífica reivindicación secesionista– y de estabilidad –porque deslegitima las hojas de ruta hacia la secesión fuera de los cauces legales–. La supuesta soberanía del pueblo vasco, catalán o de cualquier otro reconocido como entidad territorial en el Estado español solo podría invocarse como un derecho a la secesión proclamado en la Constitución así reformada, e inversamente la soberanía del pueblo español solo podría invocarse para que tal derecho se ejerza en los términos constitucionalmente previstos.

2. *Argumentos en contra de constitucionalizar el derecho de secesión y su crítica*

Desde la doctrina constitucional se han esgrimido diversos argumentos en contra de constitucionalizar un derecho a la secesión²⁸ (esté o no justificado mo-

²⁵ Apartándose del acertado modelo propuesto por Kelsen, 1987, págs. 127 y ss.

²⁶ Sobre la vinculación entre soberanía y poder de reforma constitucional, véase Aláez Corral, 2012, págs. 415 y ss.

²⁷ Tosi, 2007, págs. 293-398.

²⁸ En nuestro país Sáiz Arnáiz, 2006-2007, págs. 36 y ss. y también Aragón Reyes, 2014, pág. 21.

ralmente). Entre ellos se encuentran principalmente que la secesión se opone a la voluntad de estabilidad y permanencia que pretende toda Constitución en tanto expresión de la organización política que el poder constituyente de un pueblo se da a sí mismo, y que se ve garantizada en la medida en que una parte del pueblo no pueda decidir sobre el destino de todo el pueblo; también el hecho de que tales cláusulas de secesión pueden generar conflictos más graves que los provocados por los problemas que se pretenden afrontar; o, en fin, se aduce la naturaleza eminentemente política del derecho a la secesión y su imposible justiciabilidad ante los tribunales.

Respecto al primer argumento en contra de constitucionalizar un derecho de secesión, se puede decir que quienes lo sostienen piensan en la estabilidad y permanencia de una Constitución entendida en un sentido material, es decir, de unos contenidos normativos concretos (fundamentales), obligatorios en un determinado espacio y para una determinada colectividad humana a la que constituyen, no en la perpetuación de la Constitución como forma jurídica suprema, que utiliza su positividad y su autorreferencialidad para preservarse con independencia de su contenido o de su ámbito territorial o personal de aplicación concretos. Además, es habitual que el poder constituyente-constituido del pueblo/nación decida sin unanimidad, es decir, sobre la base de una decisión de una parte mayoritaria del pueblo que va a afectar al todo, confiando habitualmente a la minoría un poder de decisión silente sobre el todo en la medida en que, al exigirse mayorías cualificadas, la minoría puede bloquear el cambio. Nada se opone, desde un mero punto de vista jurídico-formal, a que esa misma mayoría que ejerce el poder constituyente-constituido del pueblo decida conferir a una parte minoritaria del mismo la capacidad de decidir por todo el pueblo algunos aspectos de la existencia de este, como la unidad personal y territorial (que es a lo que afecta la secesión), siempre que se den ciertas condiciones democráticas establecidas por aquel poder constituyente-constituido.

Respecto al segundo argumento, puede que haya coyunturas históricas - como pudo ser la española de la transición de 1978- en las que la introducción de la cláusula de secesión hubiese sido arriesgada o incluso contraproducente en términos de estabilidad política, pero transcurridos más de 35 años de democracia constitucional, y no resuelta aún de forma completamente satisfactoria la cuestión territorial, no parece temerario explorar en la segunda década del siglo XXI la constitucionalización de la secesión como una posible vía de canalización de dicho debate territorial.

Por último, respecto del argumento de la naturaleza política y no justiciable ante los tribunales de las cláusulas constitucionales que establecerían el derecho a la secesión, baste decir ahora que toda cuestión constitucional es una cuestión política, y que el mayor o menor grado de consenso constituyente sobre las cuestiones políticas no determina la justiciabilidad de las disposiciones constitucionales. Piénsese, como ejemplo de ello, en la deliberada apertura política del bloque constitucional en nuestro vigente Estado autonómico, que no ha impedido que el respeto a las disposiciones del art. 2 y el Título VIII CE sea controlable por el Tribunal Constitucional, ni inversamente que las concretísimas disposiciones

constitucionales relativas a la Corona carezcan de un cauce procedimental específico para su garantía por el Tribunal Constitucional, siendo difícilmente justiciables ante este. Por otra parte, tampoco la ausencia de una cláusula de secesión en el texto constitucional ha impedido, como la práctica judicial de los últimos tiempos pone de relieve, que se judicialice y por tanto sean justiciables los efectos normativos (impeditivos) del silencio constitucional respecto de la secesión (posibilidad o no de convocar una consulta de autodeterminación, competencia para dicha convocatoria, etcétera), cuestiones tan políticas como la de la secesión misma.²⁹

Desde la perspectiva de la teoría política también se ha argumentado en contra de la constitucionalización del derecho de secesión sobre la base de la contraposición que existiría entre tal derecho y los objetivos generales del constitucionalismo, debido a que implicaría un potencial incremento de los riesgos de conflicto étnico, una reducción de las posibilidades de compromiso y debate deliberativo en la toma de decisiones de gobierno, con el correlativo incremento de las situaciones de bloqueo en la adopción de la toma de decisiones políticas cotidianas, o la creación de riesgos de chantaje político y comportamiento político estratégico por parte de las entidades territoriales con derecho a secesionarse, que pondrían en peligro la gobernabilidad a largo plazo.³⁰ Sin embargo, como lúcidamente ha puesto de relieve Weinstock,³¹ dichos argumentos se pueden ver contrarrestados si lo que se constitucionaliza es una cláusula de secesión cualificada, esto es, no accesible a cualquier mayoría existente en la entidad que quiere secesionarse; y si la misma se diseña bien desde el punto de vista técnico jurídico de modo que se conjuren esos peligros y se obligue a los partidarios de la secesión a realizar un análisis racional y no meramente coyuntural de los costes y los beneficios de secesionarse frente a mantenerse en el Estado, teniendo en cuenta los obstáculos constitucionales que deben superar para secesionarse y el impacto que los mismos pueden tener en su propia posición política dentro de la minoría territorial que representan.³²

²⁹ Como prueban la STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4.º y la STC 42/2014, de 25 de marzo, FE JJ. 3.º-4.º, así como la STC 31/2015, de 25 de febrero, que declara inconstitucionales diversos preceptos de la Ley 10/2014 del Parlamento de Cataluña, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, y la STC 32/2015, de 25 de febrero, que declara inconstitucionales y nulos el Decreto 129/2014 de la Generalitat de Cataluña, de 27 de septiembre, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña y sus anexos.

³⁰ Sunstein, 1991, págs. 634-635; Horowitz, 2003, págs. 8 y ss.

³¹ Weinstock, 2001, págs. 182 y ss.

³² Un análisis detallado de los distintos tipos de chantajes (cínicos unos y realmente explotables los otros) que podrían plantear las entidades territoriales a las que se reconociese un derecho de secesión y su superabilidad con una adecuada configuración constitucional de dicho derecho puede verse en Shorten, 2014, págs. 99 y ss. Y sobre la superabilidad filosófico-política de los argumentos político-constitucionales en contra de constitucionalizar la secesión véase Friedrich, 2007, págs. 69 y ss.

3. *De la soberanía nacional en el Estado autonómico a la soberanía del pueblo español como demos federal complejo*

Una hipotética cláusula constitucional de secesión debería estar en consonancia con las señas de identidad del sistema jurídico modificado³³ o, dicho de otro modo, no se puede introducir esa cláusula sin cambiar a la vez *los principios estructurales del ordenamiento constitucional que se ven afectados*; de lo contrario a este le faltaría coherencia interna, que repercutiría negativamente en la funcionalidad constitucional de dicha cláusula de secesión.

Dos invocaciones recurrentes cuando se habla del derecho de secesión son la soberanía y la nación, tanto para afirmar que es un derecho derivado de la supuesta soberanía del pueblo que se autoproclama como nación y reivindica su independencia, como para afirmar la imposibilidad de su inserción constitucional, por suponer una quiebra de la soberanía nacional, o sea, de la única nación constitucionalmente reconocida como titular de la soberanía. A ambos conceptos, soberanía y nación, se les atribuye un carácter absoluto y excluyente. La soberanía y la nación se proclaman como únicas e indivisibles. A ello han contribuido más de doscientos años de organización política de las sociedades en Estados-nación, de manera que las naciones, al margen de su mayor o menor identidad cultural, se forjaron como entes políticos gracias al Estado que previamente las constituye jurídicamente y las reconoce como sujeto de imputación de su soberanía. Por tanto, aquel carácter absoluto no es metafísico, sino fruto de la selección política hecha por el ordenamiento jurídico. Como apunta Jennings, siguiendo la estela marcada por Hobbes, «el pueblo no puede decidir hasta que alguien decide quién es el pueblo»,³⁴ y esto sirve para cualquier pueblo, el catalán o el español, como bien ha recordado la STC 42/2014, de 25 de marzo, F.J. 3.º. Hay, pues, que liberarse de esa concepción metafísica y ontológica de la soberanía popular, sobre todo en su concepción como soberanía nacional, porque oculta la función que desempeña el atribuir la soberanía a la colectividad. La proclamación de la soberanía popular cumple la función constitucional de programar el Estado democrático de derecho, al objeto de organizar una sociedad en la que los individuos y los grupos en los que se integran sean libres e iguales. El derecho de secesión no deriva de la soberanía del pueblo que pretende realizarla, sino de la Constitución que así lo programe para dar cauce a la expectativa de autodeterminación externa que anide en ese pueblo.

En un análisis puramente normativo, la soberanía solo tiene pleno sentido como cualidad del ordenamiento jurídico que expresa tanto su autorreferencialidad (poder para regular su propio cambio) y su positividad (poder para regular cualquier materia y determinar su ámbito personal y espacio-temporal de vigencia).³⁵ En aras de la eficacia del ordenamiento jurídico que se pretende establecer o reformar, la Constitución puede regular este poder soberano de diversas maneras y atribuirlo a un sujeto unitario o a un sujeto complejo y modular la par-

³³ *Cfr.* Buchanan, 2013, pág. 208.

³⁴ Jennings, 1956, pág. 34

³⁵ Bastida Freijedo, 1998, págs. 387-388.

tipificación de este en su ejercicio, en función de las materias objeto de decisión. En realidad, muchas constituciones tienen diferentes procedimientos para su reforma en función de qué materias quedan afectadas y de igual manera podría arbitrar qué partes de ese sujeto complejo intervienen en la decisión de las mismas.

La inclusión en la Constitución del derecho de secesión obliga a que el ordenamiento jurídico modifique definiciones y características que son políticas y no verdades inmutables, como, por ejemplo, la idea de que la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española y de que esta es patria común e indivisible de todos los españoles (art. 2 CE).³⁶ Esto no significa negar la existencia de la nación española como entidad cultural; solo privarle jurídicamente, mediante la correspondiente reforma constitucional, de unas características, en particular de la indisolubilidad de su unidad, que previamente le ha atribuido la Constitución aprobada en 1978. La titularidad de la soberanía podría reformularse en el sentido de que «la soberanía reside en el pueblo español, que la ejerce como un todo, o a través de los pueblos de España que lo componen,³⁷ de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Constitución».

Un cambio constitucional de este calado implica asentar la Constitución no en la indisoluble unidad de la nación española, sino en un *demos* complejo que dé cuerpo a un pacto federal y a la organización territorial de España en un Estado federal. Aunque generalmente el debate del pacto federal gira en torno a la soberanía, esto no plantea especial dificultad en procesos de integración de Estados en una unidad mayor (*coming together federation*), porque hay una voluntad de emprender ese camino. Se habla sin reparo de compartir o de ceder parcialmente la soberanía a favor de la federación que se desea construir, es decir, se habla de álgebra y de geometría. Sin embargo, en procesos de descentralización para conseguir mantener cohesionado el Estado (*holding together federation*) la soberanía se convierte en intocable y en arma arrojadiza; se liga a un sujeto unitario y prejurídico y se esgrime su carácter de poder originario, absoluto, único, indivisible y perpetuo. Todo ello para argumentar que ningún sujeto distinto de la nación es soberano y, de paso, negar la condición de nación a cualquier colectividad en su seno.³⁸ En la misma línea, pero a la inversa, los nacionalismos pe-

³⁶ Como pone de relieve el Tribunal Constitucional, conforme al vigente art. 1.2 CE «en el *actual* ordenamiento constitucional solo el pueblo español es soberano, y lo es de manera exclusiva e indivisible, a ningún otro sujeto u órgano del Estado o a ninguna fracción de ese pueblo puede un poder público atribuirle la cualidad de soberano. Un acto de este poder que afirme la condición de “sujeto jurídico” de soberanía como atributo del pueblo de una Comunidad Autónoma no puede dejar de suponer la simultánea negación de la soberanía nacional que, conforme a la Constitución, reside únicamente en el conjunto del pueblo español. Por ello, no cabe atribuir su titularidad a ninguna fracción o parte del mismo» STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3.º. Pero en el mismo FJ 4.º c) no descarta la posibilidad de su reforma. «El planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable (STC 103/2008, FJ 4.º)».

³⁷ En el sentido del *Gesamtstaat* kelseniano (Kelsen, 1925, págs. 199 y ss.).

³⁸ Véase, Bastida Freijedo, 2017, págs. 36 y ss.

riféricos afirman la condición de su pueblo como nación soberana y el derecho a separarse de manera unilateral.

El error de este planteamiento es concebir la democracia en términos de soberanía, el poder al servicio del número, el triunfo de la mayoría sobre la minoría (discurso tanto del nacionalismo español como del nacionalismo catalán).³⁹ La perspectiva cambia si se entiende que la esencia de la democracia es el respeto a la minoría. El Estado democrático en una sociedad compleja debe reconocer cauces para que los colectivos nacionales en los que se integra el individuo puedan a su vez defender su singularidad frente a la mayoría nacional estatal, incluso en el plano de la reforma constitucional. Es necesario combinar la aritmética con la geometría, para que las decisiones las adopte el pueblo español como un *demos* complejo en el que no solo cuente la condición individual de ser español, sino también su pertenencia al pueblo de la entidad territorial en las que se integra. Esto implica un cambio radical en la organización territorial del Estado, no necesariamente confederal, porque el punto de partida no es la soberanía previa de los sujetos del pacto,⁴⁰ pero sí federal, por cuanto se trata del reconocimiento de estos sujetos como integrantes de un *demos* constitucional complejo. En este sentido, no sería inherente al pacto reconocer capacidad de veto de las entidades territoriales que en él participan,⁴¹ pero sí una transformación radical del Parlamento, sobre todo de la composición y funciones de la cámara de representación territorial.

En este contexto constitucional, la introducción de una cláusula de secesión expresa la voluntad constituyente del *demos* complejo del Estado federal de abrir un cauce para que pueda producirse la variación de su ámbito territorial y personal de vigencia a impulso de las entidades federadas que lo componen, y siempre que se cumplan los requisitos procedimentales y/o materiales que la Constitución federal quiera establecer. No cabe la decisión unilateral de independencia sin una negociación previa con el Estado federal, porque, como tantas veces se ha dicho en este trabajo, el derecho a la secesión del que aquí se habla no pretende ser un derecho prejurídico que conserven las entidades territoriales federadas como inherente a una soberanía de la que carecen, ni del ejercicio de un poder constituyente originario por parte de estas. Se trata de la atribución por el *demos* federal complejo a las entidades federadas en las que se organizan jurídicamente los pueblos de España de una competencia extraordinaria de reforma constitucional para que puedan expresar y, llegado el caso, cumplir su expectativa de independencia. Habida cuenta de que tal cláusula se establece por la existencia de un problema enquistado de cohesión territorial, su previsión es un instrumento para garantizar la máxima estabilidad y eficacia del ordenamiento jurídico. Pero, al ser este democrático, la cláusula no puede limitarse a establecer un abstracto derecho de secesión, sino que debe concretar las condiciones democráticas en

³⁹ La contradicción desde esta ciega aritmética supuestamente democrática es que el enfrentamiento puede ser entre dos mayorías, la que se forma en España y la que se puede formar contra esa mayoría en Cataluña o en el País Vasco.

⁴⁰ En un sentido diverso, Tosi, 2007, págs. 308 y ss.

⁴¹ Respecto del poder de veto unilateral que algunas Constituciones federales pueden preservar a los Estados federados, Jellinek, 1882, pág. 272.

que puede ser ejercido, tanto en lo que respecta al procedimiento, como a las mayorías requeridas, para que sean claras y suficientes y se formen con pleno respeto a las minorías. Además, siendo una separación de una parte del *demos* federal complejo, el principio democrático exige la previsión de un procedimiento negociador con la finalidad primaria de buscar la continuidad de la entidad independentista dentro del Estado federal y, de no haber éxito, negociar la separación de la manera menos traumática posible.

III. El derecho a la secesión en el derecho internacional y en el derecho constitucional comparado

1. *Secesión y derecho humano a la libre determinación de los pueblos*

El derecho a la secesión de una parte del territorio de un Estado soberano no figura, como tal, entre los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional. Sin embargo, se ha discutido extensamente acerca de si el derecho a la libre determinación de los pueblos, recogido en el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en el art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ampara la secesión de un territorio del Estado al que pertenecía anteriormente. De ser así, aunque la secesión no fuera la única fórmula de ejercicio de dicho derecho a la libre determinación, se daría cobertura legal internacional a las pretensiones secesionistas.

Se ha de comenzar diciendo que tanto la inmensa mayoría de la doctrina internacionalista⁴² como la Corte Suprema de Canadá –en su famosa decisión sobre la cuestión de la secesión de Quebec–⁴³ han negado, con carácter general, que un derecho a la secesión de cualquier grupo de habitantes de un Estado soberano encuentre reconocimiento *prima facie* en el derecho humano a la libre determinación de los pueblos. Ni desde el punto de vista de su objeto, que está constituido tanto por la autodeterminación interna como por la autodeterminación externa, reduciéndose esta última a no verse a sometidos a dominación militar de una potencia extranjera o a la colonización por una metrópoli, pero no permitiendo afectar total o parcialmente a la integridad territorial de Estados soberanos independientes. Ni tampoco desde el punto de vista de los sujetos titulares de ese derecho, puesto que, aunque el art. 1 de la DUDH, y el art. 1 del PIDCP y del PIDESC hablen de «todos» los pueblos, en lo que se refiere a la autodeterminación externa, dado lo limitado de su objeto en este ámbito, no abarcarían más que a los pueblos coloniales, territorios dependientes o sometidos a la dominación militar de otro Estado, cosa que no es ni ha sido el caso de ninguna colectividad territorial española, al menos desde que los mencionados tratados internacionales están en vigor.

⁴² Véase por todos Cassese, 1995, págs. 118-124. En España, véase la Declaración sobre la falta de fundamentación en el Derecho Internacional del referéndum de independencia que se pretende celebrar en Cataluña, firmada por 400 profesores y profesoras de Derecho Internacional: <https://web6341.wixsite.com/independencia-cat> (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁴³ Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217.

Esta tesis halla su respaldo, además, en la interpretación de los mencionados instrumentos convencionales derivada de las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1514 (XV), 1541 (XV), de la Recomendación General n.º 21 sobre el derecho a la autodeterminación, del Comité de las Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación racial, de 23 de agosto de 1996,⁴⁴ pero sobre todo de la Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, sobre los Principios de Derecho Internacional relativos a las Relaciones de Paz y a la Cooperación entre Estado de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas,⁴⁵ a la que también remite el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General n.º 12 al derecho a la autodeterminación de los pueblos del art. 1 PIDCP.⁴⁶ La Resolución 2625 (XXV) exige conciliar el principio de autodeterminación de los pueblos con el principio de respeto a la integridad territorial de los Estados, que solo cede ante el primero y admite la autodeterminación externa (y por tanto la secesión) en el caso de pueblos coloniales, o en el caso de pueblos no coloniales cuando el Estado matriz no respete el derecho de autodeterminación interna de los pueblos que lo componen y la igualdad de derechos humanos de sus ciudadanos, es decir, cuando la secesión sea el último remedio frente a la opresión de un gobierno del Estado que no es representativo de toda la población del territorio.⁴⁷ Nada de esto se vio modificado por la Opinión consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre Kosovo de 2008 (A/64/881), dado que el Tribunal, al tiempo que afirma la no ilicitud internacional de la secesión de Kosovo, tampoco afirma su licitud en términos generales,⁴⁸ por lo que dicha licitud dependerá del derecho constitucional interno, siendo la secesión para el derecho internacional un mero acto político respecto del cual aquel permanece neutral,⁴⁹ quedando a expensas de la práctica de los demás Estados el reconocimiento de todo nuevo Estado producto de una secesión unilateral contra el ordenamiento constitucional del Estado matriz.⁵⁰

En este sentido, se puede decir que desde el punto de vista del derecho internacional el ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos no coloniales, ni sometidos a una potencia extranjera, se agota en su vertiente de «autodeterminación interna» (participación democrática en el proceso político-decisorio del Estado en el que están integrados), es decir, en el caso de España en su parti-

⁴⁴ Documento A/51/18, que se puede ver en castellano aquí: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7493&Lang=en (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁴⁵ Véase el texto en castellano de la Resolución 2625 (XXV): [http://undocs.org/es/A/RES/2625\(XXV\)](http://undocs.org/es/A/RES/2625(XXV)) (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁴⁶ Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. i) que se puede ver en castellano aquí: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=HRI/GEN/1/Rev.9%20%28Vol.%20I%29&Lang=en (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁴⁷ En detalle sobre ello, *cf.* Musgrave, 1997, págs. 180-210 y McCorquodale, 1994, págs. 879-880.

⁴⁸ *Cf.* Medina Ortega, 2014, pág. 167.

⁴⁹ *Cf.* Urrutia Libarona, 2012, pág. 123.

⁵⁰ La práctica internacional desde 1945 muestra que la mayoría de los Estados en general son reacios a reconocer a los nuevos Estados nacidos de una secesión unilateral *contra constitutionem* cuando los mismos no son antiguas colonias ni territorios sometidos a dominación por una potencia extranjera: sobre ello en detalle, Crawford, 1999, págs. 92 y ss.

cipación en las instituciones del Estado y en su autonomía política como CC.AA., pero no les faculta a su «autodeterminación externa», esto es, a la formación de un Estado soberano propio o la integración en otro distinto de aquel al que pertenecen mediante la secesión,⁵¹ salvo que la situación evolucionara hacia la generalizada violación de los derechos humanos en ese territorio y la falta de autodeterminación interna de sus ciudadanos dentro del Estado español. En otras palabras, el derecho a la secesión solo se aceptaría en el Derecho Internacional –en el mejor de los casos– como un derecho-remedio,⁵² lo cual no sería de aplicación a las nacionalidades y regiones que integran España, que desde 1978 han gozado ex art. 2 CE de un amplio nivel de autonomía política. Incluso aunque el derecho internacional reconociese a todos los pueblos, coloniales o no, un derecho a la autodeterminación externa mediante la secesión, dicho reconocimiento entraría en contradicción con el texto constitucional de 1978 –que afirma expresamente en su art. 2 la indisoluble unidad de la nación y la integridad territorial del Estado– y, dada la posición infraconstitucional de los tratados,⁵³ su implementación requeriría una previa reforma constitucional que constitucionalizase ese derecho a la secesión,⁵⁴ como se verá después.

2. *La constitucionalización de la secesión en el derecho constitucional comparado*

A pesar de lo dicho en el apartado anterior, no es menos cierto que tampoco existe en el derecho internacional una expresa prohibición de la regulación del ejercicio del derecho a la autodeterminación externa de una parte del pueblo de un Estado y en concreto de la previsión de un procedimiento de secesión, por lo que no existe un obstáculo jurídico internacional a su constitucionalización por los Estados.⁵⁵

Ciertamente, hay Estados, como Portugal, Italia o Alemania, que, como se dirá después, mediante una cláusula de intangibilidad que abarca la estructura territorial y/o la unidad del Estado niegan –expresamente o por vía de la interpretación jurisprudencial y doctrinal– la posibilidad de que la Constitución, ni siquiera tras una reforma constitucional, pueda permitir la secesión de parte del territorio estatal y, por tanto, la autodeterminación externa de parte del pueblo del Estado. Junto a ellos, otros Estados declaran la indisoluble unidad de la nación española (art. 2 CE), la indivisibilidad de la República francesa (art. 1 Const. francesa), la indisolubilidad de los EE. UU. (*Texas v. White*, 74 U.S. 700, de 1868), cláusulas cons-

⁵¹ Raic, 2002, págs. 228-234, 316-324. En un sentido similar, en España, Ridao i Martí, 2014, págs. 96-101; y Medina Ortega, 2014, págs. 154 y ss.

⁵² Sobre las distintas teorías justificativas filosófico-políticamente del derecho a la secesión (entre las que se encuentran las teorías del derecho-remedio y de la justa-causa), véase Buchanan, 1997, págs. 34-37; Norman, 2003, págs. 198 y ss.

⁵³ DTC 1/1992, de 1 de julio, FJ 4.º y DCT 1/2004, de 1 de noviembre, FJ 4.º.

⁵⁴ *Cfr.* Ruipérez Alamillo, 2013, págs. 111-112. *Sensu contrario* también la STC 42/2014, de 25 de marzo, FEJ. 3.º b)-4.º.

⁵⁵ Mancini, 2012, págs. 487 y ss.

titucionales todas ellas que se opondrían a la secesión de parte del territorio de un Estado,⁵⁶ pero esas declaraciones por sí solas no impedirían, como se verá después, que por vía de reforma constitucional se pudiera constitucionalizar un procedimiento de secesión que permita romper esa unidad.⁵⁷

Además, existen algunos ejemplos históricos o contemporáneos de esa expresa constitucionalización de la secesión, sin que ni su reducido número ni su mayoría adscripción a un constitucionalismo no liberal-democrático constituyan prueba alguna de la falta de racionalidad jurídico-constitucional de este tipo de disposiciones, habida cuenta, sobre todo, de que en tiempos pasados no existió un cuestionamiento de la soberanía del Estado nación y consiguientemente de su integridad territorial (más allá de del proceso descolonizador), conectado con la globalización y con la construcción del derecho a la libre determinación de los pueblos como un derecho humano, pero sobre todo habida cuenta de que, como se detallará después, nuestro análisis parte de una concepción exclusivamente formal-funcional de Constitución.

Algunos de esos ejemplos históricos son el de la Constitución de la extinta URSS o el de la Constitución de Sudán. Así, el art. 72 de la Constitución de la URSS (1977) preveía que «toda República de la Unión conservará el derecho a separarse libremente de la URSS», precepto que se desarrolló en la práctica por la Ley relativa al procedimiento de resolución de cuestiones conectadas con la secesión de las Repúblicas integrantes de la URSS, de 3 de abril de 1990, que entre otros requisitos requería la aprobación en referéndum por 2/3 de los ciudadanos de la URSS residentes permanentes y con derecho de voto en la república candidata a la secesión (art. 6).⁵⁸ Por su parte, el art. 219 de la Constitución Provisional de Sudán (2005) reconocía el derecho del pueblo de Sudán del Sur a su autodeterminación mediante un referéndum sobre la secesión que, conforme al art. 222, debía estar supervisado internacionalmente.⁵⁹ Nunca quedó claro, constitucionalmente hablando, si la Constitución de Yugoslavia de 1974 garantizaba o no un derecho de secesión a las repúblicas socialistas federadas, puesto que, aunque su Preámbulo y su art. 1 hablaban de la unión voluntaria de las naciones que integran Yugoslavia en ejercicio de su derecho a la autodeterminación, diversos preceptos, como el art. 203 excluían el uso de los derechos constitucionales garantizados para poner en peligro la existencia del Estado,⁶⁰ lo que sin duda en buena medida

⁵⁶ Sobre ello en detalle Sáiz Arnáiz 2006-207, págs. 38-41.

⁵⁷ En *Dillon v. Gloss*, 25 U.S. 368, de 1921 el Tribunal Supremo de los EE. UU. abandona el planteamiento de que el poder de reforma constitucional del art. V esté sometido a límites materiales implícitos y por tanto sería factible introducir mediante una reforma constitucional un derecho a la secesión, aunque para hacerlo sería necesaria la aprobación por parte de todos los Estados miembros de la Unión, al conllevar la secesión la pérdida (voluntaria) del derecho de voto en el Senado del Estado que se separa.

⁵⁸ Véase el texto en inglés de la Ley: <http://soviethistory.msu.edu/1991-2/shevarnadze-resigns/shevarnadze-resigns-texts/law-on-secession-from-the-ussr/> (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁵⁹ Véase el texto en inglés de la Constitución provisional de Sudán: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/sd/sd003en.pdf> (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁶⁰ Véase el texto en inglés de la Constitución de la República Federal socialista de Yugoslavia, de 1974: <http://www.worldstatesmen.org/Yugoslavia-Constitution1974.pdf> (consultado el 30 de mayo de 2018).

conlleva la secesión de una parte de este.⁶¹ Lo mismo cabe decir de la Ley Constitucional 143/1968 de la Federación checoslovaca, vigente a la fecha (1992) en la que se produce la disolución pacífica de la Federación, y la constitución de los dos nuevos Estados soberanos de la República Checa y la República Eslovaca. Aunque el Preámbulo y el art. 1.1 y 2 de dicha Ley Constitucional disponía la federación voluntaria y basada en el derecho a la autodeterminación de los Estados-nación de Chequia y Eslovaquia hasta su separación, ninguna disposición de la Constitución de 1968 preveía el ejercicio futuro ni del derecho de autodeterminación de ambas naciones ni mucho menos del derecho o procedimiento de secesión.⁶² Lo anterior no obstante, las fuerzas políticas dominantes en Chequia y en Eslovaquia, tras la declaración de independencia de esta última el 17 de julio de 1992, acordaron y llevaron a efecto pacíficamente la disolución de la Federación, sin oposición y con el beneplácito de las autoridades federales.⁶³

Y entre los ejemplos vigentes de constitucionalización de la secesión se encuentran la Constitución de Etiopía, la Constitución de Uzbekistán y la Constitución de San Cristóbal y Nieves. En efecto, el art. 39 de la Constitución de Etiopía (1994) dispone en su apartado primero que «toda nación, nacionalidad y pueblo de Etiopía tiene el derecho incondicional a la autodeterminación, lo que incluye el derecho a la secesión», añadiendo en el apartado cuarto de ese mismo artículo el procedimiento para llevar a cabo dicha secesión, que incluye, entre otros, una mayoría de 2/3 del parlamento de la nación, nacionalidad o pueblo afectado, la celebración de un referéndum organizado por el gobierno federal sobre la secesión, que para ser aprobado requeriría la mayoría de los votos emitidos.⁶⁴ De igual modo, el art. 74 de la Constitución de Uzbekistán (1992) reconoce a la República autónoma de Karakalpakstán el derecho a secesionarse de la República de Uzbekistán mediante un referéndum celebrado entre los ciudadanos de la primera.⁶⁵ Por último, el art. 113 de la Constitución de San Cristóbal y Nieves (1983) reconoce a la isla de Nieves el derecho a dejar de estar federada con la isla de San Cristóbal y a que la Constitución federal deje de ser obligatoria para ella, previendo el procedimiento a seguir para que ello sea posible, que incluye, entre otros requisitos, una decisión por mayoría cualificada de 2/3 de los miembros del Parlamento de Nieves, así como su subsiguiente aprobación en referéndum por 2/3 de los votantes de la isla de Nieves, a los que también debe haberse presentado, seis meses antes de la celebración del referéndum, un proyecto de Constitución para la futura Nieves independiente (o integrada en otro Estado).⁶⁶

⁶¹ Concluyendo, con base en la práctica política de la Presidencia de Yugoslavia, que no se admitía un derecho a la secesión de las repúblicas federales Iglar, 1992, págs. 218-220.

⁶² Véase el texto en inglés de la Ley constitucional 143/1968, de 27 de octubre, sobre la Federación Checoslovaca: <http://czecon.law.muni.cz/content/en/ustavy/1968/> (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁶³ Sobre el proceso de disolución de la República socialista de Checoslovaquia, véase Holigova 2017, págs. 315-319.

⁶⁴ Véase el texto en inglés de la Constitución de Etiopía: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/et/et007en.pdf> (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁶⁵ Véase el texto en inglés de la Constitución de Uzbekistán: <http://constitution.uz/en> (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁶⁶ Véase el texto en inglés de la Constitución de San Cristóbal y Nieves: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_kna_const_stkitts.pdf (consultado el 30 de mayo de 2018).

Finalmente, también existen ejemplos de ordenamientos sin una Constitución formal, como el Reino Unido, en los que se ha aceptado la posibilidad de celebrar un referéndum sobre la secesión de ciertos territorios con identidad nacional (Escocia), siempre que se den una serie de requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico del Estado matriz. Así, el Gobierno británico acordó con el Gobierno escocés en el «Acuerdo de Edimburgo de 15 de octubre de 2012»⁶⁷ la adopción de un reglamento de desarrollo de la Ley de devolución de poderes a Escocia de 1998, en virtud del cual se transfería singularmente al Parlamento escocés la competencia para legislar, en los términos y condiciones fijados en el Acuerdo y reflejados en el mencionado reglamento, sobre la celebración de un referéndum relativo a la independencia de Escocia antes del 31 de diciembre de 2014.⁶⁸ Ahora bien, esto solo es posible por la existencia de un marco constitucional flexible que permite que los actores políticos diseñen –si tiene voluntad de hacerlo– una suerte de pluralismo constitucional que deja la Constitución fuera de los tribunales,⁶⁹ pero también porque lo único que se regula es el poder para promover una consulta de carácter político, sin que el marco legal o constitucional predeterminen jurídicamente cuáles deban ser los efectos de la decisión tomada en el referéndum. Y ello, como se ha visto en el Reino Unido con ocasión del referéndum sobre la salida de la Unión Europea, no es una cuestión que pacifique y resuelva jurídicamente el problema.⁷⁰ En este sentido, de haber triunfado el referéndum de secesión escocés –en puridad un plebiscito de secesión– hubiera sido necesario que el Parlamento británico, para darle efectividad, derogase expresamente, entre otras Leyes, la Ley del Parlamento inglés de Unión con Escocia de 1706⁷¹ y la Ley del Parlamento escocés de Unión con Inglaterra de 1707,⁷² lo cual no habría sido especialmente difícil en términos jurídico-formales dada la flexibilidad de la «Constitución» británica.

A pesar de que habitualmente se invoque Canadá como ejemplo de ordenamiento abierto a la secesión, en nuestra opinión no cabe encajarlo dentro de los sistemas que constitucionalizan un derecho a la secesión. Una cosa es que el Parlamento canadiense, siguiendo lo dispuesto en la Sentencia de la Corte Suprema de Canadá sobre la secesión de Quebec de 1998, haya aprobado una Ley de Claridad⁷³ en la que se prevé la posibilidad de que las provincias celebren referendos sobre la secesión y en la que se fijan las condiciones bajo las cuales el Gobierno federal debería entrar a una negociación con la provincia en la que exista esa voluntad clara y suficiente de separarse de Canadá. Y otra cosa bien distinta es que la previsión de ese referéndum sea el punto de llegada de la secesión. El referén-

⁶⁷ Véase el texto del acuerdo en inglés: <https://www.gov.scot/Resource/0040/00404789.pdf> (consultado el 30 de julio de 2018).

⁶⁸ Véase el texto en inglés de la Scotland Act 1998 (*Modification of Schedule 5*) Order 2013: <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2013/9780111529881> (consultado el 30 de julio de 2018)

⁶⁹ Walker, 2014, págs. 529 y ss.

⁷⁰ Barber/Hickman/King 2016.

⁷¹ Véase el texto en inglés de la Union with Scotland Act 1706 (1706 c. 11): <http://www.legislation.gov.uk/aep/Ann/6/11/contents> (consultado el 30 de julio de 2018).

⁷² Véase el texto en inglés de la Union with England Act 1707 (1707 c. 7): <http://www.legislation.gov.uk/aosp/1707/7/introduction> (consultado el 30 de julio de 2018).

⁷³ Ley de claridad canadiense (S.C. 2000, c. 26).

dum es solo un punto de partida de un camino político-constitucional hacia la secesión de final más bien incierto, en el que la dificultad de lograr la secesión en Canadá es jurídico-constitucionalmente elevadísima, habida cuenta de que la mencionada Sentencia de la Corte Suprema de Canadá niega la existencia de un derecho constitucional a la secesión, y del mandato democrático de negociar no deduce el deber jurídico de llegar a un acuerdo sobre la secesión, que de alcanzarse debería, en todo caso, tramitarse como una reforma constitucional.⁷⁴ Además, a la luz de lo dispuesto en la Parte V de la Ley Constitucional de 1982, relativa a la modificación de la Constitución de Canadá, la formalización constitucional del acto de secesión está sometida a un procedimiento ultra-rígido de reforma constitucional en el que se requiere el consentimiento de todas las provincias, pues la secesión implicaría el cese del teniente gobernador de la provincia que abandone Canadá, una alteración del uso de las lenguas inglesa y francesa en el territorio de Canadá, así como de la composición de la Corte Suprema de Canadá, materias todas ellas cuya modificación está sujeta a la unanimidad provincial por la Sec. 41 de la citada Ley constitucional.⁷⁵

IV. Cómo constitucionalizar el derecho a la secesión

1. *Inexistencia de límites materiales a la reforma constitucional que protejan la unidad de la Nación Española*

La hipótesis que se ha avanzado hasta ahora es que la constitucionalización de un derecho a la secesión es una posible y novedosa fórmula de canalización jurídica de las tensiones que genera el problema de la identidad territorial en España. Esta constitucionalización habría de realizarse por vía de reforma constitucional, dado que en nuestro sistema constitucional de poderes constitucionales explícitamente tasados no cabe una tercera vía entre el inmovilismo y la constitucionalización de un derecho de secesión (o la secesión misma directamente decidida en una reforma constitucional), como se hizo en el Reino Unido con el referéndum de independencia escocés. La mera apelación al principio democrático, en los términos en los que lo hizo la Corte Suprema de Canadá, no es suficiente para construir interpretativamente esta tercera vía en nuestro país, dado que las consecuencias de este principio vienen determinadas por la Constitución española misma, y ni pueden consistir en la imputación a las entidades territoriales de competencias o potestades no previstas por nuestro sistema legal,⁷⁶ ni permiten saltarse el necesario procedimiento de reforma constitucional en caso de querer proceder directamente a romper con la indisoluble unidad de la nación española y permitir la secesión de parte del territorio nacional.⁷⁷

⁷⁴ Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217.

⁷⁵ En este sentido Monahan, 1995, págs. 5-15.

⁷⁶ Cfr. López Basaguren, 2013, pág. 95.

⁷⁷ Por todos, véanse, la STC 42/2014, de 25 de marzo, la STC 114/2017, de 17 de octubre, y la STC 124/2017, de 8 de noviembre.

El debate sobre la posibilidad de reformar la Constitución para introducir una cláusula de secesión está íntimamente ligado al propio concepto y función de la reforma, y a su vez al concepto y función de la Constitución. Desde una caracterización material de Constitución, que define su posición a partir de su valor y legitimidad políticas para la existencia del Estado, del pueblo o de determinados valores políticos o morales, la reforma constitucional se convierte en un instrumento de garantía en el tiempo de la Norma Fundamental y, sobre todo, en un mecanismo para articular la continuidad histórica de un Estado constituido por un pueblo soberano sobre un territorio. Partiendo de este concepto de Constitución, el poder constituyente constituido, o de reforma constitucional, no estaría habilitado para romper esa continuidad histórica del Estado, y por tanto, no estaría habilitado para modificar la Constitución introduciendo un derecho a la secesión⁷⁸ pues ello conllevaría un atentado contra la integridad territorial del Estado sobre la que se sustenta la legalidad constitucional. La indisoluble unidad de la nación española declarada en el art. 2 CE se erigiría, así, en un límite material implícito a la reforma constitucional⁷⁹ y la secesión de parte del territorio nacional solo sería posible por la vía extra-jurídica del ejercicio del poder constituyente originario del pueblo español que cambiase de Constitución.⁸⁰

Sin embargo, desde una caracterización formal-funcional de Constitución, que define su posición de supremacía a partir de la función normativa que esta cumple en el interior del sistema jurídico-positivo, y no a partir de su contenido político, la reforma constitucional aparece como una *consecuencia estructural* de este, que pretende desarrollar autorreferencialmente su *positividad*, permitiendo interiorizar a través de procedimientos jurídicamente reglados cualesquiera nuevas expectativas que surjan en el entorno social, incluidas las que afectan a los aspectos políticos esenciales del sistema constitucional, como el territorio sobre el que este tiene vigencia, para así preservar su diferenciación funcional respecto del resto de los sistemas sociales.⁸¹

En nuestra opinión, en un mundo altamente complejo en el que muchas esferas sociales se han globalizado, solo se puede entender la Constitución desde una perspectiva formal-funcional. La existencia diferenciada del ordenamiento jurídico y su propia validez dependen en buena medida de su grado de *positividad*, una de cuyas manifestaciones es la inserción eficaz del sistema en el medio, y esta requiere la institucionalización de la posibilidad de cambio,⁸² pues la misma pacifica el proceso de garantía de expectativas encauzándolo a través del derecho y domestica el poder constituyente originario,⁸³ juridificando su ejercicio como poder de reforma constitucional y sometándolo a reglas formales.⁸⁴ Por ello,

⁷⁸ En este sentido, *cfr.* Ruipérez Alamillo, 2013, págs. 89 y ss. y Miguel Bárcena, 2018, págs. 138-139.

⁷⁹ *Cfr.* Tajadura Tejada, 2009, págs. 380-382.

⁸⁰ Ruipérez Alamillo, 2013, págs. 131-133.

⁸¹ *Cfr.* Aláez Corral, 2000, págs. 133 y ss.

⁸² *Cfr.* Lutz, 1994, pág. 357.

⁸³ *Cfr.* Dellinger, 1983, pág. 431.

⁸⁴ Es lo que Hart, 1994, págs. 149 y ss. denomina «soberanía auto-comprensiva» (*self-embracing omnipotence*).

cualquier contenido constitucional, incluida la previsión de un procedimiento de secesión, debería poder ser constitucionalizado a través de una reforma constitucional,⁸⁵ consista esta en la adición, sustitución o supresión de una, varias o todas las normas constitucionales,⁸⁶ salvo que el propio sistema constitucional haya petrificado ciertos contenidos constitucionales, como la unidad de la nación o la integridad territorial, mediante una prohibición expresa o implícita⁸⁷ de reforma constitucional.⁸⁸ Lo que en ningún caso cabría es deducir dichos límites materiales de la existencia de últimas certidumbres morales o políticas metapositivas de las cuales traería su fundamento el sistema jurídico-positivo,⁸⁹ pues ello solo es posible desde un concepto material de Constitución que disuelve la normatividad diferenciada del Derecho en la Política o la Moral.⁹⁰

Si existen determinados contenidos que se desea sustraer a la *positividad* del sistema, ello normalmente es debido a la elevadísima inestabilidad de determinadas expectativas, algunas de las cuales pueden ser trascendentales para el sistema social como es el caso de los principios estructurales, incluido el relativo a la unidad territorial del Estado. Se trata por regla general de prohibiciones de cambio que se revelan inadecuadas y huérfanas de eficacia, pues se mantienen solo mientras exista una opinión pública que no dé ninguna oportunidad política de éxito a las violaciones de estos límites jurídicos a la *positividad*. Y los hechos de los últimos años revelan, en particular en Cataluña, pero también en el País Vasco, que la expectativa de la unidad nacional de España es muy inestable en dichos territorios. Por ello, contra los riesgos de la absoluta *positividad* del sistema jurídico solo se puede luchar desde dentro de aquel, no con la imposición de límites materiales a la reforma constitucional cuya utilidad marginal es mínima.⁹¹

En todo caso, más allá de estos argumentos teórico-constitucionales, tres razones de orden jurídico-positivo excluyen *prima facie* que la unidad de la Nación española represente un límite material absoluto a la reforma constitucional. En primer lugar, la afirmación de la supremacía del texto constitucional que se lleva a cabo en el art. 9.1 CE,⁹² elemento significativo de la plena positividad del sistema jurídico español. En segundo lugar, la expresa previsión en el Título X de dos procedimientos de reforma constitucional, uno de los cuales (art. 168 CE) permite la revisión total de la Constitución, así como la reforma de los contenidos nucleares del sistema constitucional, entre los que están, además de la ya mencionada cláusula de supremacía (art. 9.1 CE), la indisoluble unidad de la nación española

⁸⁵ Ya Otto y Pardo, 1987, pág. 22.

⁸⁶ Sobre los posibles contenidos de la reforma constitucional, véase la exhaustiva clasificación de Löwenstein, 1968, págs. 110 y ss.

⁸⁷ En el ordenamiento español, véase ya Jiménez Campo, 1980, págs. 95 y ss. respecto del valor de la dignidad de la persona.

⁸⁸ Los límites implícitos no se deben confundir con los límites que se consideran inmanentes a unos valores o principios constitucionales meta-positivos, al margen del texto constitucional; al respecto de estos, véase Roznai, 2013, págs. 670 y ss.

⁸⁹ *Cfr.* Vile, 1995, pág. 201.

⁹⁰ Véase Aláez Corral, 2000, págs. 246 y ss.

⁹¹ Luhmann, 1981, págs. 144-145.

⁹² Tal y como ha afirmado claramente nuestro Tribunal Constitucional en su DTC 1/2004, de 1 de noviembre, FJ 4.º.

y su integridad territorial (art. 2 CE), y la imputación de la soberanía nacional al pueblo español (art. 1.2 CE), encuadrados todos dentro del Título Preliminar. Además, el Título X CE está huérfano de toda mención a cualesquiera límites materiales absolutos a la reforma constitucional, a diferencia de lo que ocurre con otros ordenamientos de nuestro entorno que sí han incluido expresa (art. 288 a) de la Constitución portuguesa)⁹³ o implícitamente (art. 5 en relación con el art. 139 de la Constitución italiana⁹⁴ o art. 79.3 en relación con el art. 20 de la Ley Fundamental de Bonn⁹⁵) la unidad territorial del Estado entre los límites materiales al poder de reforma constitucional. En tercer y último lugar, la deducción implícita de una prohibición de reforma constitucional de la proclamada indisolubilidad de la unidad de la nación española (art. 2 CE), se encontraría en una disfuncional «discordancia práctica» con la mencionada previsión expresa en el art. 168 CE de la posibilidad de una reforma constitucional total o una reforma que afecte a los principios estructurales del Título Preliminar, incluida la unidad de la nación española.

Ninguna interpretación del texto constitucional en clave histórica o teleológica debiera enfrentarse a la interpretación de este adecuada al cumplimiento por su parte de su función de canalización de expectativas desde el medio social hacia el interior del ordenamiento estatal. La unidad de la nación española puede operar, como lo ha hecho, como límite a la validez de una norma infraconstitucional como el Estatuto de Autonomía,⁹⁶ una Ley autonómica⁹⁷ o una decisión parlamentaria,⁹⁸ pero no frente al poder constituyente-constituido que se ejerce por el procedimiento del art. 168 CE, de modo que se trata de una unidad normativa que no se opone a la posible segregación (división) territorial siempre que discurra por los cauces constitucionalmente previstos.⁹⁹

Por tanto, el carácter fundamentador que la dicción literal del art. 2 CE atribuye a la indisoluble unidad de la Nación española no la convierte en una entidad pre y suprapositiva de la cual deriven jurídicamente su validez la Constitución misma y, con ella, su forma de organización territorial. Jurídico-constitucionalmente la unidad de la Nación española no es, pues, la unidad de una entidad metafísica

⁹³ No es el caso del art. 89.4 de la Const. Francesa, que establece únicamente un límite temporal, no uno material a la reforma constitucional, al modo y manera de lo que hace el art. 169 CE, pues prohíbe iniciar o tramitar cualquier procedimiento de reforma constitucional mientras sufra menoscabo la integridad territorial, no que ese pueda ser el objeto de la reforma.

⁹⁴ Tal y como los ha interpretado la Corte Costituzionale italiana en la Sentencia n.º 118 de 25 de junio de 2015, FJ 7.2, relativa a una ley de referéndum consultivo de autodeterminación de la Región del Véneto, con remisión a la Sentencia n.º 1146 de 15-29 de diciembre de 1988 FJ 2, considerando a la unidad de la república un elemento esencial del ordenamiento constitucional (implícitamente) sustraído al poder de reforma constitucional.

⁹⁵ Véase el Auto del Bundesverfassungsgericht de 16 de diciembre de 2016 (2BvR 349/16) relativo a la celebración de un referéndum sobre la secesión de Baviera. Aunque el Auto carece de una fundamentación extensa la doctrina ha vinculado la implícita prohibición de secesión con la cláusula de intangibilidad del art. 79.3 LFB y con el significado tanto histórico como actual del principio federal del art. 20.1 LFB protegido por esta; sobre ello véase Doerfert, 2016, págs. 711-713.

⁹⁶ STC 31/2010, de 28 de junio, FF.JJ. 3.º, 7.º y 12.º.

⁹⁷ STC 114/2017, de 17 de octubre, FJ 5.º c), y STC 124/2017, de 8 de noviembre, FJ 5.º c).

⁹⁸ STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3.º.

⁹⁹ Respecto de Italia, en este mismo sentido, Modugno, 1999, pág. 1013.

prejurídica, sino una unidad normativa que halla su expresión en la CE de 1978. Aunque la nación española (y el pueblo español que a estos efectos es la formulación democrática de la misma) puedan considerarse realidades históricas preexistentes a la propia Constitución (como también el pueblo catalán o el pueblo vasco), se constituyen en el mundo jurídico como sujetos solo en virtud de su reconocimiento constitucional.¹⁰⁰ De ahí que su carácter fundamentador solo pueda referirse a que la unidad nacional preside la existencia del sistema jurídico en su conjunto e impide que, sin su reforma previa, se realicen determinadas formas de estructuración de la creación normativa incompatibles con dicha unidad nacional, como la secesión o la confederación. Pero lo anterior no impide que por el adecuado procedimiento de reforma constitucional también esta unidad pueda ser modificada.¹⁰¹

Por consiguiente, en qué consista la integridad territorial del Estado español es algo constitucionalmente modificable en vía de reforma constitucional,¹⁰² que podría prever la secesión de parte del territorio existente como español en el momento de entrada en vigor de la CE. Que en esta materia el debate jurídico está trufado de argumentos metajurídicos queda patente si en vez de Cataluña, se tratase de Ceuta y de Melilla. La cesión de estos territorios a Marruecos podría en determinadas circunstancias políticas concitar un consenso de los grupos parlamentarios y disponerla a través de una reforma constitucional. En tal caso seguramente no se esgrimiría la imposibilidad de llevarla a cabo por ser la unidad de la nación española límite implícito a la reforma constitucional ni se alentaría a las Fuerzas Armadas a intervenir para cumplir con su deber constitucional del art. 8 CE de proteger la integridad territorial.

2. Necesidad de aplicar el procedimiento agravado de reforma para constitucionalizar un procedimiento de secesión

De lo expuesto hasta el momento se deduce que nada obsta de *constitutione ferenda* a la constitucionalización de un derecho a la secesión, siempre que se haga a través del procedimiento de reforma constitucional. Ahora bien, es preciso analizar someramente cuál, de entre los previstos en el Título X CE, ha de ser el procedimiento de reforma por el que debe discurrir su hipotética constitucionalización.

En primer lugar, es preciso aclarar que la transformación territorial que conlleva la secesión no puede llevarse a cabo *extra ordinem* por la vía de la actualización de un concepto histórico-material de Constitución, subyacente al texto constitucional, que la contemple como un pacto entre cuerpos políticos, los territorios forales (entre los que se encuentra el País Vasco) de un lado, y el Reino de España de otro, preexistentes a la misma CE de 1978,¹⁰³ esto es, sin seguir los

¹⁰⁰ Así lo refiere expresamente la STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3.º.

¹⁰¹ En este sentido también Sáiz Arnáiz, 2006-2007, pág. 37 y López Basaguren, 2013, pág. 88.

¹⁰² *Cfr.* en la doctrina ya Rodríguez-Zapata Pérez, 1999, pág. 118; y en la jurisprudencia constitucional la STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4.º.

¹⁰³ Sobre este entendimiento de la CE de 1978 véase Herrero de Miñón, 1998, págs. 88 y ss., 320 y ss.

procedimientos de reforma constitucional expresamente previstos. No cabe en nuestro sistema constitucional un *higher law making* al margen del Título X,¹⁰⁴ pues ello no solo sería inadecuado para el cumplimiento de la función de la Constitución respecto de la diferenciación del sistema jurídico, sino que, además, podría resultar profundamente antidemocrático, al basarse en presupuestos desde los que difícilmente puede definirse en términos de igual y plural participación quién ha de componer dichos cuerpos políticos y adoptar la decisión de segregarse o asociarse.

Ciertamente, los derechos históricos de los territorios forales vienen amparados por la D.A. 1.ª CE, pero según jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional su actualización solo puede tener cabida en el marco de lo dispuesto por la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía, y nunca de forma que resulte irreconocible su imagen histórica y tradicional.¹⁰⁵ Ni siquiera aunque se aceptase que los territorios forales en su caracterización actual como CC. AA. hubiesen sido en alguna ocasión Estados independientes y se hubiesen asociado libremente al Estado español, lo que no se corresponde con la configuración constitucional de sus derechos históricos,¹⁰⁶ cabría que estos variasen su estatus a través de un nuevo pacto político entre iguales (la llamada bilateralidad) celebrado al margen de los procedimientos de reforma constitucional previstos por el texto de 1978,¹⁰⁷ ni tampoco mediante una decisión unilateral de secesión, pues ello implicaría bien la falta de supremacía de la CE de 1978 sobre esos territorios durante sus cuarenta años de vigencia, o bien la vulneración de unos procedimientos de reforma que obligan también a los territorios asociados.

Por ello, en segundo lugar, la elección del procedimiento de reforma adecuado para la constitucionalización de un derecho a la secesión se reduce a los dos procedimientos previstos en el Título X CE, el simple del art. 167 y el agravado del art. 168, y está en función de los efectos que dicha transformación tendría sobre el ordenamiento constitucional. La secesión afecta al ámbito personal y territorial de vigencia del sistema jurídico, por lo que solo puede introducirse en el texto constitucional a través del procedimiento agravado de reforma constitucional del art. 168 CE. Como el ámbito personal y territorial de vigencia de la CE de 1978 está regulado en los arts. 1, 2, y 9 CE, es decir, en el Título Preliminar, la introducción de un procedimiento de secesión altera estos ámbitos y *afecta* al Título Preliminar, al punto de necesitar parte de su articulado una nueva redacción acorde con la reforma que se pretende. No cabe duda alguna de que la constitucionalización de un derecho a la secesión conllevaría permitir la parcial disolución de la soberanía del Estado español, como consecuencia de la pérdida de supremacía de la CE de 1978 en aquella parte del territorio que se ha secesionado. La aspiración secesionista presupone, constitucionalmente hablando, la disolución de la supremacía de la CE de 1978 sobre parte de los poderes públicos y los ciudadanos implícitamente incluidos en el art.

¹⁰⁴ Como propone para la Constitución de los EE. UU. Ackerman, 1989, págs. 486-515.

¹⁰⁵ *Cfr.* entre otras la STC 32/1981 de 2 de febrero, FJ 4.º; la STC 76/1988 de 26 de abril, FF. JJ. 4.º y 5.º; la STC 159/1993 de 6 de mayo, FJ 6.º; y la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 10.º.

¹⁰⁶ En un sentido semejante Rodríguez-Zapata Pérez, 1999, pág. 120.

¹⁰⁷ Sobre la necesidad de interpretar de forma constitucionalmente adecuada la bilateralidad de las relaciones entre Cataluña y el Estado véase la STC 31/2010, de 28 de junio, FF. JJ. 13.º y 110.º.

9.1 CE. Tal aspiración afecta también al principio estructural de Estado autonómico y a la unidad de la nación española del art. 2, así como a la atribución de la soberanía nacional al pueblo español (art. 1.2).¹⁰⁸

Además, para evitar esta agravación procedimental no cabe utilizar el art. 167 en un doble grado o secuencia, de modo que en un primer grado se modificase el art. 168 para excluir de su ámbito de aplicación los artículos del Título Preliminar afectados, y en un segundo grado, igualmente por el art. 167 se introdujese el procedimiento de secesión.¹⁰⁹ El término «afectar» del art. 168 obliga a utilizar el procedimiento previsto en dicho artículo –y *sensu contrario* proscribire el uso del procedimiento del art. 167– para llevar a cabo toda modificación constitucional que altere, directa o indirectamente, el núcleo esencial identificativo de los preceptos constitucionales en aquel referidos,¹¹⁰ entre los que se encuentran la supremacía constitucional, la unidad del Estado o la soberanía del pueblo español pero también el propio art. 168 y su alcance procedimental y material, dado que la ultra-rigidez prevista en él es, sin duda, al menos en lo que se refiere a los principios estructurales del Estado, un elemento esencial de su configuración constitucional.

El art. 168 CE diseña un procedimiento agravado de reforma en el que se intenta conciliar de forma peculiar las exigencias democráticas de respeto a las minorías y de autodeterminación de los individuos y los grupos, con las exigencias normativo-funcionales de la soberanía del Estado. En efecto, de un lado, la iniciativa para introducir un derecho de secesión puede corresponder a las entidades territoriales, conforme los arts. 166 y 87.2 CE, a través de las Asambleas Legislativas de las CC.AA. afectadas.¹¹¹ Pero, de otro lado, la decisión última sobre la constitucionalización del procedimiento de secesión es una decisión que, al afectar a la soberanía del pueblo español, solo puede corresponder a los órganos del Estado en su conjunto, por mayorías altamente cualificadas, y no, por consiguiente, solo a los territorios que aspiran a la secesión.

Con todo, debe dejarse constancia de que el procedimiento de reforma constitucional actualmente arbitrado por el art. 168 CE presenta algunos graves déficits de representatividad territorial y falta de coherencia con un *demos* complejo como el que se propuso en el apartado II.2 de este trabajo. De un lado, la falta de representatividad de los intereses territoriales en adopción parlamentaria de la decisión de la reforma constitucional, dado que el Senado –cuya participación en el procedimiento agravado es paritaria con el Congreso–, por su deficitaria composición autonómica, no alcanza a expresar los intereses territoriales que el art. 69 CE le encomienda representar. De otro lado, el art. 149.1.32.^a CE deja en manos exclusivas del Estado que las instituciones autonómicas puedan consultar a los ciudadanos acerca de la conveniencia de impulsar la reforma constitucional que articule un procedimiento consensuado y reglado de secesión.¹¹² Por último,

¹⁰⁸ STC 114/2017, de 17 de octubre, FJ 5.º y STC 124/2017, de 8 de noviembre, FJ 5.º.

¹⁰⁹ Como sugiere Payero López, 2014, pág. 24.

¹¹⁰ *Cfr.*: Aláez Corral, 2000, págs. 333 y ss.

¹¹¹ STC 42/2014, de 25 de marzo, FFJJ. 3.º-4.º.

¹¹² Es jurisprudencia constitucional constante desde la STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4.º. Sobre ello en detalle, Castellá, 2014, págs. 45 y ss.

a la luz del silencio tanto del art. 168 CE como de la Ley orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, el cuerpo electoral español adoptaría la decisión final sobre la reforma constitucionalizadora de la secesión en circunscripción única por una mayoría de síes en toda España, cuando lo coherente con un *demos* federal complejo sería que se requiriese además un voto mayoritario afirmativo en la mayoría de los cuerpos electorales de las CC.AA.

V. Contenido de una hipotética cláusula constitucional de secesión

1. Objeto de la cláusula constitucional de secesión

Hasta el momento se ha estado fundamentando dogmático-constitucionalmente la posibilidad de constitucionalizar un derecho a la secesión como vía más radical de canalización jurídica de las tensiones de identidad territorial que experimentan Estados territorialmente complejos como España. Dado que esta hipotética cláusula constitucional de secesión se integraría en la Constitución de un Estado social y democrático de derecho, la misma debería tener por objeto articular un proceso democrático decisorio en el que -por cauces de participación directa y representativa- una parte de los ciudadanos de lo que constitucionalmente es hoy el pueblo español se autodeterminen jurídicamente expresando su voluntad de separarse de España.

No se trata, pues, de buscar fórmulas para constitucionalizar la celebración de referendos consultivos en las CC.AA., a través de los cuales las instituciones representativas del pueblo español en su conjunto puedan conocer la opinión de los ciudadanos de aquellas respecto de su identidad territorial, para que las instituciones representativas españolas decidan después en consecuencia.¹¹³ Ni tampoco se trata de que las instituciones representativas nacionales y el cuerpo electoral español en su conjunto mediante el referéndum de reforma constitucional previsto en el art. 168 CE accedan directamente a las pretensiones de autodeterminación externa de una parte del territorio y reformen la Constitución española para hacer efectiva la secesión de aquella,¹¹⁴ que no dejarían de ser formas de heterodeterminación respecto de los territorios que pretendan secesionarse.

El objeto de la cláusula que introduzca un derecho a la secesión en la CE de 1978 presupone dos condiciones normativo-constitucionales previas: en primer lugar, su objeto normativo debe adecuarse estructuralmente al resto del sistema constitucional, lo que, como ya se apuntó antes, requiere dotar expresamente de una estructura federal al Estado español, en la que las entidades territoriales que lo componen sean constitutivas del Estado y en la que la soberanía del pueblo español se pueda ejercer -también cuando se ejerce el poder constituyente-constituido- tanto por órganos de representación general como por órganos de repre-

¹¹³ Como propone Rubio Llorente 2012.

¹¹⁴ Opciones exploradas y propuestas también como mecanismos de desbloqueo; véase por todos, López Basaguren, 2013, págs. 100 y ss.

sentación especial territorial, o por las entidades territoriales mismas, es decir por el *demos* federal complejo al que se hizo referencia anteriormente. En segundo lugar, la introducción de una cláusula de secesión es incompatible con una declaración de indisolubilidad de la unidad nacional, como la que actualmente está presente en el art. 2 CE, que debería suprimirse para evitar problemas de coherencia en la redacción del texto constitucional.¹¹⁵

De lo anterior ya se desprende que el *objeto de la cláusula de secesión* ha de ser establecer un derecho de las entidades territoriales constitutivas del Estado español a expresar democráticamente, a través de un procedimiento constitucionalmente reglado, su voluntad de poner unilateralmente fin a la vigencia de la CE de 1978 en el territorio de dichas entidades. En este sentido, dado que España es un Estado que respeta los derechos humanos, incluido el derecho a la autodeterminación interna y externa del pueblo español en su conjunto, y dado que la base jurídica de ejercicio de ese derecho a la secesión ha de ser la decisión del pueblo español de constitucionalizarlo en ejercicio de su poder constituyente-constituido, es por lo que este derecho no se constitucionalizaría como un derecho-remedio, sino como un derecho-primario que se reconoce por la exclusiva voluntad normativa del pueblo español para ser ejercitado sin causalidad¹¹⁶ por las colectividades territoriales que lo componen, es decir, sin que estas tengan que acreditar ninguna causa para la secesión que vaya más allá de la existencia de una voluntad ciudadana, expresada por el procedimiento de secesión constitucionalmente reglado.¹¹⁷

En lo que respecta a la cuestión a decidir por la entidad que inste la secesión, esta ha de centrarse en determinar si pretende su independencia (soberanía) normativa respecto del Estado matriz,¹¹⁸ y no en otras cuestiones distintas, como un aumento de competencias, un nuevo modelo de financiación, etcétera, que deberían vehicularse por los procedimientos ordinarios de reforma constitucional existentes. Precisamente por estos potenciales efectos del proceso de secesión para la eficacia territorial y personal de la Constitución del Estado matriz, la cláusula de secesión tendría una virtualidad reformadora de la CE de 1978, que haría que su ubicación sistemática natural debiera ser el Título X, como un procedimiento extraordinario de reforma constitucional.¹¹⁹

¹¹⁵ Aláez 2015, págs. 161-163.

¹¹⁶ Siguiendo el modelo procedimental y el modelo sin culpa de secesión y apartándose del modelo sustantivo y del modelo culposo de secesión. Sobre ellos Buchanan, 2013, págs. 212 y ss.

¹¹⁷ Esta opción por un modelo procedimental, no causal, es la tónica general en los pocos ejemplos históricos de cláusulas de secesión constitucionalizadas, como las de la URSS, la de Etiopía de 1994, la de San Cristóbal y Nieves de 1983, o finalmente la solución de la Corte Suprema de Canadá; sobre ello en detalle Tosi, 2007, págs. 304-307.

¹¹⁸ Tal y como han puesto de relieve los procesos de consulta en Quebec y en Escocia. En el primero, el art. 1.3 de la Ley de Claridad canadiense (SC. 2000, c. 26), establece que la pregunta debe tener por objeto reflejar una clara expresión de la voluntad de la población de una provincia canadiense acerca de si esa provincia debe dejar de formar parte de Canadá y convertirse en un Estado independiente. Por su parte en el caso de Escocia, de conformidad con el *Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland* de 15 de octubre de 2012, la pregunta del referéndum que tuvo lugar el 18 de septiembre de 2014 fue la de si Escocia debía convertirse en un Estado independiente.

¹¹⁹ Aláez Corral, 2015, pág. 164.

La consideración de la cláusula de secesión como un procedimiento extraordinario de reforma constitucional exige, por otra parte, dar respuesta a una objeción que se ha hecho a la constitucionalización de la secesión, la relativa a la no justiciabilidad de la secesión ante la jurisdicción constitucional por su naturaleza de cuestión eminentemente política.¹²⁰ Con independencia de que toda cuestión constitucional es una cuestión política, y las normas sobre reforma constitucional en tanto núcleo de toda Constitución formal son las disposiciones que expresan la decisión política más fundamental (una parte de la competencia sobre las competencias junto con la justicia constitucional), el mayor o menor grado de apertura política de las disposiciones constitucionales no determina su justiciabilidad, e inversamente la ausencia de una cláusula de secesión en el texto constitucional no impide, como la práctica judicial de los últimos años ha puesto de relieve,¹²¹ que se judicialicen y por tanto sean justiciables los efectos normativos del silencio constitucional respecto de la secesión. Piénsese en el control de constitucionalidad de la convocatoria de una consulta de autodeterminación, de la competencia para dicha convocatoria, etcétera, que son cuestiones tan políticas como la de la secesión misma. Además, que el resultado de una reforma constitucional sea una norma del mismo rango y valor normativo que la Constitución enmendada, únicamente obsta, desde un punto de vista lógico-jurídico, a que sea enjuiciable jurisdiccionalmente la norma constitucional resultante,¹²² pero no a que puedan serlo, a través de un procedimiento de control de constitucionalidad preventivo, los actos de tramitación de esa reforma, que en el caso de la secesión serían las condiciones orgánico-procedimentales contenidas en la cláusula de secesión, pero nunca las causas políticas de la secesión, dado que el derecho no se constitucionalizaría como un derecho-remedio.

2. *Propuesta de procedimiento constitucional para el ejercicio del derecho de secesión*

Aunque en estas páginas no se pretende dar una fórmula textual concreta a una hipotética cláusula de secesión en la CE de 1978, sí se puede avanzar que la definición del procedimiento que conduzca a la secesión requeriría concretar, al menos, tres extremos,¹²³ a los que nos referiremos brevemente, teniendo en

¹²⁰ Sáiz Arnáiz, 2006-2007, págs. 50-51 y ss.

¹²¹ Son varias las jurisdicciones constitucionales europeas que de uno u otro modo se han pronunciado judicialmente sobre la cuestión política de las consultas o decisiones secesionistas: a las múltiples veces mencionadas SSTC 42/2014, 114/2017 y 124/2017, se pueden añadir en Alemania el Auto del Bundesverfassungsgericht de 16 de diciembre de 2016 (2BvR 349/16) relativo a la celebración de un referéndum sobre la secesión de Baviera, y en Italia la Sentencia n.º 118 de 25 de junio de 2015, FJ 7.2 sobre un referéndum consultivo de autodeterminación en el Véneto.

¹²² Aláez Corral, 2000, págs. 385 y ss. En un sentido diverso defendiendo el control de constitucionalidad de las (leyes) de reforma constitucional, Punset Blanco, 1995, págs. 209-210.

¹²³ Habría muchas más cuestiones que concretar como, por ejemplo, los requisitos para participar como elector en la decisión acerca de la secesión, los términos de una posible reversión de la secesión, el formato de las negociaciones sobre la secesión, o en fin los procedimientos jurisdiccionales adecuados para garantizar ante el Tribunal Constitucional el correcto desarrollo del procedimiento de secesión, pero su estudio excede con mucho los objetivos de este trabajo.

cuenta las experiencias de las pocas Constituciones comparadas en las que se ha regulado y aplicado, así como la doctrina al respecto.¹²⁴ En primer lugar, qué entidades territoriales deberían estar legitimadas para impulsar y decidir la secesión de una parte del territorio del Estado; en segundo lugar, cuáles deberían ser las mayorías requeridas y las fases en las que adoptar tan drástica decisión: y por último, si deben existir o no plazos y negociaciones previas como condiciones procedimentales para secesionarse. La respuesta a estas tres cuestiones debe estar presidida, a nuestro entender, por la idea de que la secesión debe garantizar a un tiempo tanto la articulación de un procedimiento autorreferente, y por tanto legal, para la garantía de la expectativa secesionista, como el respeto a las expectativas de las minorías (internas a la colectividad que decida secesionarse) y de las mayorías (el resto de los ciudadanos del pueblo español) en garantía del interés general, evitando que el derecho a la secesión se utilice como un chantaje para la negociación de las políticas ordinarias.¹²⁵

Por lo que se refiere a la *identificación del sujeto que puede impulsar y decidir la secesión* se trata, ciertamente, de una cuestión de difícil definición, sobre todo habida cuenta de la histórica y heterogénea pluriétnicidad de nuestro Estado. Dicha cuestión, a su vez, se puede subdividir en dos aspectos. El primero hace referencia a qué entidades deben estar legitimadas para instar la secesión. En nuestra opinión, tanto el impulso como la decisión final sobre la secesión, si se quiere que esta siga siendo la constitucionalización del derecho a la autodeterminación externa de los pueblos de España, deben corresponder a las *entidades territoriales integradas en el Estado español, y no al conjunto de las instituciones de este Estado*. Por ello, parece razonable, en congruencia con el sistema constitucional vigente,¹²⁶ seguir el modelo de identificación de las entidades territoriales adoptado por nuestro texto constitucional para el acceso a la autonomía política y atribuirle esa capacidad de iniciativa de secesión a *las existentes CC.AA.* (se denominen así o futuros Estados federados). Este criterio logra, a nuestro entender, un equilibrio adecuado en la autoafirmación de la propia identidad territorial entre un criterio objetivo o étnico, preferido seguramente por las CC.AA. históricas, y un criterio subjetivo o voluntarista, al que por equiparación democrática deberían ser acreedoras las demás CC.AA.¹²⁷ Por su parte, el segundo aspecto se refiere a cómo se expresa la voz auténtica de esa entidad acerca de impulsar y decidir la secesión, es decir, qué órganos de las entidades territoriales deberían adoptar las decisiones de impulsar y acordar la secesión.¹²⁸ Con carácter general, debería corresponder a sus *Parlamentos y a sus cuerpos electorales autonómicos*, aunque ello se pone

¹²⁴ Entre las pocas reflexiones doctrinales existentes acerca del procedimiento constitucional para la secesión, cabe mencionar las de Antic, 2007, págs. 153 y ss.

¹²⁵ Cfr: Weinstock, 2001, págs. 196 y ss.

¹²⁶ Cfr: Buchanan, 2013, pág. 225.

¹²⁷ Es mejor que exigir simplemente un número mínimo de ciudadanos que soliciten la secesión respecto del Estado al que pertenecen, como propone Antic, 2007, pág. 155, puesto que esta mera agregación de voluntades sin un mínimo recorrido histórico de voluntad democrática conjunta ni tampoco sin un mínimo de comunidad cultural, étnica o lingüística generaría más inestabilidad que estabilidad para el sistema constitucional.

¹²⁸ Buchanan, 2013, pág. 223

en relación con la cuestión de las mayorías requeridas y las fases del proceso de secesión, a las que se aludirá seguidamente.

En lo que se refiere a las mayorías requeridas, las *mayorías* deberían ser *cualificadas y reforzadas*, tanto en el Parlamento como en el cuerpo electoral autonómico decisorios, a fin de lograr una mayoría clara y suficiente de ciudadanos de la entidad territorial que no desea continuar integrada en el Estado español, y no banalizar con la presunción de su unidad política. Habida cuenta de que, como consecuencia del sistema electoral, la mayoría parlamentaria puede no coincidir con la mayoría política expresada en las urnas,¹²⁹ el requisito de una mayoría cualificada debería cumplir también el de que sea reforzada, en el sentido de que represente un cualificado porcentaje de los votos recibidos por las formaciones políticas de los grupos parlamentarios que votan a favor del impulso y decisión del proceso de secesión. Cuando intervenga el cuerpo electoral, su decisión también ha de ser adoptada por una mayoría cualificada, referida en este caso al porcentaje de votos afirmativos en relación con el censo electoral y no con los votos válidamente emitidos. Además, podría añadirse un reforzamiento en relación con el consenso deseable entre las distintas partes del territorio que sirven para conformar la representación parlamentaria.

Por lo que respecta al procedimiento de secesión, este debería discurrir en *dos fases, distanciadas entre sí por un periodo de negociación*, a fin de garantizar suficientemente la reflexión y el debate sobre la secesión y los derechos de los ciudadanos implicados.¹³⁰ En una *primera fase de impulso o iniciativa de la secesión* se requeriría la expresión de dicha voluntad secesionista por una mayoría parlamentaria cualificada de la entidad territorial, que refleje su voluntad clara y suficiente de impulsar la secesión, y siempre que la cuestión de emprender esta iniciativa haya estado expresamente incluida en el programa electoral de los grupos políticos con representación parlamentaria que la promueven en la elección inmediatamente anterior.¹³¹ Aceptando que la expectativa de la secesión no es fácil de alcanzar en sociedades democráticas bien consolidadas,¹³² una *mayoría de 2/3 del Parlamento autonómico, que represente políticamente una mayoría de los votos válidamente emitidos en las precedentes elecciones a ese Parlamento*, se podría considerar una mayoría adecuada en esta fase de impulso para evitar el uso de la secesión como mecanismo de chantaje político por parte de la entidad territorial con respecto al conjunto federal, y para garantizar que no se trata de propuestas insuficientemente consensuadas dentro de la entidad territorial. También serviría para que la minoría disidente con la secesión, que pudiera existir dentro de la entidad territorial proponente, tenga un cierto poder de bloqueo que proteja sus derechos dentro del Estado español. Es decir, una mayoría

¹²⁹ De acuerdo con el resultado de las últimas elecciones autonómicas catalanas, los grupos parlamentarios independentistas suman mayoría absoluta; sin embargo, solo representan el 47,5 por ciento de los votos válidamente emitidos.

¹³⁰ En un sentido similar Antic, 2007, págs. 153 y ss.

¹³¹ Así lo requiere también, por ejemplo, el art. 113.2 c) de la Constitución de San Cristóbal y Nieves, al exigir que se presente a los electores seis meses antes del referéndum un proyecto detallado y completo de futura Constitución como Estado independiente.

¹³² Cfr: Dion, 1996, págs. 269 y ss.

cualificada y reforzada funcionaría como mecanismo de protección del elemento democrático-deliberativo del sistema jurídico.¹³³ A pesar de que en el proceso de constitución de las CC.AA. la CE previó (art. 151) una doble consulta al cuerpo electoral de los territorios que aspiraban a su autonomía (primero en un plebiscito sobre la decisión de acceder a la autonomía y luego en un referéndum para aprobar su Estatuto de Autonomía), consideramos inadecuado el recurso en esta fase de impulso a la exigencia adicional de una consulta al cuerpo electoral del territorio secesionista. Al tratarse de una cuestión políticamente tan trascendente y sensible, así como destructiva del vínculo jurídico con el pueblo español, más que constructiva de una nueva forma de pertenencia a este con autonomía política, la consulta popular -binaria en su propia naturaleza y requerida de claridad por la trascendencia de su objeto- resultaría traumática y generadora de muchas tensiones en el interior del territorio que aspira a la secesión,¹³⁴ por lo cual el recurso a la voluntad popular directamente expresada debería operar solo para ratificar la decisión de secesionarse una vez agotadas las opciones negociadas de evitar la secesión.

Adoptada la decisión de impulsar la secesión y una vez trasladada a las instituciones del Estado central, sería razonable, antes de pasar a la segunda fase decisoria sobre la secesión, exigir al Gobierno del territorio que impulsa la secesión y al Gobierno central que desarrollen una *negociación bilateral y paritaria para tratar de buscar una solución alternativa*: por ejemplo, auspiciando una reforma constitucional del modelo de organización territorial que evite la secesión. *En caso de no encontrarla, la negociación se centraría en fijar los términos económicos, políticos y jurídicos en los que debe tener lugar la secesión.* Un plazo de dos años para desarrollar dicha negociación, al modo y manera de lo que dispone el art. 50 TUE respecto de la retirada voluntaria de la Unión Europea de algún Estado miembro, sería más que razonable. No obstante, a fin de que el posible estancamiento en la negociación no se convierta en un obstáculo que paralice la funcionalidad constitucional de la cláusula de secesión, la falta de acuerdo no debería impedir que se pasase a la segunda fase decisoria y que la entidad secesionista pudiese convocar a su cuerpo electoral para la adopción de la decisión definitiva. Aunque la obligación constitucional de negociar sería jurídicamente vinculante, parece difícil admitir un control de constitucionalidad del resultado de la negociación por el Tribunal Constitucional, pues, más allá de las dificultades para que dicho control sea reconocido como legítimo, solo parecería admisible que el Tribunal Constitucional pudiese controlar que no ha habido una negativa formal y expresa de una de las partes a negociar, o que se hayan roto las negociaciones antes del plazo constitucionalmente previsto.¹³⁵ Tampoco parecería razonable establecer una instancia arbitral ajena al Estado español para dirimir las controversias que impiden llegar a un acuerdo contra-secesión o pro-secesión en

¹³³ Cfr: Norman, 2003, págs. 217-218. En sentido diverso, Sunstein, 1991, págs. 666 y ss.

¹³⁴ Como pone de relieve, por ejemplo, la experiencia de Quebec, en palabras de uno de sus más cualificados observadores, Dion, 2013.

¹³⁵ En un sentido parecido la Corte Suprema de Canadá en Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S. C. R. 217, 271-272.

ese periodo de dos años y mucho menos que esa instancia arbitral fuera la UE dado que el art. 4.2 TUE le obliga a respetar la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional, así como las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial.¹³⁶

Si transcurrido el plazo de negociación de 2 años no se llegase a un acuerdo que evitase la secesión, o tan pronto como se hubiese alcanzado un acuerdo acerca de los términos en los que llevar a cabo el traspaso de poderes soberanos que conlleva la secesión, se pasaría a la *segunda fase decisoria del proceso de secesión*, en la que la entidad territorial que inició el proceso de secesión podrá decidir unilateralmente sobre la misma y por tanto sobre la pérdida de vigencia de la CE de 1978 en esa parte del territorio.¹³⁷ En esta fase tiene el máximo sentido atribuir la competencia decisoria última al cuerpo electoral de la entidad territorial mediante un referéndum que sea expresión directa de la voluntad ciudadana de operar la reforma constitucional y secesionarse, pues pocas cuestiones son tan profundamente constitucionales como esta.¹³⁸ El referéndum debería ser convocado por el Gobierno de la entidad territorial pero solo previa *autorización de su Parlamento* por igual mayoría cualificada y reforzada a la que permitió iniciar el proceso de secesión. Se reforzará así –con esta doble aprobación parlamentaria– la legitimidad democrática de la decisión secesionista y se tendrá en cuenta también el impacto en el proceso decisorio de un posible cambio político en la composición del Parlamento territorial acaecido durante el interin de los 2 años de negociación.

Dicho lo anterior, respecto de la mayoría a alcanzar en el referéndum de secesión, debe exigirse una mayoría cualificada y reforzada de 2/3 de los electores con derecho de voto, pues la misma logra que esa decisión se adopte por una mayoría clara y suficiente,¹³⁹ por las mismas razones que se indicaron respecto del ejercicio de la iniciativa del procedimiento de secesión, equilibrando democráticamente el respeto a la voluntad de la mayoría y los derechos de la

¹³⁶ Aláez Corral 2015, págs. 169-170.

¹³⁷ La eficacia personal de las normas constitucionales y del resto del ordenamiento español depende del estatuto personal que confiere la nacionalidad y, aunque la Comunidad Autónoma secesionada se convirtiese en un nuevo Estado y atribuyese nacionalidad a sus ciudadanos, ello no implicaría necesariamente, al menos desde la perspectiva del derecho constitucional español, que los mismos vayan a perder la nacionalidad española si son españoles de origen, dado que el art. 11.3 CE dispone que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad; *cf.*: Sagarra i Trias, 2014, págs. 13 y ss.

¹³⁸ López Basaguren, 2013, pág. 101.

¹³⁹ Idéntica mayoría requería el art. 6 de la Ley de la URSS, 3 de abril de 1990, relativa a cuestiones vinculadas con la secesión de una República de la Unión. En contraste el art. 113.2 b) Const. de San Cristóbal y Nieves rebaja la mayoría a 2/3 de los votos válidamente emitidos. Por su parte, el art. 2.2 de la Ley de Claridad canadiense (SC. 2000, c.26) no prevé directamente ninguna mayoría, sino que deja en manos del Parlamento federal de Canadá la valoración de si el resultado del referéndum arroja esa mayoría clara y suficiente sobre la base del número de votos válidos emitidos, la mayoría de síes alcanzada y las demás circunstancias relevantes, a lo cual el art. 4 de la Ley de Quebec relativa al ejercicio de los derechos fundamentales y las prerrogativas del pueblo y el Estado de Quebec (2000, c. 46), regulando el jurídicamente inexistente derecho de autodeterminación de Quebec, ha contestado exigiendo solo una mayoría del 50%+1 voto de los válidamente emitidos.

minoría.¹⁴⁰ Una cuestión más controvertida es si para la decisión de separarse es suficiente la mayoría de 2/3 del cuerpo electoral o debe reforzarse con la confirmación por una mayoría simple (más síes que noes) de los votantes en cada uno de los territorios que componen las circunscripciones en las elecciones al Parlamento autonómico. La respuesta a esta cuestión depende del grado de cohesión territorial del pueblo que desea la secesión. Podría concluirse que una «mayoría clara y suficiente» exige ese reforzamiento territorializado de la decisión, para que no suceda un fenómeno como el de «Tabarnia», región ficticia formada por diversas comarcas catalanas de las provincias de Barcelona y Tarragona que son mayoritariamente contrarias a la independencia y que propugnaría un plebiscito para decidir seguir siendo parte de España. Así, si la circunscripción electoral es la provincia, la decisión del cuerpo electoral en un asunto como la secesión debería tener en cuenta, además de una mayoría cualificada de 2/3 de los electores con derecho a voto, una mayoría reforzada en cuanto a que el voto afirmativo haya sido mayoritario entre los votantes de cada circunscripción.¹⁴¹

De no alcanzarse las mayorías requeridas en esta segunda fase decisoria, sería razonable establecer un límite temporal a la posibilidad de volver a intentar la iniciativa de secesión, a fin de evitar las indeseables consecuencias de la tensión social que genera un proceso de estas características. Una posible propuesta sería que al menos transcurra el plazo de la incorporación de una nueva generación de electores, es decir, 16 o 18 años, según la edad a la que se fije el ejercicio del derecho de sufragio, dada la naturaleza constituyente de la decisión a tomar con el procedimiento de secesión.¹⁴²

Adoptada en esta segunda fase la decisión de la secesión por la mayoría cualificada y reforzada del electorado, ha de tenerse en cuenta, como ha puesto de relieve la Corte Suprema de Canadá en relación con la secesión de Quebec,¹⁴³ que la cuestión del éxito ulterior de la secesión (y por tanto la viabilidad del nuevo Estado fruto de la misma) es para el Estado matriz una cuestión eminentemente fáctica, no jurídica,¹⁴⁴ que depende de factores como el futuro control efectivo del territorio o el reconocimiento como Estado por la comunidad internacional.¹⁴⁵ Aunque la apli-

¹⁴⁰ Sobre la conexión entre la rigidez constitucional y el principio democrático, Otto y Pardo, 1987, págs. 58 y ss.

¹⁴¹ Nos apartamos así, como consecuencia del devenir de los acontecimientos en los últimos años, de la postura asumida en Aláez Corral, 2015, pág. 171.

¹⁴² El art. 10 de la Ley de la URSS, 3 de abril de 1990, relativa a cuestiones vinculadas con la secesión de una República de la Unión preveía un plazo de 10 años de demora entre referéndums de secesión cuando no se hubiese alcanzado la mayoría requerida.

¹⁴³ Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, 274

¹⁴⁴ Sobre la consideración del resto de los ordenamientos estatales que rodean al ordenamiento de un Estado como meros hechos desde una perspectiva monista (con primacía del ordenamiento estatal), *cfr.* Schilling, 1994, págs. 300 y ss.

¹⁴⁵ Téngase en cuenta la Opinión consultiva del Comité de arbitraje Badinter (en cumplimiento del mandato recibido por la Conferencia de paz para Yugoslavia el 20 de noviembre de 1991), conforme a la cual la cuestión de la existencia o desaparición de un Estado es una cuestión de hecho vinculada a la existencia de un poder político organizado sobre un territorio y una población determinados, y que el reconocimiento por otros Estados es meramente declarativo (Opinión n.º 1), en la línea de lo que establece también para el ámbito americano la Convención de Montevideo de 26 de diciembre de 1933, sobre derechos y deberes de los Estados (art. 1).

cación de la cláusula de secesión sea el producto del ejercicio del poder constituyente-constituido del Estado matriz que lo regula a través de una competencia decisoria atribuida a una parte de su ciudadanía, y en ese sentido el reconocimiento de la secesión de esa parte del territorio sería un acto jurídico del Estado español, sus efectos normativos terminan en la separación de ese territorio y en la consiguiente pérdida de vigencia de la CE sobre él, pero no alcanza a la creación de un nuevo Estado efectivamente soberano sobre el territorio secesionado. Ello sin perjuicio de que el acto de secesión constituya, al tiempo que una reforma de ámbito espacial y personal de validez de la Constitución del Estado matriz, también la *Grundnorm* que confiere validez jurídica al futuro ejercicio del poder constituyente originario por parte de la ciudadanía y de las instituciones de la entidad territorial secesionista.¹⁴⁶

3. ¿Condiciones materiales al ejercicio del derecho de secesión?

Para concluir, cabe preguntarse si la cláusula de secesión propuesta debiera prever algún tipo de condicionante material a la secesión, especialmente como mecanismo de salvaguarda hacia el futuro de los derechos democráticos de las minorías perdedoras en el proceso deliberativo que se haya desarrollado dentro de la entidad territorial. Ciertamente, dado que, como se ha dicho, la cláusula de secesión se configura como un procedimiento extraordinario de reforma constitucional previsto por la Constitución del Estado español, y no como el ejercicio de un derecho prejurídico de las colectividades territoriales que quieren secesionarse, nada obstaría jurídicamente a que aquella, en su positividad, pudiera establecer condiciones materiales al ejercicio del derecho de secesión.¹⁴⁷ Ello, no obstante, este condicionamiento se debe descartar por varias razones teórico-constitucionales.

De un lado, se puede decir, que las garantías democráticas que caracterizan el procedimiento de secesión propuesto, especialmente las relativas a las mayorías cualificadas y reforzadas exigidas para las decisiones parlamentarias y referendaria, la necesidad de plazo de reflexión y de negociación, así como el recurso al mecanismo de democracia directa (referéndum decisorio) solo en la última fase del proceso de secesión, pueden servir para garantizar los derechos fundamentales de las minorías y el desarrollo democrático del proceso en el presente, pero no suponen ninguna garantía jurídica de que ello vaya a ser así en el futuro, si el ejercicio del derecho de secesión resulta exitoso. De otro lado, condicionar materialmente el ejercicio de este derecho de secesión desde la Constitución del Estado matriz no sería compatible con la naturaleza y función que se pretende atribuir a la cláusula constitucional de secesión¹⁴⁸ por dos razones fundamentales.

¹⁴⁶ En un sentido semejante, Tosi, 2007, págs. 313 y ss.

¹⁴⁷ Así lo hace, por ejemplo, el art. 3.2 de la Ley de Claridad canadiense (SC. 2000, c. 26) en relación con la protección de los derechos territoriales de la población aborigen de Canadá o los derechos de las minorías.

¹⁴⁸ Otra cosa es que se quiera considerar al poder constituyente originario del naciente Estado tras la secesión como sometido a límites implícitos derivados del derecho natural o del derecho inter-

La primera razón se refiere a que, como se ha visto, el *leit motiv* de constitucionalizar un derecho a la secesión es que el derecho y el consiguiente procedimiento de secesión sirvan para canalizar constitucionalmente la expectativa democrática de autodeterminación externa de las colectividades territoriales que constituyen el Estado español, y por eso debe ser constitucionalizada como una decisión unilateral de las entidades legitimadas para impulsar la secesión. Ello se vería desfuncionalizado si el ejercicio del derecho de secesión se subordinase al compromiso por parte de dicha entidad de, una vez secesionada, adecuar a determinados valores o principios el ejercicio de su poder constituyente originario para darse su futura Constitución como Estado soberano.

La segunda razón hace referencia a la dificultad para hacer efectiva la obligatoriedad jurídica de semejantes condiciones materiales, puesto que, aún en el hipotético supuesto de que se estableciese la necesidad de comprometerse a elaborar una Constitución sobre la base de ciertos principios y valores democráticos (piénsese en aquellos a los que se refiere el art. 2 TUE, y el respeto a los derechos humanos tal y como los garantiza el CEDH), y que incluso el proyecto de dicha Constitución debiera ser presentado previamente a los ciudadanos llamados a participar en el referéndum de secesión,¹⁴⁹ no hay forma jurídica de que el Estado español pudiera controlar *a posteriori* que dicho compromiso se cumple, sin al mismo tiempo negar tautológicamente la eficacia de la cláusula constitucional que regula la secesión. Y un control *a priori*, antes de que se apruebe referendariamente la decisión de la secesión, no tendría mucho sentido, dado que el momento en el que se necesita poner a prueba el cumplimiento de las condiciones materiales de la secesión sería en el momento del ejercicio del poder constituyente por la entidad territorial ya secesionada.

En la medida en que la secesión de parte de un Estado miembro de la Unión Europea dejaría a este territorio fuera de la Unión y como un tercer Estado respecto de esta,¹⁵⁰ a lo más que se podría aspirar es a condicionar la decisión referendaria última de la secesión a que simultáneamente se apruebe en el mismo referéndum la automática solicitud de ingreso en la Unión Europea del territorio secesionado, con el consiguiente reconocimiento de los principios y valores democrático-constitucionales que ello conlleva (art. 2 en relación con el art. 49 TUE).¹⁵¹ Pero ello no tendría más que un efecto simbólico, porque, de un lado, una vez aprobada la secesión, el ordenamiento del Estado español dejaría de tener vigencia en el territorio secesionado; y, de otro lado, el naciente Estado secesionado, podría inmediata y lícitamente retirar dicha solicitud de incorporación

nacional de los derechos humanos, pero más allá de las objeciones de dogmática jurídica que se han expresado en otro lugar (Aláez Corral, 2000, págs. 246 y ss.), no parece que sea posible su coerción eficaz sin la colaboración de las instituciones de dicho Estado en formación: *cf.* Roznai, 2013, págs. 557, 571 y ss., 583 y ss.

¹⁴⁹ Como, por ejemplo, hace el art. 113.2 c) de la Const. de San Cristóbal y Nieves

¹⁵⁰ *Cf.* Connolly, 2013, págs. 84 y ss., sobre la base de la praxis internacional y Piris, 2017, págs. 81-82, sobre la base de las declaraciones oficiales de los presidentes de la Comisión Europea, del Parlamento Europeo y de la Unión Europea.

¹⁵¹ Sobre los términos en los que la Unión Europea podría exigir el respeto a estos valores democráticos, *cf.* Medina Ortega, 2014, págs. 97 y ss.

a la Unión, y la Unión podría rechazar la solicitud de integración, con la consiguiente ineficacia de aquel compromiso de asunción de ciertos principios y valores democráticos.¹⁵²

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, B. (1989): «Constitutional Politics/Constitutional Law», *Yale Law Journal*, vol. 99, n.º 3, págs. 453-547.
- ALÁEZ CORRAL, B. (2000): *Los límites materiales a la reforma de la CE de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- (2012): «La reforma constitucional como cauce de las transformaciones actuales del Estado español» en Varios Autores, *La constitución democrática ayer y hoy: Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. I, Editorial Universitas, Madrid, págs. 413-441.
- (2015): «Constitucionalizar la secesión para armonizar la legalidad constitucional y el principio democrático en estados territorialmente descentralizados como España», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, n.º 22, págs. 136-183.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (2016): «La coerción estatal del art. 155 CE en la estructura del estado autonómico», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 38, págs. 277-304.
- ANTIC, M., (2007): «Procedure for secession», *Politická misao*, vol. XLIV, n.º 3, págs. 145-159.
- BARCELÓ I SERRAMALERA, M. y OTROS. (2015): *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Atelier, Barcelona.
- ARAGÓN REYES, M. (2014): «Problemas del Estado autonómico», *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 31, págs. 13-34.
- BARBER, N., HICKMAN, T., KING, J. (2016): 'Pulling the Article 50 'Trigger': Parliament's Indispensable Role', *U. K. Constitutional Law Blog*, 27 de junio de 2016, <https://ukconstitutionallaw.org/> (consultado el 30 de junio de 2018).
- BASTIDA FREJEDO, F.J. (1998): «La soberanía borrosa: la democracia», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, vol. 1, págs. 381-460.
- (2017): «El enredo independentista», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 71-72, págs. 36-41.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P. (1949): «Sui limiti della revisione costituzionale», *Annali del Seminario Giuridico della Università di Catania*, vol. III, págs. 122-172.
- BÖCKENFÖRDE, E.W. (1993): «Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel», en Badura/Scholz (Hrsg.): *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, C. H. Beck, München, págs. 3-40.
- BUCHANAN, A. (1997): «Theories of Secession», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 26, n.º 1, págs. 31-61.
- (2013): *Secesión. Causas y consecuencias del divorcio político*, Ariel, Barcelona.
- CAGIAO Y CONDE, J. (2015): «¿Es posible un referéndum de independencia en el actual ordenamiento jurídico español? El derecho explicado en la prensa», en *El encaje constitucional del derecho a decidir. Un enfoque polémico*. Coords. Caglia y J.Y. Ferraiuolo, G. Ed. Catarata.
- CASESSE, A., (1995): *Self-determination of peoples. A legal reappraisal*, Cambridge University Press, Cambridge.

¹⁵² Sobre los efectos de la secesión de territorios en el derecho de la Unión Europea, véase Mangas Martín, 2013, págs. 47 y ss.

- CASTELLÁ, J. M. (2014): «Derecho a decidir, secesión y formas de democracia. Un diálogo constitucional entre Italia y España», en L. Cappuccio/M. Corretja Torrents (edit.), *El derecho a decidir. Un diálogo italo-catalán*, Institut d'Estudis Autònomic, Barcelona, págs. 33-52.
- CONNOLLY, C. K. (2013): «Independence in Europe: Secession, Sovereignty, and the European Union», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 24, págs. 51-105.
- CRAWFORD, J. (1999): «State Practice and International Law in Relation to Secession», *British Yearbook of International Law*, vol. 69, n.º 1, págs. 85-117.
- DELLINGER, W. (1983): «The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process», *Harvard Law Review*, vol. 97, págs. 386-432.
- DION, S. (1996): «Why is secession difficult in well-established democracies? Lessons from Quebec», *British Journal of Political Science*, vol. 26, n.º 2, págs. 269-283.
- (2013): «Un referéndum independentista es un trauma para la sociedad», *El País*, 11 de abril de 2013, http://internacional.elpais.com/internacional/2013/04/11/actualidad/1365705035_291906.html (consultado el 3 de febrero de 2018).
- DOERFERT, C. (2016): «Sezession im Bundesstaat – Neun Fragen an das Grundgesetz», *Zeitschrift für das Juristische Studium*, n.º 6, págs. 711-713.
- FERRAIUOLO, G. (2018): «Non far niente È democratico?», *Federalismi.it*, n.º 17, págs. 1-39.
- FRIEDRICH, F. (2007): «Das Sezessionsrecht im demokratischen Verfassungsstaat», *Leviathan*, vol. 35, n.º 1, págs. 62-84.
- GRAU, M. (2011): «Self-government reforms and public support for Spain's territorial model», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, n.º 13, págs. 186-214.
- HART, H. L. A. (1994): *The concept of law*, Clarendon Press, Oxford.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. (1998): *Derechos históricos y Constitución*, Taurus, Madrid.
- HOLIGOVA, B. (2017): «Drawing Lessons from Dissolution of Czechoslovakia in Addressing Possible Brexit Implications», *European Scientific Journal*, págs. 312-321
- HOROWITZ, D. L. (2003): «The cracked foundations of the right to secede», *Journal of Democracy*, vol. 14, n.º 2, págs. 5-17.
- IGLAR, R. F. (1992): «The Constitutional Crisis in Yugoslavia and the International Law of Self-Determination: Slovenia's and Croatia's Right to Secede», *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 15, n.º 1, págs. 213-239.
- ISENSEE, J. (1989): «Abschied der Demokratie vom Demos. Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie und Verfassung», en Schwabe (edit), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft: Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Duncker & Humblot, Berlín, págs. 705-740.
- JELLINEK, G. (1882): *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Verlag von O. Haering, Berlín.
- JENNING, I. (1956): *The Approach to Self-Government*, Cambridge University Press.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (1980): «Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, n.º 7, págs. 81-103.
- KELSEN, H., (1920): *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, J.C.B. Mohr (Siebeck), Tübingen.
- (1925): *Allgemeine Staatslehre*, Julius Springer Verlag, Berlín.
- (1987): «Die Bundesexekution: ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs und der österreichischen Bundesverfassung», en *Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag*, Mohr, Tübingen, págs. 127-187.
- LÖWENSTEIN, K. (1968): *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung*, Scientia Verlag, Aalen
- LÓPEZ BASAGUREN, A. (2013): «La secesión de territorios en la Constitución española», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 25, págs. 87-106.

- LUHMANN, N., (1978): *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, Darmstadt und Neuwied.
- (1981): *Die Ausdifferenzierung des Rechts, Subrkamp, Frankfurt a. M.*
- (1993): *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, a. M.
- LUTZ, D. S. (1994): «Toward a theory of constitutional amendment», *American Political Science Review*, vol. 88, n.º 2, págs. 355-370.
- MANCINI, S. (2012): «Secession and Self-Determination», en Rosenfeld/Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, págs. 482-600.
- MANGAS MARTÍN, A. (2013): «La secesión de territorios en un estado miembro: efectos en el derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 25, págs. 47-68.
- MCCORQUODALE, R., (1994): «Self-determination: A Human Rights Approach», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, n.º 4, págs. 857-885.
- MEDINA ORTEGA, M. (2014): *El derecho de secesión en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid.
- MIGUEL BÀRCENA, J. de (2018): «El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 113, págs. 133-166.
- MODUGNO, F. (1999): «Unità-indivisibilità della Repubblica e principio di autodeterminazione dei popoli (Riflessioni sull'ammissibilità-ricevibilità di un disegno di legge costituzionale comportante revisione degli artt. 5 e 132 Cost.)», en Alessandro Pace (edit.), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, vol. II, Giuffrè, Milán, págs. 1011-1043.
- MONAHAN, P.J. (1995): «The Law and Politics of Quebec Secession» *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 33, n.º 1, págs. 1-33.
- MUSGRAVE, T. (1997): *Self-determination and national minorities*, Clarendon Press, Oxford.
- NORMAN, W. (2003): «Domesticating Secession» en Macedo/Buchanan, *Secession and Self-Determination*, New York University Press, New York/London, págs. 193-237.
- OFFE, C. (1998): «"Homogeneity" and Constitutional Democracy: Coping with Identity Conflicts through Group Rights», *Journal of Political Philosophy*, vol. 6, n.º 2, págs. 113-141.
- OTTO Y PARDO, I. de (1987): *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona.
- PAYERO LÓPEZ, L. (2014): «El enfrentamiento entre dos ideas nacionales: la España unitaria vs. la España plural», en Calvo García/Arlettaz/Gracia Ibáñez (edits.), *Derecho y sociedad. Reflexiones sobre Sociología Jurídica, Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, págs. 10-27.
- PEOPLES, J. y BAILEY, G. (2011): *Humanity: An Introduction to Cultural Anthropology*, Wadsworth Cengage Learning, Belmont.
- PIRIS, J. C. (2017): «Political and Legal Aspects of Recent Regional Secession Trends in some EU Member States (Part I)», en Carlos Closa (edit.) *Secession from a Member State and Withdrawal from the European Union. Troubled Membership*, Cambridge University Press, Cambridge, págs. 69-87.
- PUNSET BLANCO, R. (1995): «Normas impugnables y motivos impugnatorios en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes», *Revista española de derecho constitucional*, n.º 43, págs. 209-221.
- RAIC, D. (2002): *Statehood and the Law of Self-Determination*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P. (1997): *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo.

- RIDAO I MARTÍ, J. (2014): «La juridificación del derecho a decidir en España. La STC 42/2014 y el derecho a aspirar a un proceso de cambio político del orden constitucional», *Revista de Derecho Político*, n.º 91, págs. 91-136.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J. (1999): «Sobre el derecho de autodeterminación y su compatibilidad con la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 3, págs. 103-124.
- ROZNAI, Y. (2013): «Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea», *The American Journal Of Comparative Law*, vol. 61, págs. 657-719.
- RUBIO LLORENTE, F. (2012): «Un referéndum para Cataluña», *Diario El País*, 8 de octubre de 2012. https://elpais.com/elpais/2012/10/03/opinion/1349256731_659435.html (consultado el 20 de agosto de 2018).
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J. (2013): «La nueva reivindicación de la secesión de Cataluña en el contexto normativo de la Constitución Española de 1978 y el Tratado de Lisboa», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 31, págs. 89-136.
- SAGARRA I TRIAS, E. (2014): «Nacionalidad catalana, nacionalidad española y ciudadanía de la Unión ¿serían compatibles?», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 36, págs. 13-37.
- SÁIZ ARNÁIZ, A. (2006-2007): «Constitución y secesión», *Parlamento y Constitución. Anuario*, n.º 10, págs. 33-56.
- SCHILLING, T. (1994): *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín.
- SHORTEN, A. (2014): «Constitutional Secession Rights, Exit Threats and Multinational Democracy», *Political Studies*, vol. 62, págs. 99-115.
- Sunstein, C. (1991): «Constitutionalism and secession», *The University of Chicago Law Review*, vol. 58, págs. 633-670.
- TAJADURA TEJADA, J. (2009): «Referéndum en el País Vasco (Comentario a la STC 103/2008, de 11 de septiembre)», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 23, págs. 636-385.
- TOSI, D. E. (2007): *Secessione e Costituzione tra prassi e teoria*, Jovene Editore, Nápoles
- ÚRRUTIA LIBARONA, I. (2012): «Territorial Integrity and Self-determination: the approach of the International Court of Justice in the Advisory Opinion on Kosovo», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, n.º 16, págs. 107-140.
- VILE, J. R. (1995): «The Case against Implicit Limits on the Constitutional Amending Process», en Sanford Levinson (edit.), *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*, Princeton University Press, Princeton, págs. 191-214.
- WALKER, N. (2014): «Our Constitutional Unsettlement», *Public Law*, n.º 7, págs. 529-548.