

## LA EVOLUCIÓN JURÍDICA HACIA UN ESTADO PROPIO

Hèctor López Bofill\*

### Legitimidad del Estado propio

Por encima de las reglas constitucionales está la democracia y la legitimidad política que la democracia concede. Aunque una norma constitucional (o la interpretación de esta norma constitucional) prohíba la secesión de una parte del territorio de un Estado, si la mayoría de los ciudadanos de este territorio expresan de forma clara la voluntad de crear un nuevo Estado con respeto a los derechos fundamentales y sin violencia, este acto tiene plena legitimidad y satisface los criterios establecidos por las normas de derecho internacional público.

Parece claro que un gesto unilateral de independencia de una Comunidad Autónoma del Estado español, sea por vía referendaria o sea por vía de declaración parlamentaria, es contrario en la Constitución Española de 1978, tal como ha puesto inequívocamente de manifiesto la jurisdicción constitucional con su interpretación del concepto de *nación* y de la referencia a la «indisoluble unidad de la Nación española» del artículo 2 CE. Una redistribución de atributos de soberanía, sea para conceder un poder originario a una parte del territorio del Estado en una unión de tipo federal, sea para la construcción de un Estado propio, exigiría reforma constitucional por la vía agravada de acuerdo con el artículo 168 CE (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 12; STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4). De todos modos, el análisis histórico de los procesos de independencia ocurridos desde finales del siglo XVIII (es decir, desde la aparición del Estado constitucional, al menos a partir de la declaración de independencia de los Estados que después formarían la federación de los Estados Unidos de América) y un estudio comparativo de las independencias recientes señalan que la contradicción entre la secesión y la norma constitucional del Estado matriz no comporta la ilegitimidad de la secesión.<sup>1</sup>

---

\* Hector López Bofill, profesor agregado de derecho constitucional de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

1. Sobre el derecho de secesión desde la perspectiva de la filosofía moral y política, y también desde la perspectiva jurídico-constitucional, véase, entre muchos otros: Buchanan Allen, E.: *Secession. The morality of political divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Westview Press, Boulder/St. Francisco/Oxford, 1991; Horowitz, Donald D.: «¿A Right to Secede?», en *Secession and Self-determination*,

La independencia de Cataluña sería, en esta coyuntura, contraria a la Constitución Española de 1978 pero eso no significaría que fuera ilegítima. Pues hay que separar con precisión el discurso sobre la constitucionalidad del discurso sobre la legitimidad política (y también del discurso sobre la legalidad internacional).<sup>2</sup> Así, una expresión mayoritaria de la voluntad del pueblo de Cataluña a favor de la independencia, sea a través de sus representantes o sea a través de un referéndum, con respecto a los derechos y libertades, a pesar de ser contraria a la Constitución de 1978, podría disfrutar de legitimidad para fundar un nuevo orden constitucional y no violaría el derecho internacional.

En la historia de las creaciones de órdenes constitucionales, en los llamados momentos constituyentes, aunque los procesos sigan las reglas previstas por el orden constitucional del Estado matriz, siempre hay un momento en el cual se toma una decisión situada fuera del orden existente: la decisión fundacional del nuevo Estado constitucional. En la actualidad, la legitimidad de esta decisión depende del respeto a variables democráticas y del respeto a los derechos y garantías de todos los ciudadanos que conforman la nueva comunidad independiente, cosa que ignifica un notorio avance en relación con los momentos constituyentes y rompedores del orden anterior que se encuentran en la base de algunos Estados constitucionales actuales en los cuales la experiencia histórica señala cómo la independencia se encontró asociada a capítulos violentos (me remito al mismo ejemplo de la independencia de los Estados americanos y de su lucha contra la corona británica).

Para ser más sutiles, habría que añadir que una declaración de independencia de Cataluña derivada de un procedimiento democrático no violaría la Constitución Española de 1978 porque los autores de la declaración de independencia catalana, al actuar como poder constituyente, no se encuentran atados por el marco constitucional español. No se trata de una falacia, o al menos lo es en la misma medida que este argumento fue reconocido por la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre la declaración de independencia de Kosovo, al estimar que los autores de la declaración de independencia

---

Stephen Macedo y Allen E. Buchanan (editores), New York University Press, Nueva York, 2003, p. 50-76; Mancini, Susanna: «Rethinking the boundaries of democratic secession: Liberalism, nationalism, and the right of minorities to self-determination», en *International Journal of Constitutional Law*, 6, n.º 3-4 (julio-octubre 2008), p. 553-584; Norman, Wayne: *Negotiating Nationalism: Nation-building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, Oxford University Press, Oxford, 2006; Meadwell, Hudson: «Secession, States and International Society», en *Review of International Studies*, 25, n.º 3, (julio 1999), p. 371-87; Patten, Allen: «Democratic secession from a multinational State», en *Ethics*, 112, n.º 3 (abril 2002), p. 558-586; Sunstein, Cass R.: «Constitutionalism and Secession», en *University of Chicago Law Review*, 58, n.º 2 (abril 1991), p. 633-670.

2. López Bofill, Hèctor: *La independència i la realitat*, Editorial Moll, Mallorca, 2004, p. 19-20.

no podían violar el tejido de reglas constitucionales erigidas a partir de la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, porque actuaban fuera de estas normas constitucionales.<sup>3</sup>

## 1. Procesos de construcción de nuevos Estados

En las últimas dos décadas, principalmente como consecuencia de la aparición de una multitud de nuevos estados en la Europa del este, hemos asistido a un proceso de juridificación sobre la construcción de nuevas comunidades independientes. Aunque este conjunto normativo ha ido tejiéndose para dar respuesta a situaciones de hecho derivadas del colapso de federaciones que no sobrevivieron al paso de un sistema socialista a un sistema liberal-democrático (Unión Soviética, Yugoslavia, Checoslovaquia) y que en algunos de estos procesos la nueva realidad estatal emergió en el contexto de un grave conflicto armado (Croacia, Bosnia, Kosovo), la estructura jurídica de derecho internacional público resultante de este ciclo ha concretado, a pesar de todo, un conjunto de condiciones por las cuales una comunidad puede acceder a la condición de Estado a través de un procedimiento revestido de legitimidad democrática.

El cuerpo de derecho internacional público, pues, permite la superación de la vía de hecho, de la anomia, del *principio de efectividad* clásico de derecho internacional<sup>4</sup> (es decir, de asociar la legitimidad a la capacidad de imposición de la orden del nuevo Estado reflejada a través del reconocimiento de los otros Estados), para arbitrar un sistema de *construcción democrática de la secesión*<sup>5</sup>. De aquí que, aunque las realidades de los procesos convulsos de los nuevos Estados en la Europa del este sean muy diferentes a la de las democracias adelantadas de la Europa occidental (el marco en el cual se encuentra Cataluña), el desarrollo normativo experimentado al calor de algunas de estas independencias tienen una incidencia directa como precedentes jurídicos con influencia sobre la Comunidad Internacional en el supuesto de que la población de un territorio de la Europa occidental actualmente incluida en otro Estado tuviera la pretensión de ejercer un gesto de soberanía.

No obstante lo que acabamos de decir, el precedente de derecho comparado sobre la construcción democrática de nuevos Estados (e inspirador de las expe-

---

3. Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva sobre la adecuación al derecho internacional de la declaración de independencia de Kosovo de 22 de julio de 2010, párrafo 121.

4. Kelsen, Hans: *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1995, p. 262.

5. López Bofill, Hèctor: *Nous estats i principis democràtics*, CETC/Angle Editorial, Barcelona, 2009, p. 54-69.

riencias más recientes recogidas en derecho internacional público) procede de un ámbito de condiciones jurídicas y políticas propias de una democracia adelantada: el intento de secesión de Quebec de la federación del Canadá<sup>6</sup> en el referéndum de 30 de octubre de 1995 y las reglas derivadas de la opinión consultiva de la Corte Suprema de Canadá de 20 de agosto de 1998, con el trasfondo del mencionado referéndum de tres años antes, en el cual la opción favorable a la independencia fue derrotada por 52.448 votos. Como es suficientemente conocido, dentro del contexto de una organización territorial basada en el principio federal (por otra parte bastante diferente al Estado autonómico español con elementos de poder unitario y centralizado, como se ha puesto de manifiesto en la ya citada STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña), la Corte Suprema de Canadá entendió que si una mayoría clara de los ciudadanos de Quebec optaban por la secesión, de acuerdo con el principio democrático (no según el derecho a la autodeterminación de los pueblos reconocido en derecho internacional –pero éste es un tema ahora secundario–), el Gobierno federal y las otras provincias tenían la obligación de negociar la separación.<sup>7</sup>

La experiencia canadiense aportó una perspectiva decisiva para incorporar la cuestión de la estatalidad al debate democrático y superar el vínculo entre creación de nuevos estados y avatares históricos sin base democrática tales como conquistas, guerras, anexiones o situaciones de fuerza, después legitimadas a través de la invocación al poder constituyente y la aprobación de una constitución.<sup>8</sup> Tanto es así, que la legitimidad de la creación de un nuevo Estado, si esta opción se encuentra apoyada por una mayoría clara de la ciudadanía del territorio que se plantea la secesión (en el caso de Quebec, a través de un referéndum), se ha convertido en uno de los principales referentes para movimientos independentistas en la Europa occidental (en este sentido habría que destacar la influencia quebequesa en los planteamientos secesionistas en Escocia<sup>9</sup>), y también lo ha sido para la construcción del aludido régimen jurídico sobre la sece-

---

6. Así Anderson, Lawrence: «Federalism and secessionism: institutional influences on nationalist politics in Québec», en *Nationalism and Ethnic Politics*, 13, n.º 2 (abril 2007), p. 187-211.

7. Chacón, Carmen y Ruiz Robledo, Agustín: *El dictamen sobre la secesión de Quebec: un comentario*, Fundación Carles Pi i Sunyer, *Punt de Vista* número 5, Barcelona, 1999; Pérez Tremps, Pablo: *El marco (a)constitucional del debate sobre la secesión de Quebec*, Fundación Carles Pi i Sunyer, *Punt de Vista* número 21, Barcelona, 2004.

8. Kymlicka, Will: «Territorial Boundaries. A liberal egalitarian perspective», en *Boundaries and Justice. Diverse Ethical Perspectives*, David Miller y Sohail H. Hashmi (editores), Princeton University Press, Princeton, 2001, p. 249-275.

9. Lynch, Peter: «Scottish independence, the Quebec model of secession and the political future of the Scottish National Party», en *Nationalism and Ethnic Politics*, 11, n.º. 4, (enero 2005), p. 503-531.

sión en derecho internacional aplicado a las últimas experiencias de construcción de Estados en la Europa oriental (así ocurrió, primero, en el caso de Montenegro, en relación con el cual el dictamen sobre las condiciones de celebración de un referéndum de independencia emitido por la Comisión de Venecia, un órgano consultivo del Consejo de Europa, mencionaba expresamente las consideraciones de la Corte Suprema canadiense, y, después, en el caso de Kosovo, con las correspondientes referencias a la opinión consultiva de 20 de agosto de 1998 por la ya citada opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010).

## 2. Clarificación de las reglas de derecho internacional

Precisamente, la determinación del conjunto de reglas integradas en el derecho internacional que dan cobertura a la construcción democrática de nuevos Estados recibe un impulso decisivo en las experiencias de Montenegro y Kosovo mencionadas. Reglas perfiladas y aceptadas por organizaciones internacionales continentales (la Unión Europea, el Consejo de Europa) o globales (Naciones Unidas), que, en términos de legitimidad, ponen muy difícil a los Estados existentes oponerse a secesiones de nuevos Estados desarrolladas bajo principios democráticos y respetuosos con los derechos fundamentales (ni que, como veremos, los Estados matriz afectados invoquen el principio de constitucionalidad o el principio de integridad territorial).

Como decimos, el caso de Montenegro ofrece un precedente claro de bajo qué condiciones la Unión Europea y el Consejo de Europa aceptan, de acuerdo con el principio democrático, una secesión en territorio europeo.<sup>10</sup> En aquel supuesto, las instituciones internacionales aceptaron que Montenegro podía convertirse en un Estado con plena soberanía y sujeto de derecho internacional a través de un referéndum en el cual al menos el 55 % de los votos válidamente emitidos dieran apoyo a la independencia, en un referéndum en el cual participara como mínimo el 50 % del censo electoral. Estas, como hemos remarcado, fueron las reglas perfiladas por la Comisión de Venecia, que emitió un dictamen a petición de la Asamblea del Consejo de Europa y que fueron asumidas por el Consejo de Ministros de la Unión Europea y por el Alto Representante de la Política Exterior y de Seguridad Comunes de la UE. Las normas mencionadas

---

10. López Bofill, Hèctor: *Nous estats i principi democràtic*, CETC/Angle editorial, Barcelona, 2009, p. 63-65.

(sobre todo con respecto a la mayoría del 55 % de los votos emitidos favorables a la opción de la secesión) se acabaron de negociar con los actores políticos montenegrinos y se plasmaron en la ley montenegrina sobre el referéndum del Estado de 1 de marzo de 2006, ley en función de la cual se organizó el referéndum de 21 de mayo de 2006, que comportó la independencia de Montenegro y la ruptura de la Unión con Serbia, después de que el sí obtuviera el 55,5 % de los votos válidamente emitidos. Cabe decir que, en la experiencia montenegrina, el referéndum de independencia se llevó a cabo con cobertura constitucional, ya que, en efecto, la Constitución de la Unión de Serbia y Montenegro de 2003 era uno de los pocos textos constitucionales que reconocía el derecho de secesión de alguna de las dos repúblicas que conformaban la Unión. Así, el artículo 60 de la mencionada Constitución de la Unión de Serbia y Montenegro de 2003 establecía que cualquiera de las dos repúblicas podía retirarse de la Unión mediante la convocatoria de un referéndum que tenía que ajustarse a los «estándares democráticos reconocidos».

El parámetro de la constitucionalidad del referéndum de secesión, sin embargo, cambia en el caso de Kosovo, en el cual se manifiesta la adecuación al derecho internacional de la creación de un nuevo Estado por la vía democrática, incluso cuando la Constitución del Estado del cual se separa prohíba expresamente la secesión (como sucedía con la Constitución serbia, que garantizaba expresamente la integridad territorial y prohibía la secesión de Kosovo<sup>11</sup>). En consecuencia, el reconocimiento de la independencia de este Estado (ocurrida a través de declaración parlamentaria el 17 de febrero de 2008) por parte de determinadas potencias occidentales (y de gran parte de Estados de la UE), así como la declaración de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010, certifican que en el conflicto entre principio de constitucionalidad y democracia, prevalece la democracia.

Estas coordenadas, como hemos señalado al principio, serían perfectamente aplicables a Cataluña, de modo que, a pesar de la inconstitucionalidad de una eventual declaración de independencia (sea por vía parlamentaria o referendaria), y siempre que exprese una voluntad mayoritaria clara de la ciudadanía de Cataluña o de sus representantes, se contaría con los elementos determinantes para considerar legítima la secesión y ajustada a la legalidad internacional. Es cierto que, en el caso de Kosovo, el marco constitucional considerado por la Corte Internacional de Justicia no era la Constitución de Serbia sino la Resolu-

---

11. Tanto en relación con la Constitución de la República de Serbia de 1990 como con la Constitución de la República de Serbia de 2006 (véase el preámbulo de esta última norma).

ción del Consejo de Seguridad 1244 (1999) y las normas que se derivan de ella, en las cuales se establecía un régimen interino de autogobierno, y de aquí que se entendiera que la posibilidad de la independencia no se encontraba expresamente prohibida como estatus final del territorio según esta Resolución. Pero la conclusión final no evita que, en la práctica, se haya reconocido, ni aunque sea en un caso particular, una secesión de un territorio sobre el cual, en algún momento, hubiera regido una prohibición expresa de secesión por parte de la constitución del Estado matriz.

Hay que profundizar en la reiterada Resolución de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo porque resuelve, aunque sea indirectamente, algunas cuestiones primordiales sobre la legalidad de los procesos de formación de nuevos Estados. Así, a pesar de la conclusión final, la Corte evita pronunciarse sobre si existe un derecho general de secesión amparado en derecho internacional, y entiende que este análisis relativo a la aplicación concreta del derecho a la autodeterminación de los pueblos y la secesión es irrelevante para responder a la pregunta concreta de si la declaración unilateral de independencia de Kosovo hecha por los representantes del pueblo kosovar es contraria a derecho internacional. No obstante, y teniendo presente que la CIJ confirma que la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no es contraria a derecho internacional, la Corte presenta algunas afirmaciones de las cuales parece deducirse que, con carácter general, una declaración de independencia expresada en términos democráticos prevalece por encima de las reglas constitucionales. En primer lugar, la Corte reconoce que, en principio, las declaraciones de independencia no han sido reconocidas como contrarias a derecho internacional (párrafo 79) y, en aquellos casos en los cuales específicas declaraciones de independencia habían sido condenadas por el Consejo de Seguridad (Rodesia del Sur, Norte de Chipre o República Srpska), la contradicción con el orden internacional se había producido como consecuencia del uso de la fuerza y la violencia que acompañaba a estas declaraciones (párrafo 81). Así pues, el derecho internacional no contiene prohibiciones generales contrarias a las declaraciones de independencia (párrafo 84), y parece que estas se ajustan a derecho siempre que se produzcan de forma pacífica y democrática.

Como ya hemos puesto de manifiesto, con respecto al caso concreto de Kosovo, la Corte Internacional de Justicia entiende que la declaración de independencia no estaba excluida del marco constitucional que, según la Corte, venía compuesto en esencia por la Resolución del Consejo de Seguridad 1244 (1999) y las normas que de ella se derivan, en las cuales se establecía un régimen interino de autogobierno a través de elecciones libres sin concretar cuál tenía que ser

el estatus final del territorio (y de donde se podía deducir que la independencia podía ser este estatus final si así lo expresaba de forma mayoritaria el pueblo de Kosovo una vez fracasadas las negociaciones con Serbia, como constató el informe del enviado especial a Kosovo por el secretario general de las Naciones Unidas). Sin embargo, además, la Corte Internacional de Justicia admite que los autores de la declaración de independencia (amplia mayoría de miembros del Parlamento y el presidente kosovar) no pueden violar el marco constitucional porque, al declarar la independencia, no se encuentran ligados por estas reglas y ya no actúan como órganos de las instituciones provisionales de autogobierno sino como poder constituyente con la capacidad que les confiere su condición de representantes del pueblo de Kosovo.

### 3. La mayoría democrática

Constatado que la voluntad democrática de una comunidad para acceder al Estado propio, en un contexto pacífico, prevalece por encima de las reglas constitucionales del Estado matriz que prohíben —o no prevén— la secesión, la discusión se centraría en la mayoría exigida para fundar el nuevo orden constitucional. Aunque, en estricta teoría democrática, cualquier decisión que se tome por una mayoría reforzada encuentra una difícil justificación porque significa privilegiar el *statu quo* (y, al fin y al cabo, permitir que los votos contrarios al cambio tengan más peso que los favorables a la nueva situación), en la cuestión de la secesión parece aceptado por el cuerpo normativo que hemos ido perfilando que la mayoría necesaria para la creación de un nuevo Estado tiene que ser, a causa de la trascendencia que significa crear una nueva entidad con plena soberanía y de la necesidad de fomentar la estabilidad del nuevo orden, superior a la mayoría simple.

Si la decisión es de carácter referendario, el precedente de Montenegro marca de manera precisa qué se entiende por la «mayoría clara» a la cual de forma vaga aludía la Opinión Consultiva de la Corte Federal canadiense de 1998 sobre el caso de Quebec. Como hemos dicho, la celebración de un referéndum en que participe como mínimo el 50 % del censo y en que se obtenga un resultado favorable a la independencia igual o superior al del 55 % de los votos válidamente emitidos confiere plena legitimidad a la creación del nuevo estado (repetimos que estas mayorías han sido aceptadas por la Unión Europea y por el Consejo de Europa). En la práctica, como demuestra la experiencia de Kosovo, si la mayoría favorable a la independencia es muy amplia en sede parlamentaria,

la constitución del Estado propio se produce por declaración unilateral de los representantes de la ciudadanía democráticamente elegidos, sin que, al menos en una primera fase, se promueva el referéndum con exigencia de mayoría reforzada. En consecuencia, la mayoría reforzada a favor del Estado propio que requieren los *estándares internacionales* es, como mínimo, superior a la mayoría absoluta de los representantes de la ciudadanía en una Cámara legislativa en caso de declaración parlamentaria (y probablemente la Comunidad Internacional se encontraría en condiciones de exigir una mayoría superior: 2/3 de la Cámara, por ejemplo) y pediría una mayoría del 55 % de los votos válidamente emitidos con una participación de al menos el 50 % del censo en caso de referéndum.

#### 4. Conclusiones

En definitiva, las experiencias históricas, políticas y jurídicas de los procesos de secesión de las últimas décadas permiten afirmar que una comunidad puede acceder a la condición de Estado a través de una decisión expresada de forma democrática, con respecto a los derechos fundamentales y en un contexto de ausencia de violencia. La expresión de la voluntad mayoritaria de la comunidad (sea a través de referéndum o sea a través de declaración unilateral de los representantes de la ciudadanía) prevalece por encima de las normas constitucionales del Estado matriz. La decisión fundacional democrática significa situarse fuera del orden constitucional existente para crear un nuevo orden constitucional con plena legitimidad política y ajustado a la legalidad internacional si se dan las condiciones mencionadas. Una decisión mayoritaria del pueblo de Cataluña expresada en referéndum o a través de la representación de la ciudadanía en el Parlamento de Cataluña en un proceso que satisficiera los consignados estándares internacionales permitiría constituir un Estado propio al margen de las prohibiciones derivadas de la Constitución Española de 1978 y de sus interpretaciones.