

CONSTITUCIÓN Y SECESIÓN*

Alejandro Sáiz Arnáiz

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universitat Pompeu Fabra, Barcelona*

SUMARIO

1. *Planteamiento.*
2. *Los motivos del silencio.*
3. *El “derecho” (de secesión) y su (imposible) garantía judicial.*
4. *Los otros ejemplos.*

* Una primera versión de este texto se presentó como ponencia a la Conferencia Internacional sobre "Democracia, ciudadanía y territorialidad en sociedades plurinacionales", que se celebró en Oñati (Gipuzkoa) entre los días 14 y 16 de marzo de 2007, organizada por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica y el Gobierno Vasco. La publicación de los trabajos debatidos en aquellas fechas correrá a cargo del IVAP. Estas páginas del Anuario Parlamento y Constitución reproducen en gran medida la intervención del autor en dicha Conferencia, si bien se han introducido algunos cambios de contenido y estructura.

1. Planteamiento

Las páginas que siguen contienen una serie de reflexiones, que se pretenden únicamente *iniciales*, sobre la relación que puede establecerse entre la Constitución o, si se prefiere, el Derecho Constitucional, y (el derecho a) la secesión. *La pregunta a la que pretendo dar respuesta, o cuando menos facilitar algunos argumentos para hacerla posible, es la siguiente: ¿por qué la primera, la Constitución, no se ocupa de la segunda, la secesión?*

Es verdad que pueden ponerse algunos (contados, ciertamente) ejemplos de Constituciones en las que se ha previsto la secesión, pero no creo que en ningún caso se trate de buenos precedentes. Vaya por delante que mi interés se limitará a los ordenamientos que podemos considerar como constitucional-democráticos, lo que ya excluye algunos casos¹. Así, conviene recordar que en la Unión Soviética el derecho de las Repúblicas a *"freely to secede from the U.S.S.R."* (arts. 17 y 72 de las Constituciones de 1936 y 1977, respectivamente) era pura y simplemente impracticable en un contexto de ausencia de toda garantía democrática y de aneación por ocupación militar de una buena parte de aquellas Repúblicas. Tampoco puede considerarse como un referente -aunque en ocasiones se emplee como tal- el caso de Etiopía, cuya Constitución de diciembre de 1994 proclama que toda *"Nation, Nationality and People [...] has an unconditional right to self-determination, including the right to secession"* (art. 39.1). En este país, y más allá de las previsiones constitucionales, el sistema político no responde a los patrones pluralistas exigibles a una democracia contemporánea, y son abundantes las denuncias de vulneración a gran escala de los derechos humanos básicos y de fraude electoral. Conviene además recordar que la independencia de Eritrea en 1993, más de cuarenta años después de su integración en Etiopía, fue el resultado de una guerra

1. Evitaré también el tratamiento de episodios de secesión o divisiones de Estados sucedidos muy atrás en el tiempo y que, aunque solo fuera por esta razón, difícilmente encajan en el esquema constitucional-democrático, único en el que hoy día tiene sentido plantearse el análisis de la secesión. No aludiré, por ejemplo, a la separación de Noruega de Suecia (1905), a la de Hungría de Austria (1867) y, por otros motivos adicionales, a la de Singapur de Malasia (1965). Para estos tres supuestos, R.A. Young, *"How Do Peaceful Secessions Happen?"*, *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique*, diciembre 1994, págs. 773 ss. Quede aclarado, en todo caso, que en ninguno de estos casos la respectiva ley fundamental preveía, anticipando los requisitos y el procedimiento, la secesión (incluso podría cuestionarse la referencia a Hungría, que en 1867 devino una parte autónoma del Imperio Austrohúngaro, pero que no declaró su independencia hasta el 1 de octubre de 1918, tras la derrota de éste en la Primera Guerra Mundial). Podría quizá también citarse el ejemplo de Islandia, cuya separación de Dinamarca se llevó a cabo con apoyo en el Acta de Unión, que hacía posible la terminación unilateral de la misma; sin embargo, el hecho de que la citada separación se produjera en medio de la II Guerra Mundial, cuando los alemanes ocupaban Dinamarca y los ingleses Islandia, tinta de excepcionalidad la aparición del nuevo Estado.

civil a lo largo de buena parte de los años ochenta del pasado siglo y que los conflictos territoriales entre ambos países se manifestaron violentamente todavía entre 1997 y 2000, sin que a día de hoy Etiopía haya aceptado la decisión del Tribunal Internacional de Justicia que en 2002 estableció definitivamente las fronteras entre estos dos países. Con estos antecedentes, y a la luz de la actual situación en aquella República, no parece que la garantía constitucional del "derecho de secesión" en Etiopía pueda tomarse demasiado en serio. La división de Checoslovaquia en 1993 plantea una hipótesis diferente. En efecto, y aunque para entonces aquel Estado federal adecuaba la organización de su poder público a estándares democráticos, la emergencia de las Repúblicas checa y eslovaca no resulta ser un buen ejemplo de secesión respetuosa con las previsiones normativas². La Constitución de aquel país, originaria de 1960, y reformada en sentido "federal" en 1968, incorporó a su Preámbulo, mediante la revisión de diciembre de 1990, el derecho a la autodeterminación, "*up to separation*", de las dos Repúblicas; sin embargo, el referéndum que a tales efectos se exigía no se celebró y la disolución de la República se llevó a cabo, mediante una ley constitucional aprobada por la Asamblea Federal, contra la opinión mayoritaria de la ciudadanía tal y como resultaba de la totalidad de los sondeos de opinión y a pesar de las demandas de un numeroso grupo de parlamentarios para que se convocase el referéndum³.

Mi intención es referirme en todo caso a la secesión, no al derecho de autodeterminación. Trataré, en definitiva, de la que desde el punto de vista de sus efectos puede considerarse como la manifestación más contundente de aquel derecho que, como bien se sabe, no tiene porqué concretarse necesariamente en la secesión o separación de aquella parte del Estado que lo ejerce⁴. En ningún caso me ocuparé de la justificación política o moral de la secesión, ni entraré en la polémica sobre su eventual consideración como *derecho* de una colectividad

2. En realidad, ya se ha dicho, en este supuesto se trató no tanto de una separación o secesión como de la disolución o, mejor aún, de la división en dos de un Estado que dejó de existir. Lo que normalmente sucede en los casos de secesión es que una parte del territorio de un Estado accede a la independencia, pero el Estado preexistente, mermado ahora en su territorio, continua existiendo hacia el futuro.

3. R.H Cox y E.G. Frankland, "*The Federal State and the Breakup of Czechoslovakia: An Institutional Analysis*", Publius, núm. 1, 1995, págs. 71 ss. (en la pág. 86 recuerdan cómo la disolución se acordó por el Parlamento federal el 11 de noviembre de 1992, con efectos de 1 de enero de 1993, "*illegally because the federal Constitution required a referendum*"). En el mismo sentido, recordando la violación de la legislación que exigía un referéndum sobre toda iniciativa repartición, S. Massa, "*Secession by mutual assent: a comparative analysis of the dissolution of Czechoslovakia and the separatist movement in Canada*", *Wisconsin International Law Journal*, 1995, págs. 183 ss., en particular, págs. 190-191.

4. Una excelente síntesis de la teoría de la autodeterminación en su doble vertiente, interna y externa (como secesión), en P. Macklem, "*Militant democracy, legal pluralism, and the paradox of self-determination*", *ICON*, núm. 4, 2006, en concreto, págs. 499-506.

definida (aunque ambos aspectos serán objeto de tratamiento tangencial)⁵; mi propósito será únicamente el de (intentar) explicar las razones para su no incorporación constitucional. En otros términos: *aceptando, como acepto, que pueden existir razones poderosas para defender la secesión en ciertos casos, creo que dichas razones no son suficientes para avalar el reconocimiento constitucional del derecho a separarse*. Creo, en definitiva, que si la Constitución ha de jugar un papel llegado el caso (esto es, explicitada democráticamente una demanda secesionista), no puede aspirar a regular previamente una materia como ésta, de hondo calado político. Como ha reconocido D. Grimm, "las Constituciones que llevan demasiado lejos la juridificación de la política ponen ellas mismas las bases de su elusión y menosprecio: el perfeccionismo constitucional convierte a la Constitución en irrelevante"⁶.

En una primera parte de este escrito enunciaré los motivos que, en mi opinión, hacen aconsejable el silencio en las Constituciones sobre la posible secesión de una parte del Estado. A continuación, y desde los problemas que plantearía la (imposible) *justiciabilidad* de semejante derecho a separarse, me referiré al caso canadiense como ejemplo de la aporía (inviabilidad de orden racional, DRAE) que en el Estado constitucional de Derecho representa la secesión. Finalizaré con unas constataciones y conclusiones traídas de recientes experiencias o previsiones relativas, *lato sensu*, a la secesión.

2. Los motivos del silencio

Empecemos, pues, por las razones que justificarían la omisión en el trata-

5. W. Kymlicka, *Fronteras territoriales*, trad. esp., 2006, ha recordado cómo la defensa de un 'derecho plebiscitario de secesión' es la postura más coherente con toda filosofía política que enfatice la libertad, la diversidad y que funde la legitimidad de la autoridad política en el consentimiento de los gobernados. Al tiempo, sin embargo, este autor reconoce que el derecho plebiscitario de secesión solo se toma en serio por la filosofía académica. Se considera, afirma, una postura "ingenua", además de "peligrosamente irresponsable. Se percibe como una invitación a la inestabilidad y al fomento de conflictos étnicos. Para muchos, la secesión es únicamente admisible como último recurso, solo en el caso de que sea la única vía contra una gran opresión o injusticia, como sucede con el genocidio o la esclavitud. Bajo cualquier otra circunstancia, los límites existentes deben ser tratados como sacrosantos. Quienes adoptan este punto de vista no niegan que las fronteras existentes fueron trazadas de manera injusta. Por el contrario, es precisamente porque muchas de las fronteras del mundo se formaron injustamente, sin el consentimiento de la población local, por lo que el conceder el derecho de secesión a cualquier grupo que lo deseara sería una receta para el desastre. Ninguna parte del mundo quedaría a salvo de la consiguiente inestabilidad" (págs. 40-41).

6. D. Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. esp., Madrid, 2006, pág. 33.

miento constitucional de la secesión⁷. *¿Por qué en más de dos siglos de Estado constitucional ninguna Constitución⁸ ha hecho posible y regulado el procedimiento a través del cual una parte de su territorio podría separarse del resto para devenir un Estado independiente?* Habría una primera explicación que me atrevería a calificar como de sentido común: *las Constituciones se elaboran para durar, para proyectarse en el tiempo indefinidamente, con voluntad de estabilidad y permanencia; sin fecha de caducidad.* Aceptar el derecho de secesión en su seno sería tanto como reconocer el ánimo o voluntad temporal del Estado cuyo poder público la Constitución funda, legitima, dota de identidad política, organiza y limita.

Esta incuestionable voluntad de los textos constitucionales resulta perfectamente compatible con (más aún: es inconcebible sin) las cláusulas de reforma presentes en la totalidad de aquéllos. Se trata así de evitar lo que Condorcet denominó "constituciones perpetuas, que son portadoras en su seno del principio de una destrucción violenta"⁹. Precisamente por esta razón, creo que las cláusulas de intangibilidad constitucional, los límites materiales a la reforma, resultan difícilmente defendibles en esta materia. Cláusulas, por cierto, que figuran en Constituciones tan próximas a la nuestra como la portuguesa ("Las leyes de reforma constitucional habrán de respetar: a) La independencia nacional y la unidad del Estado", art. 288) y la francesa ("*Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire*", art. 89, cuarto inciso). En definitiva, en mi opinión, la Constitución no

7. Sobre el particular, por todos, C.R. Sunstein, "*Constitutionalism and Secession*", *University of Chicago Law Review*, 1991, págs. 633 ss.; R.L. Watts, *Sistemas federales comparados*, trad. esp., Madrid, 2006, en concreto págs. 233-234; A. Buchanan, *Secessione*, trad. it., Milán, 1994, en particular, págs. 202 ss., en las que el autor, formula un "derecho constitucional a la secesión" desde cuatro posibles modelos típicos al tiempo que reconoce las muchas dificultades para su práctica; del mismo autor, "*Autodeterminación, secesión y primacía del derecho*", en R. McKim y J. Maman (comps.), *La moral del nacionalismo, vol. II*, Barcelona, 2003, págs. 157 ss., en las que, entre otros contenidos, elabora una propuesta para someter "las crisis de secesión a la primacía del derecho internacional", y C.N. Okeke, "*A note on the right of secession as a human right*", *Annual Survey of International and Comparative Law*, 1996, en especial, págs. 30-36.

8. El hecho cierto es que si se excluye la experiencia de Checoslovaquia, cuyas singularidades de todo tipo no pueden ignorarse, no conozco ninguna otra Constitución escrita de un Estado democrático en la que la secesión se haga (o se haya hecho) posible y se establezcan los trámites para llevarla a término. Un repaso a diversas previsiones constitucionales que, a juicio de los autores, posibilitan la secesión, se encuentra en P.J. Monahan y J. Bryant, *Coming to Terms with Plan B: Ten Principles Governing Secession*, C.D. Howe Institute, núm. 83, June 1996 (se trata de un documento que anticipa el planteamiento de la opinión consultiva al Tribunal Supremo de Canadá. Entre las págs. 3-18 se contienen numerosos datos de Derecho Comparado en los que abundan los errores).

9. Citado por G. Zagrebelsky, *Historia y Constitución*, trad. esp., Madrid, 2005, pág. 48.

tiene que (no está concebida para) incentivar la secesión -y éste podría ser uno de los efectos de su previsión- pero tampoco tiene que impedir la reforma constitucional para dar respuesta a una demanda independentista planteada en términos inequívocamente democráticos¹⁰.

La referencia histórica habitual a la falta de previsión en las Constituciones de la secesión resulta del primer discurso de toma de posesión del Presidente de los Estados Unidos A. Lincoln en marzo de 1861:

"Perpetuity is implied, if not expressed, in the fundamental law of all national governments. It is safe to assert that no government proper, ever had a provision in its organic law for its own termination".

Y es muy importante notar el contexto en el que esta afirmación se hace, cuando ya varios Estados secesionistas habían declarado unilateralmente su separación de la Federación y a solo cinco semanas del ataque confederado al Fuerte Sumter, que fue el primer episodio bélico de la Guerra Civil (1861-1865).

La Constitución norteamericana no prohibía explícitamente la secesión, pero tampoco la reconocía; este silencio ambiguo (una auténtica *"conspiracy of silence"* en los términos de M. Burgess)¹¹ consintió muchas interpretaciones, al menos hasta casi un siglo después de cerrada la Convención de Filadelfia. Durante muchos años se entendió por destacados políticos y juristas estadounidenses, con opinión mayoritaria en algunos Estados del sur, que la unión federal no era una decisión del pueblo (*"We the People"*), sino un acuerdo entre Estados iguales y soberanos, independientes en todo aquello que no habían cedido al poder común. Se explica de este modo, y como expresión de la propia soberanía, la tesis de la *nullification*, según la cual los Estados podían *anular* las leyes federales que invadieran los *States' rights*, de modo que, como puede leerse en la *Virginia Resolution*, aquéllos estaban legitimados para *"that the necessary and proper measures will be taken by each, for co-operating [...], in maintaining the Authorities, Rights, and Liberties, referred to the States respectively, or to the*

10. En España es mayoritaria la tesis que sostiene que la independencia de alguna de las partes de su territorio sería posible mediante la reforma constitucional por el procedimiento agravado, es decir, que no existe un límite implícito a la reforma constitucional para la garantía de la indisoluble unidad de la Nación española (art. 2 CE). Al respecto, por todos, B. Aláez Corral, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2000, págs. 378-382.

11. En "El futuro del pasado: conectar los orígenes y formación de las federaciones con sus consecuencias", ponencia presentada a la Conferencia Internacional mencionada en la primera nota de este trabajo.

people"¹². Frente a esta lectura de la Constitución entendida como un pacto entre Estados disponible por cada uno de éstos, se alzó, entre otras muchas, la voz de Lincoln en su *Inaugural Address* de 1861:

"Again, if the United States be not a government proper, but an association of States in the nature of contract merely, can it, as a contract, be peaceably unmade, by less than all the parties who made it? One party to a contract may violate it -- break it, so to speak; but does it not require all to lawfully rescind it? Descending from these general principles, we find the proposition that, in legal contemplation, the Union is perpetual, confirmed by the history of the Union itself. [...]. It follows from these views that no State, upon its own mere motion, can lawfully get out of the Union, -- that resolves and ordinances to that effect are legally void, and that acts of violence, within any State or States, against the authority of the United States, are insurrectionary or revolutionary, according to circumstances".

La polémica, como se sabe, acabó (al menos en sus perfiles jurídicos) tras la Guerra Civil, con la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Texas v. White*, de 1868. Los términos en los que el Tribunal se pronunció a propósito de la ilicitud constitucional de la secesión, en este caso del Estado de Texas, fueron los siguientes:

"[...] the question whether the right of a State to withdraw from the Union for any cause, regarded by herself as sufficient, is consistent with the Constitution of the United States.

The Union of the States never was a purely artificial and [74 U.S. 700, 725] arbitrary relation. It began among the Colonies, [...]. It was confirmed and strengthened by the necessities of war, and received definite form, and character, and sanction from the Articles of Confederation. By these the Union was solemnly declared to 'be perpetual.' And when these Articles were

12. La *Virginia Resolution* fue redactada a finales de 1798 por J. Madison, al tiempo que T. Jefferson escribía la (inicialmente más radical) *Kentucky Resolution*. Fue la reacción de estos Estados de mayoría republicana a las conocidas como *Aliens and Sedition Acts*, un conjunto de cuatro leyes salidas de la mayoría federalista en el poder en Washington que invadían los *States' Rights*. Se trataba, en palabras de Jefferson, de *"a nullity as absolute and as palpable as if Congress has ordered us to fall down and worship a golden image"* (citado en R. Chernow, Alexander Hamilton, Nueva York, 2004, pág. 573). Estas mismas tesis sirvieron casi treinta años después a J.C. Calhoun para recordar en su *South Carolina Exposition* la capacidad de cada Estado para anular toda pretensión usurpadora del Gobierno federal (Disquisición sobre el gobierno, trad. esp., Madrid, 1996).

found to be inadequate to the exigencies of the country, the Constitution was ordained 'to form a more perfect Union.' It is difficult to convey the idea of indissoluble unity more clearly than by these words. What can be indissoluble if a perpetual Union, made more perfect, is not?

But the perpetuity and indissolubility of the Union, by no means implies the loss of distinct and individual existence, or of the right of self-government by the States. Under the Articles of Confederation each State retained its sovereignty, freedom, and independence, and every power, jurisdiction, and right not expressly delegated to the United States. Under the Constitution, though the powers of the States were much restricted, still, all powers not delegated to the United States, nor prohibited to the States, are reserved to the States respectively, or to the people. And we have already had occasion to remark at this term, that the people of each State compose a State, having its own government, and endowed with all the functions essential to separate and independent existence, and that without the States in union, there could be no such political body as the United States. [...]. The Constitution, in all its provisions, looks to an indestructible Union, composed of indestructible States. [74 U.S. 700, 726] When, therefore, Texas became one of the United States, she entered into an indissoluble relation. All the obligations of perpetual union, and all the guaranties of republican government in the Union, attached at once to the State. The act which consummated her admission into the Union was something more than a compact; it was the incorporation of a new member into the political body. And it was final. The union between Texas and the other States was as complete, as perpetual, and as indissoluble as the union between the original States. There was no place for reconsideration, or revocation, except through revolution, or through consent of the States.

Considered therefore as transactions under the Constitution, the ordinance of secession, adopted by the convention and ratified by a majority of the citizens of Texas, and all the acts of her legislature intended to give effect to that ordinance, were absolutely null. [...]. Our conclusion therefore is, that Texas continued to be a State, and a State of the Union, notwithstanding the transactions to which we have referred"¹³.

La Constitución de los Estados Unidos expresa ejemplarmente desde su Preámbulo su voluntad de permanencia. El Tribunal Supremo recuerda en el pasaje que se acaba de reproducir que la condición "perpetua" de la unión de los

13. Texas v. White, 74 U.S. 700, 724-726 (1868).

Estados resultante de los *Articles of Confederation*, expresamente proclamada como tal¹⁴, se refuerza en la Constitución federal, con la que se pretende "*to form a more perfect union*". El texto votado en Filadelfia y sometido a ratificación en los Estados nunca se pretendió de proyección temporal limitada. "*I cannot reconcile myself to the idea of a division of this Continent, even fifty years hence*", escribía en Londres John Adams (que sería el primer Vicepresidente de la historia de los Estados Unidos y su segundo Presidente) a un amigo inglés cuando aún se discutía en la Convención en septiembre de 1787.

De cuanto hasta aquí se ha dejado apuntado resulta ya el segundo de los argumentos que, siempre en mi opinión, empujan a favor de la no previsión constitucional de la secesión y del trámite para hacerla efectiva. Me refiero a lo que podríamos calificar como silencios (y ambigüedades) conscientes del constituyente, que juegan a favor de la estabilidad y permanencia de la Constitución y en virtud de los cuales se renuncia a proceder a ciertas regulaciones cuya sola existencia puede generar conflictos más graves que los provocados por los problemas que se pretenden afrontar. La renuncia en el momento constituyente puede favorecer el consenso, el acuerdo de amplia base política para hacer posible la aprobación del documento constitucional: se evita el problema, por decirlo en otros términos, orillando su tratamiento. Y la renuncia puede también favorecer la dinámica institucional, el funcionamiento ordenado del sistema político, ya que éste no se ve perturbado por la existencia de ciertas previsiones que pueden incentivar la inestabilidad del propio orden constitucional.

Varios son los efectos negativos que para la política democrática puede tener el reconocimiento del derecho de secesión. Su previsión constitucional, se dice, implica la concepción del Estado como una realidad permanentemente en cuestión, ya que alguna de sus partes puede optar por la separación provocando de este modo una nueva conformación del Estado restante. Así las cosas, la inestabilidad se ve fuertemente incentivada por cuanto se asume que el destino del Estado, su futuro, en definitiva, depende de las varias entidades territoriales que lo integran. La toma de decisiones en el seno de las instituciones estatales, en particular de aquellas decisiones que tengan un alcance estratégico, se ve dificultada en virtud del notable potencial de chantaje del que disponen los sujetos titulares de la opción secesionista, que pueden amenazar con su ejercicio si una determinada decisión que se desea adoptar por las instituciones comunes del Estado no respeta sus propios intereses.

14. Que se encabezaban con la siguiente fórmula: "*Articles of the Confederation and perpetual Union between the states of New Hampshire, [...]*".

Llegamos así a la tercera de las razones a la que me quiero referir. Asumido que la garantía de la secesión es una solución cara, costosa desde el punto de vista constitucional (puede incentivar la inestabilidad; dificulta el proceso decisorio; incrementa las posibilidades de chantaje de una parte; cuestiona la voluntad de permanencia de la Constitución), siempre es posible imaginar alternativas menos onerosas que la separación para hacer frente a las razones que históricamente han justificado las reivindicaciones secesionistas. El constitucionalismo como ideología y la Constitución como técnica de organización del poder han sido desde sus orígenes instrumentos para la libertad que han sabido adecuarse a las múltiples transformaciones de todo tipo que ha experimentado el Estado contemporáneo en los últimos dos siglos. Hagamos un brevísimo repaso a los motivos que han justificado y justifican la demanda secesionista y a las posibles respuestas a los mismos.

Las razones vinculadas a las vulneraciones a gran escala de los derechos humanos, que en no pocas ocasiones se han dado para defender la secesión del territorio que las padece, no resultan relevantes en el marco de un Estado constitucional democrático, que -como ya se ha dicho- es el único que interesa en estas páginas. Si esas vulneraciones se producen estamos ya fuera del objeto de nuestro estudio: no hay Estado constitucional y las respuestas imaginables a la situación descrita no se agotan, ni mucho menos, en la propuesta secesionista. Podrá tratarse (históricamente así ha sido en no pocas ocasiones) de un supuesto de dominación colonial, pero entonces la solución ha de venir desde el Derecho Internacional. En estos casos, insisto, los parámetros de análisis no son los propios de un Estado democrático normalizado en el que funcionan cotidianamente las medidas "ordinarias" de prevención y reacción frente a las lesiones de los derechos fundamentales.

En algunas ocasiones, la reivindicación de la secesión se sustenta en causas de carácter histórico o territorial, vinculadas normalmente a la génesis del Estado respecto del que se pretende la secesión. La localización de las fronteras, ha recordado recientemente Kymlicka, "casi siempre ha venido determinada por factores que ahora reconocemos como ilegítimos -por ejemplo, conquistas, colonización [...]-. En suma, sabemos que las fronteras existentes son en su mayoría el producto de injusticias históricas"¹⁵. En este ámbito, y con independencia de

15. W. Kymlicka, op. cit., pág. 38. Precisamente la delimitación del territorio, la definición de las fronteras, suele ser uno de los principales y más difíciles problemas a resolver cuando se produce una secesión. Véase, al respecto, M.G. Cohen, "*Le problème des frontières en cas de dissolution et de séparation d'États: Quelles alternatives?*", *Revue Belge de Droit International*, núm. 1, 1998, págs. 129 ss.

que quizá también aquí el Derecho Internacional Público tenga más que decir que el Derecho Constitucional (tal y como nos enseña la experiencia anglo-irlandesa), el problema puede situarse en la fijación del momento en el que se ha de poner fin al repaso a la historia. La decisión dependerá siempre del sujeto que la adopta, y por eso mismo podrá ser tachada por unos u otros de arbitraria.

Las causas de tipo cultural, identitario e incluso económico que podrían avallar una propuesta de secesión, pueden ser perfectamente afrontadas desde el Derecho Constitucional con un coste mucho menos gravoso del que puede tener (*rectius*: del que siempre tiene) la separación de una parte del Estado. La primera Constitución de la historia, la Constitución federal de los Estados Unidos es un buen ejemplo de cuanto acaba de decirse. El "milagro en Filadelfia", término empleado por dos de los más cualificados protagonistas de la Convención (G. Washington y J. Madison)¹⁶, fue un intento coronado con éxito -al menos eso puede decirse hoy en día- de acomodar dos concepciones bastante enfrentadas de la Unión y de sus poderes; de equilibrar las pretensiones de los pequeños y de los grandes Estados; del sur y del norte; los esclavistas y los que no lo eran tanto. En aquellas circunstancias la federación se concibió como más ventajosa para todos que el mantenimiento de un *statu quo* (la independencia en el seno de la Confederación) que ponía en peligro la propia existencia como Estados soberanos de las antiguas colonias británicas.

En la actualidad las técnicas conocidas de distribución territorial del poder político consienten la respuesta a pretensiones de tipo identitario en el seno de un Estado que, de otro modo, podrían llevar a plantear la secesión. Las propuestas en el terreno simbólico, competencial y de integración de los poderes del Estado que resultan de modelos como el federalismo plurinacional y las asimetrías territoriales, pueden servir a estos efectos¹⁷. En todo caso, no ha de desconocerse que estas fórmulas de acomodación de la diversidad necesitan del

Este autor concluye que la regla aplicable en la materia es el *uti possidetis*, resultado de la práctica internacional y que es, al mismo tiempo, y con sus límites, el criterio que mejor se adecua al sistema jurídico internacional para regular las situaciones de emergencia de un nuevo Estado independiente.

16. Así lo recuerda en el Prefacio de su obra, que por cierto titula con esas mismas palabras, C. Drinker Bowen, p. XI (*Miracle at Philadelphia. The Story of the Constitutional Convention May to September 1787*, Bostón, reimpresión de 1986).

17. Véanse, en este sentido, las propuestas de A.G. Gagnon, *Au-delà de la nation unificatrice: Plaidoyer pour le fédéralisme multinacional*, Barcelona, 2007, *passim*; A. Eide, "In Search of Constructive Alternatives to Secession", en C. Tomuschat (ed.), *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht/Boston/Londres, 1993, págs. 139-176 (con una perspectiva también desde el Derecho Internacional) y, sin ánimo de agotar la lista, las contribuciones que se contienen en E. Fossas y F. Requejo (eds.), *Asimetría federal y Estado multinacional*, Madrid, 1999.

acuerdo entre quienes pretenden el (llamémoslo así) "tratamiento nacional" y las demás partes del Estado; un acuerdo que de no alcanzarse puede exacerbar la reivindicación independentista, ahora plenamente justificada, se diría, por cuanto no se han satisfecho las reclamaciones identitarias.

El cuarto argumento contra la garantía constitucional de la secesión tiene un carácter marcadamente formal, aunque no por eso su importancia puede considerarse menor: ¿Cómo articular técnicamente desde la Constitución el derecho (de secesión) que se reconoce?. A este propósito habría de darse respuesta a preguntas como: ¿quién puede ejercerlo?; ¿a través de qué procedimiento?; ¿cuáles son las mayorías exigibles tanto desde el punto de vista de la participación como para la aprobación de la propuesta?; ¿han de fijarse previamente los criterios de arreglo para el caso de que prospere la iniciativa? (reparto de la deuda pública, sucesión internacional, etc.) y ¿puede reivindicarse ante los Tribunales?.

3. El "derecho" (de secesión) y su (imposible) garantía judicial

Es claro que si la secesión se hace posible en la Constitución y desde ésta se fijan las condiciones para su ejercicio, la intervención de un órgano judicial (un Tribunal Constitucional, pongamos por caso) resultará perfectamente imaginable para garantizar la observancia de aquellas condiciones y, en última *ratio*, el respeto a la propia Constitución. Ahora bien: ¿cuáles son límites de una eventual intervención judicial en este terreno?. ¿Hasta dónde puede llegar a decidir en términos de puro Derecho un tribunal vinculando a los sujetos político-constitucionales en una materia de la *más alta tensión* política?.

Es precisamente para responder a esta pregunta para lo que tiene pleno sentido acudir, tal y como se proponía al inicio de estas páginas, a la opinión consultiva emitida por el Tribunal Supremo de Canadá el 20 de agosto de 1998¹⁸ y al contexto en el que la misma se produjo.

En los últimos veintisiete años se han celebrado en Quebec dos referenda en los que se planteó su abandono de la Federación canadiense, sustituyendo su

18. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. En lengua castellana pueden consultarse los comentarios de J.F. López Aguilar, "Quebec, Canadá, España: renegociando contratos", en AA.VV., *Informe Comunidades Autónomas 1998*, Barcelona, 1999, págs. 731 ss., y A. Ruiz Robledo y C. Chacón Piqueras, "Comentario del Dictamen del Tribunal Supremo canadiense de 20 de agosto de 1998 sobre la secesión de Quebec", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1999, págs. 275 ss.

vigente estatus constitucional, como una más de las diez Provincias que integran el Estado de Canadá¹⁹, por fórmulas en ambos casos poco precisas de partenariado o asociación que se habrían concretado de haber prosperado alguna de ambas consultas (así resultaba del texto de las nada claras preguntas planteadas en el referéndum de 1980 y en el posterior de 1995)²⁰. En la primera de tales ocasiones solo el 40,44% de los votantes se manifestó a favor de la propuesta; en la segunda, lo hizo el 49,40%. En ambos casos, el porcentaje de participación fue muy elevado: el 85,6 y el 93,5, respectivamente, sobre el total del censo.

El contexto jurídico en el que se celebraron las dos consultas fue en buena medida el mismo: la Constitución de Canadá no prevé la separación de una parte de su territorio, al tiempo que no contiene límites materiales a su reforma. Por otra parte, nada en el texto constitucional impide la convocatoria de un referéndum por un Gobierno provincial. Ningún obstáculo formal existía, en definitiva, a la realización de unas consultas que no se planteaban como decisiones últimas sobre la independencia o separación de Quebec (términos ambos con una connotación claramente negativa en la opinión pública quebequesa), sino como autorizaciones a las autoridades políticas provinciales para proponer al poder federal una nueva relación de "soberanía-asociación" (así en 1995). El contexto político se alteró entre uno y otro referéndum. Mientras que el primero de ellos se celebró en el marco resultante de la Ley Constitucional de 1867, texto fundacional de la Federación que contó con el apoyo de la Provincia francófona, el segundo tuvo lugar tras la gran reforma constitucional de 1982, que fue expresamente rechazada por la Asamblea Nacional de Quebec por cuanto significaba -así se dijo- una limitación de las competencias provinciales y desconocía la singularidad quebequesa.

La convocatoria y celebración de las consultas de 1980 y 1995 no se cuestionó en ningún momento ante los Tribunales por el Gobierno canadiense. En 1995 fue un ciudadano quebequés quien solicitó, sin éxito, la suspensión cautelar del referéndum. Atender a tal demanda podría, en palabras del órgano judicial, "crear un problema más grave que el que se pretende resolver". No obstante, en el pronunciamiento sobre el fondo de la precitada demanda (un juicio declarativo) la *Cour Supérieure* sostuvo que la iniciativa del Gobierno y del Parlamento provinciales, en virtud de la cual se pretendía "proclamar la soberanía de Quebec" sin respetar el trámite de reforma constitucional, "constituye

19. Sobre el particular, A. Saiz Arnaiz, *Estado federal y 'estatuto particular'. La posición constitucional de la Provincia de Quebec en la Federación canadiense*, Madrid, 1997, passim.

20. Una traducción de estas preguntas en A. Saiz Arnaiz, op. cit., pág. 150.

una amenaza grave a los derechos y libertades del demandante garantizados por la Carta canadiense de los derechos y libertades [...]”²¹.

Tras el resultado del referéndum celebrado en octubre de 1995, en el que unos pocos miles de votos impidieron el éxito de la iniciativa *québécoise*, el Gobierno federal concretó algunos de sus compromisos en el terreno de la autonomía provincial mediante iniciativas políticas y legislativas que pueden calificarse como de baja intensidad y, por lo mismo, muy lejos de la voluntad de "estatuto especial o particular" para Quebec. Al mismo tiempo, y puesto que los líderes del Partido *Québécois* manifestaron su voluntad de convocar un nuevo referéndum pasados unos años, el Gobierno federal se planteó acudir al Tribunal Supremo para solicitar de éste una "Opinión Consultiva" sobre la validez constitucional, y a la luz del Derecho Internacional, de una eventual secesión unilateral de Quebec. En septiembre de 1996 se formalizó dicha solicitud. La decisión del Tribunal Supremo de Canadá (insisto: una opinión consultiva, y no una sentencia, y por lo tanto no vinculante formalmente aunque en la práctica constitucional canadiense se otorga a dichas opiniones la misma fuerza de obligar que al resto de decisiones judiciales) se produjo en fecha 20 de agosto de 1998. Se trata, creo que sin exageración, de una muestra ejemplar de resolución judicial que, por su convincente y completa motivación, se ha convertido en cita o referente obligado universal en los últimos años en todo debate sobre la secesión o independencia.

Aunque el Gobierno de Quebec se negó a comparecer, rechazando la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre una cuestión de naturaleza -se dijo- marcadamente política, los argumentos de la secesión se hicieron valer por el *amicus curiae* llamado a intervenir por el propio Tribunal Supremo. En la causa presentaron alegaciones, además del Gobierno de Canadá y del *amicus curiae*, varios Gobiernos provinciales, distintas asociaciones (tribus indias, grupos de defensa de los derechos de las minorías) y algunos particulares. La riqueza de los documentos producidos por todos ellos, y la intensidad y calidad del debate político-constitucional ante el Tribunal Supremo están fuera de toda duda. En lo que aquí interesa la pregunta planteada al Tribunal por el Gobierno canadiense era doble. ¿Puede el Parlamento o el Gobierno de Quebec, en virtud de la Constitución de Canadá, proceder unilateralmente a la secesión?. ¿Puede el Parlamento o el Gobierno de Quebec, de acuerdo con el Derecho Internacional, proceder unilateralmente a la secesión?.

21. *Bertrand c. Procureur General du Québec*, C.S. Québec, J. Lesage, 8 de septiembre de 1995 (Núm. 200-05-002117-955).

Para responder a la primera pregunta, el Tribunal Supremo recuerda la pertinencia de cuatro grandes principios constitucionales, ninguno de los cuales puede interpretarse haciendo abstracción de los demás ni impedir la aplicación de otro u otros. Se trata del "federalismo", de la "democracia", del "constitucionalismo y de la primacía del Derecho" y del "respeto a los derechos de las minorías". Estos principios, se afirma, pueden generar "obligaciones jurídicas [...] que suponen límites sustanciales a la acción de los poderes públicos". Simplificando mucho el razonamiento y las conclusiones a las que llega el Tribunal Supremo, puede afirmarse cuanto sigue:

1. La secesión de una Provincia no puede hacerse unilateralmente a tenor de la Constitución. La secesión requeriría necesariamente la reforma constitucional.

2. Ahora bien, una mayoría clara en Quebec a favor de la secesión, expresada en respuesta a una pregunta referendaria clara, conferiría al proyecto de secesión una legitimidad democrática que el resto de integrantes de la Federación tendrían la obligación de reconocer. Incumbe a los actores políticos, y nunca a los Tribunales, determinar en qué consiste una "mayoría clara" en respuesta a una "pregunta clara".

3. En tales condiciones, el resto de las Provincias y el poder federal "no tendrían ninguna razón válida para negar al Gobierno de Quebec" su derecho a dar los pasos necesarios para realizar la secesión siempre que esta Provincia "respetase los derechos de los demás".

4. A estos efectos habrían de entablarse negociaciones ("que no serían fáciles") entre las partes implicadas sobre "el acto potencial de la secesión y las eventuales condiciones en las que ésta debería de llevarse a cabo". El contenido de las negociaciones y el proceso a seguir se fijarán por los actores políticos, sin que los Tribunales puedan pronunciarse al respecto. El Tribunal Supremo adelanta que en dichas negociaciones "habrían de tratarse los intereses de las otras Provincias, los del Gobierno federal, los de Quebec, los derechos de todos los canadienses dentro y fuera de Quebec y, particularmente, los derechos de las minorías". En todo caso se trataría de "conciliar los derechos de dos mayorías legítimas": la mayoría de la población de Quebec y la del conjunto de Canadá. Si una de las parte no actuara de acuerdo con los principios antes aludidos "pondría en peligro la legitimidad del ejercicio de sus derechos y, en última instancia, la aceptación del resultado por la comunidad internacional".

En cuanto a la segunda pregunta el Tribunal Supremo concluye, tras un minucioso análisis de la legalidad internacional, que la Provincia de Quebec no puede llevar a cabo unilateralmente una secesión como ejercicio del derecho de autodeterminación por cuanto no se trata de un pueblo parte de un imperio colonial, ni se encuentra sometido a la dominación y explotación extranjera, ni se está privado de su "autodeterminación interna" (elecciones periódicas, autogobierno,...). Más aún, un Estado de las características de Canadá ("cuyo Gobierno representa sin discriminación al conjunto del pueblo o de los pueblos que residen en su territorio, y que respeta los principios de la autodeterminación en su funcionamiento interno") se encuentra amparado por el Derecho Internacional para el mantenimiento de su integridad territorial. Nada de cuanto se ha afirmado, concluye el Tribunal Supremo, impide una declaración unilateral de independencia, que conduciría a una secesión *de facto* cuyo éxito dependería de su reconocimiento por la comunidad internacional. En ningún caso, sin embargo, semejante reconocimiento otorgaría una justificación retroactiva a la secesión ni en virtud de la Constitución, ni en virtud del Derecho Internacional²².

El panorama jurídico quedaba en buena medida despejado frente a hipotéticas futuras consultas: ni el Derecho Constitucional de Canadá, ni el Derecho Internacional consentían una secesión unilateral, pero una voluntad democrática claramente expresada por el pueblo de Quebec habría de llevar a los actores políticos, guiados por el respeto a los principios constitucionales, a entablar negociaciones a la búsqueda de un acuerdo respetuoso con dicha voluntad y, al tiempo, con los intereses del resto de los integrantes de la Federación²³. Curiosamente las dos partes afectadas, los Gobiernos de Quebec y de Canadá, valoraron positivamente el pronunciamiento judicial²⁴.

22. La respuesta acerca de la eventual legalidad internacional de una independencia unilateral de Quebec fue criticada por algunos autores, que la consideraron fruto de una lectura "unsophisticated" del Derecho Internacional que evitó todos los aspectos "interesantes y complicados" de la pregunta, en particular los efectos de una práctica estatal reciente, tras la caída del comunismo, en virtud de la cual se estaría comenzando a aceptar "un derecho de secesión más expansivo del que anteriormente se había admitido" (S.J. Toope, "Re Reference by Governor in Council concerning Certain Questions relating to Secession of Quebec from Canada. 161 D.L.R. (4th) 385. Supreme Court of Canada, August 20, 1998", *American Journal of International Law*, April 1999, págs. 519-525).

23. Esa obligación de negociar ha sido considerada por algunos como la "most interesting feature" de la opinión consultiva (D.P. Haljan, "A Constitutional Duty to Negotiate Amendments: Reference Re Secession of Quebec", *International and Comparative Law Quarterly*, April, 1999, págs. 447 ss. (la cita está sacada de las págs. 455-456). En una muy interesante lectura de esta opinión consultiva, J. Woehrling entiende que el Tribunal Supremo parece haber introducido, junto a las convenciones constitucionales (exigibles solo políticamente) y al Derecho Constitucional (impuesto por los Tribunales), una nueva categoría en la Constitución de Canadá, "intermedia entre las dos anteriores, a saber, unos principios que son, por un lado, jurídicos pero por otro lado susceptibles únicamente de sanciones polí-

La reacción federal llegó de la mano de la conocida como *Ley de Claridad*, de junio de 2000, en cuyo Preámbulo son constantes las remisiones a la Opinión del Tribunal Supremo. Se trata de un texto de solo tres artículos que atiende a los llamamientos que en dicha Opinión se hacían a los actores políticos: se atribuye a la Cámara baja del Parlamento federal la competencia para evaluar tanto el carácter claro de la pregunta que pretenda someterse a referéndum provincial, como la condición igualmente clara de la mayoría en su caso obtenida, rechazándose implícitamente que preguntas como las de los referenda de 1980 y 1995 sean claras. En defecto de claridad el Gobierno federal "no entablará ninguna negociación sobre las condiciones en las que una Provincia podría dejar de formar parte de Canadá". Por el contrario, cumplidos los requisitos de claridad, la secesión de una Provincia será posible tras la pertinente reforma constitucional que habrá de llevarse a cabo una vez "concluidas las negociaciones en las que participarán, en especial, los Gobiernos del conjunto de las Provincias y de Canadá" (quede aquí solamente apuntado que si algún día se verificara tal situación se trataría de la primera ocasión en la historia del Estado constitucional en la que una secesión se llevaría a cabo respetando un procedimiento democrático previamente establecido). Tres meses después de aprobada la Ley se celebraron elecciones generales en Canadá: el Partido Liberal revalidó su mayoría parlamentaria y obtuvo en la Provincia de Quebec más votos que los soberanistas del Bloque Quebequés.

A la Ley de Claridad respondió con (clara) voluntad contradictoria la Asamblea Nacional de Quebec mediante la *Ley sobre el ejercicio de los derechos fundamentales y las prerrogativas del pueblo y del Estado de Quebec*, aprobada tres meses después. En su Preámbulo se reconoce la "importancia política" de la Opinión Consultiva del Tribunal Supremo al tiempo que se sostiene que la Ley de Claridad es expresión de una "política del Gobierno federal tendente a cuestionar la legitimidad, la integridad y el buen funcionamiento de [las] instituciones democráticas" de Quebec. Me limitaré a recordar aquí que en lo relativo a la doble necesidad de claridad se sostiene, de un lado, la sola competencia de las "instituciones políticas" quebequesas para determinar las condiciones o

ticas a causa de su 'no justiciabilidad'". Este autor responde convincentemente a su propia pregunta: ¿Por qué el Tribunal no ha optado por decir que la obligación de negociar, en caso de referéndum positivo en Quebec, surge de una convención constitucional basada en los principios de democracia y de federalismo? (véase, *in extenso*, "El juicio del Tribunal Supremo de Canadá sobre la eventual secesión de Quebec", RVAP, núm. 54, 1999, págs. 405 ss., la cita en pág. 420).

24. Un excelente análisis del ambiente constitucional en el que se produjo el Dictamen del Tribunal Supremo, así como de las respuestas federal y provincial al mismo se encuentra en P. Pérez Tremps, *El marco (a)constitucional del debate sobre la secesión de Quebec*, Barcelona, 2004, *passim*.

modalidades del referéndum y, de otro, que la "opción ganadora es la que obtiene la mayoría de votos declarados válidos, es decir, el 50% más uno de los votos". La Ley provincial fue recurrida al poco de su aprobación ante la *Cour Supérieure* de Quebec por el Partido de la Igualdad, que se presenta como defensor de los intereses de la minoría anglófona en aquella Provincia. La demanda de juicio declarativo fue inadmitida a trámite en agosto de 2002 por una doble razón: la *Cour* entendió que la pretendida amenaza a los derechos constitucionales de los recurrentes resultante del texto legislativo era hipotética y no real en ausencia de convocatoria referendaria, pero además, con remisión a la opinión consultiva del Tribunal Supremo de Canadá, recordó que, "*réserve judiciaire oblige*", no compete a los tribunales pronunciarse sobre "*questions politiques*"²⁵.

Esta larga exposición de la experiencia canadiense hace posible una doble conclusión de notable interés. En primer lugar, evidencia los límites del Derecho, y del Derecho Constitucional en particular, como cauce regulador de toda pretensión secesionista: las muy opuestas regulaciones de dos leyes que gozan de idéntica presunción de validez, la federal de Claridad, por un lado, y la relativa al ejercicio de los derechos fundamentales y las prerrogativas del pueblo y del Estado de Quebec, por otro, no dejan lugar a dudas en cuanto a la (seguramente escasa) eficacia ordenadora de ambos textos en un futuro proceso de secesión. En puridad de términos, las leyes en cuestión se comportan mucho más como un auténtico semillero de conflictos que como cauce preventivo y reparador de éstos. La segunda conclusión se encuentra íntimamente ligada a cuanto se acaba de escribir: los límites del Derecho Constitucional para poner orden en un proceso de estas características se completan desde la incapacidad de los tribunales, naturalmente asumida por sus protagonistas en Canadá, para resolver los conflictos que a lo largo de aquél puedan surgir. Solo dos ejemplos sacados de la opinión consultiva del Tribunal Supremo canadiense: los tribunales no pueden ser nunca competentes para decidir acerca de la claridad de una pregunta y de una mayoría; los tribunales nada tienen que poder decir sobre el contenido y los trámites de las negociaciones sucesivas a una consulta en la que se haya votado (*claramente*) por la secesión.

Cuanto se acaba de decir es perfectamente compatible con el reconocimiento de un importante papel al Derecho Constitucional en cualquier proceso de secesión, que obligará, en la mayoría de las ocasiones, si no siempre, a la reforma de la Constitución como mínimo para dar respuesta a la nueva realidad terri-

25. *Keith Owen Henderson and Equality Party c. Procureur Général du Québec*, C.S. Québec, J. Côté, 16 de agosto de 2002 (Núm. 500-05-065031-013).

torial e institucional del Estado ("restante", si se quiere). La intervención del Derecho Constitucional ha de tener un propósito esencialmente "formalizador" de una decisión ya adoptada y aceptada por los que el Tribunal Supremo de Canadá denominó "actores políticos". *La secesión no se debe discutir desde la Constitución, pero en ésta no puede desconocerse la secesión democráticamente decidida y políticamente arreglada.*

En definitiva, creo que la estrategia constitucional adecuada es no proclamar la secesión como derecho (o, quizá mejor, como posibilidad constitucionalmente garantizada) pero tampoco impedirla, ya lo he dicho, por ejemplo mediante límites materiales a la reforma, explícitos o implícitos, vinculados a la integridad territorial del Estado o a su unidad. El Derecho Constitucional, que no parece concebido para organizar la ruptura del Estado, ha de ser capaz, sin embargo, de responder desde el previo acuerdo político a las demandas de secesión que puedan expresarse en el seno de un Estado democrático. En otras palabras: la Constitución ni previene, ni organiza la secesión, aunque llegado el caso afronta los efectos que la misma provoca. Y ello es así porque la secesión se sitúa, como objeto de regulación, fuera de las fronteras del Derecho Constitucional y entra de lleno, en cambio, en el espacio del Derecho Internacional Público y, antes, de la política.

De la política, porque políticas son las estrategias para alcanzar la secesión y políticas son las razones en las que se sustenta la demanda de secesión, que propone, ni más ni menos, que una radical remoción de las bases sobre las que se asienta esa comunidad política organizada que denominamos Estado moderno: se pone en cuestión el territorio, la ciudadanía, el monopolio del uso de la fuerza; en suma, la soberanía. Cuando se discute sobre la secesión, el debate se lleva "fuera del terreno ordinario del poder constituido [...], hacia el terreno excepcional del poder constituyente, donde se lucha por el poder político y por la identidad política con demandas radicales de legitimidad que las partes se cuestionan recíprocamente"²⁶. La secesión, así las cosas, "tiene un estatuto exquisitamente (aunque no exclusivamente) político"²⁷.

Del Derecho Internacional Público, porque éste tiene mucho que decir cuando se trata de la emergencia de un nuevo sujeto estatal²⁸; porque la declaración

26. G. Nevola, "La politica della secessione", *Rivista Italiana di Scienza Politica*, núm. 1, 1998, pág. 125.

27. *Ibidem*, pág. 122.

28. Véase, por ejemplo, H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. esp., México D.F., 1995 (quinta reimpresión de la segunda edición de 1958), págs. 246 ss. (dentro del Capítulo que lleva por título "Los elementos del Estado", los epígrafes dedicados al territorio y al "tiempo como elemento del Estado").

unilateral de independencia es fundamentalmente un problema de relación entre Estados; porque el derecho de autodeterminación, en el que se puede amparar la pretensión de secesión, se ha reconocido y ejercido en el marco de la ONU²⁹, y porque el Derecho Internacional Público se ha preocupado de regular los efectos de la sucesión de Estados en materia de tratados³⁰. Pero es que, además, una secesión perfectamente aceptable por el Derecho Internacional no tiene porque serlo por el Derecho Constitucional: para aquél, valen la fractura de Checoslovaquia (decidida por el Parlamento federal) y la separación de Eritrea; para éste, la primera se hizo quebrantando el ordenamiento jurídico federal y la segunda, fruto de un acuerdo de paz tras un enfrentamiento bélico, se sitúa completamente extramuros de la propia competencia³¹.

4. Los otros ejemplos

Creo que algunas experiencias recientes pueden servir, en buena medida, para confirmar esta idea de la proximidad de la secesión a la política y al Derecho Internacional y de su (prudente) alejamiento de la Constitución. Los ejemplos en la Europa de los años noventa del pasado siglo nos sitúan muy lejos del Derecho Constitucional y nos aproximan al Derecho Internacional y a la política (internacional, en este caso): el estallido de la Unión Soviética y la emergencia de un gran número de Estados independientes no fue un proceso constitucionalmente controlado, antes bien se produjo en el más estrepitoso desorden constitucional. La declaraciones unilaterales de independencia fueron en todos los casos la respuesta a ocupaciones militares relativamente recientes o a repartos territoriales decididos (o consentidos) por algunas potencias a lo largo del siglo veinte.

27. Una Organización, por cierto, que hace del respeto a la soberanía y a la integridad territorial de sus Estados miembros uno de sus principios fundamentales. El que fuera Secretario General, U Than't, se pronunciaba en 1970 en los siguientes términos: las Naciones Unidas, decía, "nunca han aceptado, no aceptan y no creo que acepten nunca el principio de secesión de una parte de uno de sus Estados miembros" (citado en V.P. Nanda, *"Revisiting Self-Determination as an International Law concept: a major challenge in the post-cold war era"*, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Winter 1997, pág. 3). Sobre este aspecto, véase D. Murswiek, *"The Issue of a Right of Secession. Reconsidered"*, en C. Tomuschat (ed.), *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht/Boston/Londres, 1993, págs. 21-40, en las que se refiere a la práctica de las Naciones Unidas (en particular, págs. 23-24). De gran interés resulta igualmente el trabajo de M. Eisner, *"A Procedural Model for the Resolution of Secessionist Disputes"*, *Harvard International Law Journal*, núm. 2, 1992, págs. 407 ss.

30. *Viena Convention on succession of States in respect of treaties*, firmada el 23 de agosto de 1978.

31. J.D. van der Vyver se refiere a estos casos como ejemplos de aceptación por el Derecho Internacional de la secesión: si está libremente decidida por el pueblo o si es el resultado de un rediseño de las fronteras fruto de acuerdo de paz tras un conflicto armado (*"The Self-Determination of Minorities and Sphere Sovereignty"*, *American Society of International Law Proceedings*, 1996, pág. 90).

Tampoco parece que la secesión de Montenegro, tras un referéndum celebrado en mayo de 2006, pueda ponerse como ejemplo de un proceso ordenado desde el Derecho Constitucional. La unión entre Serbia y Montenegro, formada tras el Acuerdo de Belgrado en febrero de 2003 con los restos de la República Federal de Yugoslavia, preveía la posible convocatoria por las autoridades montenegrinas de un referéndum por la independencia a partir del tercer año de su creación, pero aquel pacto tenía mucho más de acuerdo internacional que de hecho constituyente; en la práctica, y mientras subsistió, ambas repúblicas se comportaron mucho más como Estados soberanos que como partes de una federación. De hecho, aquel Acuerdo transformó la federación hasta entonces existente en una *Unión* cuya Constitución incorporó "referencias inequívocas al carácter estatal y soberano de las dos Repúblicas"³². La tutela internacional sobre todo el proceso resulta más que evidente si tiene presente que fue la propia Unión Europea la que impuso a la República secesionista las condiciones para la aceptación de la validez de la consulta: había de votar al menos el 50% de los inscritos en el censo (lo hicieron casi 90 de cada 100) y más del 55% de los votantes debería de pronunciarse por el sí (porcentaje que se superó por unas décimas)³³.

En ocasiones se ha aludido al Acuerdo de Viernes Santo como fundamento de una posible decisión *constitucional* por la que se convocaría un referéndum en Irlanda del Norte para hacer posible su anexión a la República de Irlanda³⁴. Sin embargo, de nuevo en esta ocasión nos damos de bruces con la política y con el Derecho Internacional. Es cierto que en aquel Acuerdo se proclama que Irlanda del Norte dejará de formar parte del Reino Unido cuando así lo decida "*a majority of the people of Northern Ireland votig in a poll*", a cuyos efectos el Secretario de Estado competente puede convocar un referéndum "*if at any time*

32. S. Mancini, "*Il Montenegro e la 'democrazia' della secessione*", *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 2007, pág. 158.

33. M. Asplund, *The Legitimacy of Secession and the Case of Montenegro* (Bachelor Thesis in Political Science, leida en la *Jönköping University* en enero de 2007) (<http://www.diva-portal.org/hj/abstract.xsql?dbid=667>). Dos datos de aquel referéndum avalan la naturaleza intrínsecamente polémica de toda consulta de este tipo: 1) se impidió el ejercicio del derecho a voto a los montenegrinos residentes en Serbia, mientras que pudieron ejercer ese mismo derecho los montenegrinos de la diáspora residentes en otros ámbitos geográficos; 2) el voto se fracturó claramente por razones territoriales: más del 60% de los votantes en las zonas limítrofes con Serbia y la República Srpska se pronunciaron contra la secesión.

34. En puridad de términos no puede hablarse en este caso de secesión sino, más bien, de incorporación (a la República de Irlanda y previa separación del Reino Unido). Una traducción al castellano de estos Acuerdos, con un breve comentario, en A. Pérez Ayala, "Acuerdo de 'Viernes Santo', alcanzado en Belfast, el 10 de abril de 1998, en las negociaciones multipartitas", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 8, 1999, págs. 217-262.

it appears likely to him that a majority of those voting would express a wish that Northern Ireland should cease to be part of the United Kingdom and form part of a united Ireland", de modo que si esa situación llegara a producirse, si el voto mayoritario fuera favorable a la incorporación, el Secretario de Estado "*shall lay before the Parliament such proposals to give effect to that wish as may be agreed between Her Majesty's Government in the United Kingdom and the Government of Ireland*". Hay, en definitiva, una previsión sobre la posible decisión democrática del pueblo norirlandés y sus efectos, para los que por cierto se reclama el acuerdo (internacional) bilateral entre el Reino Unido e Irlanda. Ahora bien, no puede desconocerse que el *Good Friday Agreement* de 1998 es un acuerdo político, elaborado por los partidos políticos norirlandeses bajo el patronato de los Gobiernos de los dos Estados afectados y que, para vincular a éstos, también en el contenido relativo a la decisión de los ciudadanos norirlandeses, fue necesario un *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Ireland*, en el que puede leerse que los dos Gobiernos "*recognise the legitimacy of whatever choice is freely exercised by a majority of the people of Northern Ireland with regard to its status [...]*". Las reformas legislativas (en el Reino Unido) y constitucionales (en la República de Irlanda) por las que se incorporan algunos contenidos de estos Acuerdos políticos e internacionales son, precisamente, efecto y no causa de los mismos³⁵.

35. También en el ámbito constitucional británico se ha presentado muy recientemente un documento del Gobierno escocés en el que la independencia se plantea como una de las hipótesis de futuro para Escocia. Se trata de *Choosing Scotland's Future. A National Conversation. Independence and responsibility in the modern World* (<http://www.scotland.gov.uk/Publications/2007/08/13103747/0>). Este *paper*, que se describe en la página web del Gobierno escocés como "*an examination of the constitutional options*", analiza, junto con otras posibilidades (el mantenimiento del *statu quo* y el incremento de poder mediante la reforma de la *Scotland Act 1998*), la vía jurídica a la plena soberanía desde lo que se denomina "la actual posición constitucional de Escocia", enmarcada, tal y como allí se recuerda, en la *Union of the Crowns* de 1603, las *Acts of Union* de 1707 y 1801 y "*subsequent constitutional legislation*". Se asume que la independencia (sin poner en cuestión a la Corona: se habla así de unos posibles *United Kingdoms*) obligaría a la reforma de esa normativa constitucional y, por consiguiente, a la intervención del Parlamento de Westminster. Se prevé la consulta popular previa y, a estos efectos, se incorpora un *Draft Bill for a referendum* en el que se reconoce el derecho de sufragio activo a los que lo poseen para participar en las elecciones locales "sin exclusiones" (...ni inclusiones) (se aclara que se evita la "definición de categorías de personas residentes fuera de Escocia para atribuirles el voto en el referéndum"). El *Draft Hill*, se afirma, contempla una Escocia independiente "basada en la entidad territorial y política de Escocia, no en el lugar de nacimiento, ni en la pertenencia a un grupo étnico". Este documento es "el primer paso" en un diálogo nacional en el que se aspira a la máxima participación ciudadana mediante variadas formas, de manera que al final del proceso, en el que el Gobierno comparece defendiendo la opción independentista, se pueda concretar la opción de futuro y los pasos a dar para alcanzarla de entre las tres posibles: la continuidad sin cambios o con cambios mínimos en el actual arreglo constitucional, la ampliación de las competencias de Escocia en áreas identificadas durante el diá-

Finalmente y como último (no) ejemplo me referiré brevemente al art. I-60 ("Retirada voluntaria de la Unión") del abortado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. En el debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica de dicho texto -¿tratado o constitución?- se aludió a aquella disposición precisamente para sostener su condición de Tratado. Se fijaban allí, tras un reconocimiento de la libre decisión de cada Estado para retirarse de la Unión, "de conformidad con sus normas constitucionales", las condiciones que hacían posible dicha retirada. Una retirada, por cierto, que en el silencio actual de los Tratados haría posible, a juicio de algunos estudiosos, y no sin polémica, el art. 54.b) del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, con el consentimiento de todas las partes. El Consejo Constitucional francés, en su decisión de 19 de noviembre de 2004, aludió, entre otras razones, al art. I-60 precisamente para concluir que aquel Tratado "conserva el carácter de un tratado internacional". En igual sentido se ha pronunciado J. V. Louis, para quien el derecho de retirada es "uno de los signos más elocuentes de la naturaleza de organización internacional de la Unión Europea"³⁶; la línea que separa una unión de Estados libres y soberanos de un Estado federal.

Pocas dudas pueden quedar sobre la función de aquel art. I-60 ("retirada") y la condición de la organización en la que despliega sus potenciales efectos (Unión supranacional) -lejos, muy lejos, de la secesión en un Estado federal- cuando en el documento elaborado por la Presidencia de la CIG ("Proyecto de Tratado por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea") en julio de 2007, una vez *enterrado* el Tratado Constitucional, el art. I-60 se convierte en art. 35 del Tratado de la Unión Europea, manteniendo prácticamente idéntico su texto³⁷. La retirada (*nuestra* secesión) que se asume sin dificultades en el Derecho Internacional, se acepta ahora incluso en el Derecho de la Unión Europea resolviendo un problema (¿era o no posible?) que "durante largo tiempo ha apasionado a los juristas"³⁸. Pero ni el uno ni el otro son Derecho Constitucional.

logo nacional, y el inicio del camino que lleve a Escocia a convertirse en un "*fully independent country*". Habrá que esperar y ver qué sucede finalmente en un recorrido que se anuncia largo, pero de confirmarse la alternativa secesionista, y de llevarse a cabo desde los presupuestos jurídicos y políticos que resultan del documento aquí comentado, se trataría, ha de reconocerse, de una independencia constitucionalmente irreprochable.

36. "*Le droit de retrait de l'Union Européenne*", *Cahiers de Droit Européen*, núm. 3-4, 2006, pág. 293. El debate histórico sobre el posible abandono de las Comunidades (ahora Unión), en págs. 294 ss.

37. CIG 1/07, 23 de julio.

38. J. Ziller, *La nuova Costituzione europea*, Bolonia, 2004, pág. 37.

Por decirlo en los términos de dos profesores canadienses que escribieron sobre el particular años antes de que se pronunciara el Tribunal Supremo de su país, la secesión "es mucho más un asunto político que jurídico [...]. El Derecho Constitucional no puede asumir un papel de liderazgo en la resolución del problema [...]. Pero, aunque su papel es limitado, sería erróneo relegar el Derecho Constitucional al reino de la irrelevancia en el proceso de separación"³⁹.

39. N. Finkelstein y G. Vega, *The Separation of Quebec and the Constitution of Canada*, North York, 1992, pág. 1.