

EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DEL PUEBLO DE CATALUÑA¹

THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION OF THE PEOPLE OF CATALONIA

*Juan Manuel Indacochea **

RESUMEN: Los recientes acontecimientos en Cataluña llaman especialmente la atención en virtud de diferencias notorias respecto a otros procesos independentistas, en particular, en relación con la legalidad de llevar a cabo un referéndum de secesión. Por un lado, hay quienes destacan las diferencias con el proceso secesionista del pueblo kosovar, mientras que los independentistas catalanes claman la aplicabilidad de la Opinión Consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo al proceso catalán. Por otro lado, los unionistas afirman que Cataluña no tendría derecho a la autodeterminación externa toda vez que el gobierno central español respetaría su derecho a la autodeterminación interna, alegando lecciones aprendidas del “Avis” de la Corte Suprema de Canadá relativo a la secesión de Quebec. El presente artículo examina la problemática en torno al derecho a la libre determinación del pueblo de Cataluña, en aras de clarificar el panorama con relación al derecho internacional aplicable al proceso secesionista catalán.

PALABRAS CLAVE: Cataluña, libre determinación, independencia, secesión, autonomía.

ABSTRACT: The recent events in Catalonia are particularly striking because of marked differences with respect to other independence processes, in particular, in relation to the legality of carrying out a secession referendum. On the one hand, there are those who highlight the differences with the secessionist process of the Kosovar people, while the Catalan separatists claim the applicability to the Catalan process of the Advisory Opinion issued by the International Court of Justice on Kosovo. On the other hand, the unionists affirm that Catalonia would not have the right to external self-determination since the Spanish central government respects its right to internal self-determination, citing lessons learned from the "Avis" of the Supreme Court of Canada regarding the secession of Quebec. This article examines the problems surrounding the right to self-determination of the people of Catalonia, in order to clarify the situation in relation to international law applicable to the Catalan secessionist process.

KEYWORDS: Catalonia, self-determination, independence, secession, autonomy

“[...] la conservación de países existentes debe guiar nuestro pensamiento menos que el bienestar de las personas que viven en ellos”.

- Joshua Keating²

¹ Artículo recibido el 8 de noviembre de 2017 y aprobado para su publicación el 21 de diciembre de 2017.

* El autor es abogado titulado de la PUCP, ex consultor del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, miembro de la Asociación de Profesionales Europeos de Patentes (APEB), cuenta además con estudios en Sciences Po Lyon y Maestrías en Derecho Internacional en París X - Nanterre y en Propiedad Intelectual en Estrasburgo (CEIPI), publicaciones en varios idiomas y conferencias realizadas en diversos países, así como un primer capítulo para el “Manual de Derecho en los Negocios de Thomson Reuters”.

“The ICJ ruling leaves Spain in an interesting position with respect to Catalonia and the Basque Country. The ICJ carefully limited its legal analysis to deal solely with UDIs, not whether a State can be declared legally indivisible. However, Spain’s sovereignty may be threatened if the major powers were to recognize the opinion as accepted legal principle to be applied to all nations”.

- Hanna Jamar y Mary Katherine Vigness³

Con aproximadamente 7,45 millones de habitantes, la Comunidad Autónoma de Cataluña es la segunda más poblada de España, y con una economía de €215.6 billones de euros –mayor a muchos países de la zona euro–, representa la quinta parte del PIB español⁴. Cataluña tiene más habitantes que algunos países miembros de la Unión Europea, como Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Luxemburgo, Eslovaquia, Eslovenia o Croacia. Si bien técnicamente es parte de España, Cataluña ha conservado su propia cultura e idioma durante varios siglos⁵. Incluso, sus instituciones de autogobierno tienen raíces diferentes a las del resto de la península ibérica⁶. Como resultado, muchos catalanes no se consideran españoles, lo cual puede resultar controversial en otras partes de España, pero es ampliamente considerado como un sentimiento legítimo dentro de Cataluña⁷.

Naturalmente, el fuerte sentido de la identidad nacional catalana se ha visto reflejado en una necesidad de mayor autonomía por parte del pueblo de Cataluña. Inicialmente, este

² KEATING, Joshua, “Aprender a vivir con un mapa mundial cambiante”, en *The New York Times*, 30 de septiembre de 2017, disponible en web: <https://www.nytimes.com/es/2017/09/30/aprender-a-vivir-con-un-mapa-mundial-cambiante/>.

³ JAMAR, Hanna y Mary Katherine VIGNESS, “Applying Kosovo: Looking to Russia, China, Spain and Beyond After the International Court of Justice Opinion on Unilateral Declarations of Independence”, en *German Law Journal*, Vol. 11, N° 07/08, 2010, p. 920. Disponible en web: https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b7e0814c2f8550cdaf7f39/1454891137669/GLJ_Vol_11_No_08_Jamar.pdf.

⁴ The Guardian, “How important is Catalonia to Spain?”, 2 de octubre de 2017, disponible en web: <https://www.theguardian.com/world/2017/oct/02/catalonia-important-spain-economy-greater-role-size>.

⁵ BBC, “Catalonia region profile”, 21 de diciembre de 2017, disponible en web: <http://www.bbc.com/news/world-europe-20345071>.

⁶ Al respecto, cabe recordar que: “*El feudalismo catalán, surgido dentro del imperio carolingio, tuvo muy poco que ver con el del resto de la Península. Fue mucho más robusto y “europeo”, y creó unas instituciones que, en lo esencial, perduraron hasta principios del siglo XVIII. Hasta el 11 de septiembre de 1714, para ser más precisos. Cuando Ortega achaca la anomalía histórica de España a la anomalía de su feudalismo y a la baja calidad de los godos que la invadieron, se olvida del caso catalán. Las instituciones medievales franco-catalanas fueron solidísimas, hasta el punto de poder asimilar la mentalidad menestral sin cambiar sustanciándose, porque la menestralía encajaba bien en el corporativismo de la época*”. El País, “Lo que no se quiere oír sobre Cataluña”, 18 de enero de 2014, disponible en web: https://politica.elpais.com/politica/2014/01/18/actualidad/1390059028_662750.html.

⁷ DESQUENS, Josep, “Europe’s Stateless Nations in the Era of Globalization: The Case for Catalonia’s Secession from Spain”, 6 *Bologna Center Journal of International Affairs* 85, 2003.

sentimiento se manifestó mediante la demanda de una mayor autonomía fiscal. Al respecto, cabe comentar que la equiparación de Cataluña con el País Vasco en términos de acordar un “pacto fiscal” o un “concierto económico”, *“exigiría unos recursos adicionales de más de 16.000 millones de euros que habría que detracer [del aporte de solidaridad] del resto de las comunidades del régimen común”*. Ello supondría nada menos que reducir en más de un 12% los fondos autonómicos destinados a la financiación total de las regiones⁸. Sin embargo, al no haber sido atendida tal reclamo, los partidos políticos locales optaron por iniciar e ir intensificando gradualmente un controvertido proceso independentista.

La resistencia a otorgar mayor autonomía a Cataluña, por parte de España, bajo el argumento de la legalidad e inconstitucionalidad resulta comprensible si se tiene en cuenta que también enfrenta fuertes movimientos separatistas en otras regiones⁹. Por otra parte, si bien Cataluña es una de las regiones más ricas de España, como comunidad autónoma sin “pacto fiscal” o “concierto económico” no puede gestionar sus propios impuestos y sus ingresos fiscales son absorbidos por el gobierno nacional, mientras que solo una parte de lo recaudado es posteriormente devuelto a la comunidad catalana¹⁰.

Los recientes acontecimientos en Cataluña llaman especialmente la atención en virtud de diferencias notorias respecto a otros procesos independentistas, en particular, en relación con la legalidad de llevar a cabo un referéndum de secesión. Por un lado, hay quienes destacan las diferencias con el proceso secesionista del pueblo kosovar, mientras que los independentistas catalanes claman la aplicabilidad de la Opinión Consultiva (OC) emitida por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre Kosovo¹¹ al proceso catalán. Por otro lado, los unionistas afirman que Cataluña no tendría derecho a la autodeterminación externa toda vez que el gobierno central español supuestamente respetaría su derecho a la autodeterminación interna, alegando lecciones aprendidas del “Avis” de la Corte Suprema de Canadá sobre la secesión de Quebec¹².

⁸ DE LA FUENTE, Angel, “Sobre el Pacto Fiscal y el sistema de Concierto”, Instituto de Análisis Económico (CSIC), mayo de 2012, disponible en web: <http://pareto.uab.es/wp/2012/90212.pdf>. El Confidencial, “Los privilegios del Concierto vasco a Cataluña costarían 16.000 millones al resto de CCAA”, 17 de septiembre de 2012, disponible en web: https://www.elconfidencial.com/economia/2012-09-17/los-privilegios-del-concierto-vasco-a-cataluna-costarian-16-000-millones-al-resto-de-ccaa_245305/; Expansión, “Conceder un 'cupo catalán' costaría 16.000 millones más al año”, 29 de septiembre de 2017, disponible en web: [Http://www.expansion.com/economia/2017/09/29/59cd50b8ca47412c6d8b45c1.html](http://www.expansion.com/economia/2017/09/29/59cd50b8ca47412c6d8b45c1.html).

⁹ SILIQUINI-CINELLI, L. y B. SCHÜTTE, “Conceptualizing the Schmittian 'exception' in the European Union: From the 'opt-out' procedure(s) to indirect forms of secessionism”, en *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, 2015, 15(2), pp. 1-31.

¹⁰ BORGES, C., “From Kosovo to Catalonia: Separatism and integration in Europe”, en *Goettingen Journal of International Law* 2(3), 2010, pp. 997-1033; CONNOLLY, C. K., “Independence in Europe: Secession, sovereignty, and the European Union”, en *Duke Journal of Comparative and International Law*, 24(1), 2013, pp. 51-206.

¹¹ CIJ, “Opinión Consultiva sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo”, 22 de julio de 2010, disponible en web: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf>.

¹² Supreme Court of Canada, *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, párrafo 155, “Reference by the Governor in Council concerning Certain Questions relating to the Secession of Quebec from Canada”, disponible en web: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1998/1998canlii793/1998canlii793.html>.

Cierto sector de Cataluña advierte que, en lo referente a las cuestiones de autogobierno, el pacto político que permitió la aprobación de la Constitución Española en 1978, con la participación activa del “catalanismo” político, duró poco más de dos años. El modelo territorial que surgió de ese proceso constituyente fue redirigido después con el fallido golpe de Estado de 1981 en España. Desde entonces ha sido moldeado por el “*establishment*” español y las instituciones estatales. El descontento de Cataluña con esta situación llevó finalmente a la elaboración de un nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) en 2006. Este fue aprobado en el Parlamento catalán y luego también en el Parlamento español, después de algunos cambios y recortes a sus poderes. Posteriormente, fue aprobado por referéndum en Cataluña. Sin embargo, el Tribunal Constitucional (TC) español recortó muchos de sus artículos en 2010, lo que básicamente redujo el alcance del Estatuto, acortando así esta precaria reconstitución del pacto constitucional. En realidad, el fallo de 2010 dejó a Cataluña con menos autonomía real y efectiva (i.e., con menos garantías de autogobierno), que antes de que se hubiera reformado el Estatuto¹³.

Sin embargo, ¿se han aprendido correctamente tales lecciones? ¿Qué supone el debido respeto al derecho a la autodeterminación interna? En un Estado democrático, ¿es plausible imponer la ley o el parecer de una mayoría en desmedro de otra? ¿Por qué los independentistas catalanes fundan sus pretensiones secesionistas en la OC sobre Kosovo? ¿Son realmente tan diferentes los casos de Kosovo y Cataluña? ¿Y de ésta respecto de Quebec?

El presente estudio abordará tales cuestiones, examinando a profundidad los casos comentados, abordándolos de una manera neutra pero también lo suficientemente crítica como para poder rescatar lecciones que se puedan estar dejando de lado, en aras de clarificar el panorama con relación al derecho internacional aplicable al proceso secesionista catalán.

Teniendo en cuenta esta premisa, es necesario tratar separadamente el caso kosovar del quebequés. Al respecto, cabe precisar que, en la OC sobre Kosovo, tanto los Estados participantes –en los procedimientos– como la CIJ hacen referencia al pronunciamiento de la Corte Suprema de Canadá¹⁴. Adicionalmente, a efectos de un mejor entendimiento del contexto particular del independentismo catalán, resulta de trascendental importancia presentar ante todo los antecedentes más importantes del proceso secesionista catalán.

En consecuencia, el presente artículo expondrá primeramente (I) los principales acontecimientos en el proceso secesionista catalán, para posteriormente centrarse en (II) la Opinión Consultiva sobre Kosovo, y, finalmente, abordar (III) el “Avis” relativo a la secesión de Quebec.

I. Los principales acontecimientos en el proceso secesionista catalán

¹³ COSTA, Josep, “Does Catalonia have the Right of Self-Determination?”, en DIPLOCAT, Catalonia Background Information [Series E / 2017 / 2.1 / EN], 20 de abril de 2017, pp. 4-5, https://www.elconfidencialdigital.com/LINK_ECDFIL20170927_0002.pdf.

¹⁴ CIJ, “Opinión Consultiva sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo”, *Op. Cit.*, párrafos 55-56.

Artur Mas, ex presidente de la Generalidad de Cataluña¹⁵, sitúa el origen del conflicto catalán en las modificaciones que llevó a cabo –en 2010– el TC de España del EAC de 2006. Mas afirma que el proceso independentista –“proceso no violento, estrictamente democrático, que ha buscado el acuerdo”, según destaca– se habría originado a raíz de la desnaturalización, por parte del TC, del Estatuto de 2006 que incluso había sido refrendado por los catalanes. En su intervención con ocasión del foro “Diálogos sobre Cataluña”, organizado por el Club Siglo XXI en Madrid, Mas manifestó públicamente su parecer:¹⁶

“En julio de 2010 el TC, con gente recusada y vacantes que no se cubrían, anuló el pacto entre dos parlamentos, el catalán y el español, y refrendado directamente por los catalanes en un referéndum legal. En el momento en que aquel TC anula el pacto de esta forma, en el fondo lo que hace es expulsar del marco constitucional a mucha gente que habíamos trabajado dentro de ese marco”.

En el mismo sentido, el constitucionalista Antonio Bar Cedón manifiesta:

“La sentencia 31/2010 resultó ser altamente insatisfactoria, tanto para quienes pretendían una revisión más profunda del Estatuto, por ver en el mismo una reforma implícita de la Constitución, como para quienes sostenían que el TC debería haberse autolimitado más —o, incluso, haberse abstenido— en su actuación por cuanto el Estatuto había sido sometido ya a referéndum de los ciudadanos de Cataluña”¹⁷.

En consecuencia, es preciso admitir que el punto de inflexión fue precisamente la desnaturalización o recorte del Estatuto propuesto en 2006 por parte del TC español. Si bien el TC, mediante la Sentencia 31/2010¹⁸, finalmente declaró la constitucionalidad de la mayor parte del texto, dispuso la “ineficacia jurídica interpretativa” del Preámbulo (donde se incluían los términos “derechos históricos”, “nación” y “ciudadanía”, en referencia a la Comunidad Autónoma de Cataluña) declaró inconstitucionales 14 artículos y sujetos a la interpretación del TC otros 27.

Además, es preciso recordar que el texto de la propuesta de reforma del EAC, aprobada por el Parlamento de Cataluña en 2005, había sufrido modificaciones importantes –en 2006– por parte de las Cortes Generales (i.e., Parlamento español), lo cual fue visto como una grave

¹⁵ La Generalidad de Cataluña o “*Generalitat de Catalunya*” tendría origen en la Diputación (*Deputació*, en el lenguaje de los siglos XIV-XVII) del General, representación del General o Generalitat de Cataluña con carácter permanente y ordinario. La Diputación del General tenía por finalidad implementar determinadas decisiones –fundamentalmente de carácter fiscal– que exigían un mayor lapso de tiempo que aquel de las reuniones parlamentarias donde se acordaban. Generalitat de Catalunya, “Historia de la Generalitat: La Diputación del General, (siglos XIV-XVII)”, disponible en web: http://web.gencat.cat/es/generalitat/historia/historia_1/.

¹⁶ ABC, “Artur Mas se desmarca de Puigdemont: «Yo soy el principal responsable del proceso hasta enero de 2016»”, 14 de noviembre de 2017, disponible en web: http://www.abc.es/espana/abci-mas-nunca-pedirajoy-solo-euro-201711142107_noticia.html.

¹⁷ BAR CEDÓN, Antonio, “El proceso independentista de Cataluña y la doctrina jurisprudencial: Una visión sistemática”, Teoría y Realidad Constitucional, N° 37, UNED, 2016, pp. 187-220, especialmente pp. 188-189, disponible en web: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5497187.pdf>.

¹⁸ TC de España, Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010. Recurso de inconstitucionalidad 8045-2006. Disponible en web: <https://boe.es/boe/dias/2010/07/16/pdfs/BOE-A-2010-11409.pdf>.

ofensa a la honorabilidad del Parlamento catalán, que había discutido el texto durante meses antes de llegar a un acuerdo¹⁹. Asimismo, con posterioridad de una nueva aprobación –del texto modificado– por parte del Parlamento de Cataluña, el nuevo estatuto fue sometido a referéndum, siendo respaldado por el 73.9% de los votantes catalanes que participaron en la consulta²⁰.

La propuesta de reforma del EAC –modificada por el Parlamento español y sometida a referéndum– reconocía Cataluña como nación, evitando la interferencia del gobierno central en los poderes delegados y otorgando el control a la Generalidad de Cataluña sobre un acuerdo financiero transparente y racional²¹. Sin embargo, el TC español recortó el texto aprobado, desnaturalizando el Estatuto refrendado por la mayoría de los catalanes y deslegitimando así la voluntad popular.

Respecto al reconocimiento de Cataluña como nación, mediante la inclusión del sustantivo “nación” –en referencia a Cataluña–, el TC español manifestó que: “[...] *lo que en la perspectiva interna del territorio se califica como nación se subsume bajo el concepto constitucional de nacionalidad para hacer con ello patente que la concepción de Cataluña como nación no pretende menoscabar el significado de la proclamación de la española como única Nación constitucional (política). En suma, observado desde la perspectiva de la Constitución, Cataluña no sería nación en el sentido en que lo es España, sino nacionalidad con derecho a la autonomía*”²².

Con ello, se intentó encontrar una interpretación armoniosa, tomando en cuenta que –el Artículo 2 de– la propia Constitución Española introdujo en 1978 la idea de que en España existen diversas “nacionalidades”²³. Por consiguiente, como explica el constitucionalista Mundo Miguel Ángel Presno: “[...] *cuando se habla de nacionalidades históricas, el sentido que tiene no es el de unos territorios que tengan una historia propia, sino que se está pensando en los territorios que en la II República ya habían aprobado un estatuto de autonomía*”²⁴.

¹⁹ Vocal Europe, “The Catalan Independence Conundrum”, 28 de septiembre de 2017, disponible en web: <http://www.vocaleurope.eu/the-catalan-independence-conundrum/>.

²⁰ El País, “Cataluña vota a favor del Estatuto de forma rotunda, pese a una abstención del 50,59%”, 19 de junio de 2006, disponible en web: https://elpais.com/diario/2006/06/19/espana/1150668001_850215.html.

²¹ LEVRAT, Nicolas et al., “Catalonia’s Legitimate Right to Decide – Paths to Self-Determination”, p. 60, disponible en web: http://exteriors.gencat.cat/web/.content/00_ACTUALITAT/notes_context/FULL-REPORT-Catalonias-legitimate-right-to-decide.pdf.

²² *Ibíd.*, § 16.

²³ Artículo 2.-

La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

²⁴ Sin embargo, cabe mencionar que, según la constitucionalista María Acracia Núñez: “*Lo de las nacionalidades históricas, ni cuando se plasmó en la Constitución, ni ahora, se tiene claro. Es un término vago y pluridefinible. Nadie sabe a ciencia cierta la diferencia entre nación y nacionalidad. Y cada uno le dio, ya en el 78, una interpretación. Yo creo que se quiso hacer así para que se sintieran todos cómodos*”. BBC, “La razón por la que al País Vasco, Cataluña y Galicia se les llama “nacionalidades históricas” y ¿en qué se diferencian del resto de España?”, 9 de octubre de 2017, disponible en web: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-41538966>.

En relación con el tema de la financiación de la Generalidad de Cataluña, contemplada en el Título VI del Estatuto propuesto, el TC observó que diversas disposiciones contrariaban los principios constitucionales de solidaridad y de coordinación en materia fiscal²⁵, limitando de esta manera la autonomía financiera de la Comunidad Autónoma y subordinándola al poder de dirección –y no únicamente al acuerdo– del gobierno central²⁶.

El Gobierno de Cataluña alega que los diputados que presentaron el Recurso de inconstitucionalidad 8045-2006 pretendían “*que el Estado administre la solidaridad interterritorial ilimitadamente y sin transparencia*”, destacando que: “*La Constitución no impone un modelo concreto, sino que admite varias soluciones y reconoce un amplio protagonismo a los Estatutos en la configuración del modelo final*”²⁷.

Adicionalmente, cabe mencionar que el artículo 122 del EAC propuesto, referido a las “consultas populares”, atribuía a la Generalidad de Cataluña “*la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32²⁸ de la Constitución*”. Por su parte, el referido precepto constitucional establece que es competencia exclusiva del Estado la autorización para la celebración de referéndums (i.e., *referenda*).

En consecuencia, el TC español interpretó que la disposición impugnada, al referirse a “cualquier otro tipo de consulta popular”, evocaba únicamente consultas populares no referendarias y no incluía –de manera implícita– el género –de consulta popular– del referéndum, cuya autorización es competencia exclusiva del Estado en virtud del artículo 149.1.32 de la Constitución Española, excepción expresamente contemplada en el precepto impugnado. Sin embargo, el fallo del TC amplía el ámbito de la competencia exclusiva a la integridad de la institución del referéndum, incluyendo la regulación de las condiciones y del procedimiento, excediendo de esta manera la literalidad de la norma constitucional

²⁵ TC de España, Sentencia 31/2010, *Op. Cit.*, § 118 y ss.

²⁶ Se cita como fundamento del mencionado poder de dirección –como atributo del principio de coordinación– la Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre. Sin embargo, como se menciona luego, citando la Sentencia 194/2004, de 10 de noviembre: “*el principio de coordinación no exige que en todos los órganos mixtos Estado-Generalitat aquél ostente un poder de dirección, dado que, junto con el principio de coordinación, ha de tenerse en cuenta el de cooperación, que «se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución*”.

²⁷ Para el Ejecutivo catalán: “*la Constitución proclama los principios de autonomía financiera, solidaridad y coordinación, pero no fija instrumentos únicos para su realización*”. *Ibíd.*, § 120. Según el Gobierno de la Generalidad: “*la Constitución únicamente impone que el sistema en su conjunto sea solidario y coordinado y, al tiempo, garantice la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, pero no determina el grado de solidaridad o de coordinación constitucionalmente exigible, siendo el Tribunal Constitucional el encargado de decidir la solidaridad mínima necesaria para que un modelo de financiación sea constitucionalmente tolerable. Por tanto no existiría fundamento constitucional alguno para apoyar la exigencia planteada en la demanda*”. § 119.

²⁸ Artículo 141

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

[...]

32. ^a - Autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum.

atributiva de competencia, que expresamente prevé la exclusividad de la competencia estatal únicamente respecto de la autorización de la convocatoria del referéndum²⁹.

A este respecto, es preciso destacar el carácter excepcional de la utilización del referéndum, el cual ha sido reafirmado históricamente³⁰ por el TC español, que ha interpretado restrictivamente esta figura considerada como un complemento de la democracia representativa, a pesar de que el artículo 9.2 de la Constitución Española promueve la participación de los ciudadanos, cuando establece un mandato a los poderes públicos para “*facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”.

A pesar de la rigurosidad de la competencia exclusiva del Estado en todo lo concerniente a la institución del referéndum, y no solo a su autorización³¹, vale la pena destacar que el nuevo EAC ha logrado finalmente ampliar el contenido del derecho de participación – previsto en la Constitución Española y desarrollado de manera insuficiente por la Ley Orgánica 2/1980³²– mediante una Declaración o Carta de Derechos³³, contenida en su Título I, en la cual destaca el compromiso de fomentar y facilitar la participación ciudadana en la *res pública*³⁴, reafirmando –y fortaleciendo– de esta manera el principio democrático³⁵. En efecto, el nuevo Estatuto reforzó la democracia participativa (e.g., consultas populares,

²⁹ TC de España, Sentencia 31/2010, *Op. Cit.*, § 69.

³⁰ Véase, entre otras, sentencias históricas como la Sentencia 76/1994, de 14 de marzo, que describe la forma de Gobierno de la monarquía parlamentaria establecida en el artículo 1.3 CE como un “*sistema de participación política de los ciudadanos en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa*”, relegando estos últimos a un uso verdaderamente excepcional; o la Sentencia 119/1995, de 17 de julio, que reitera la misma idea respecto de que la soberanía popular “*normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo*”.

³¹ Al respecto, cabe comentar que la obligatoriedad de la autorización estatal ha sido reiterada en el artículo 71 de Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. Es importante mencionar, igualmente, que

³² A este respecto, cabe mencionar que la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero de 1980, ya contemplaba las diferentes variedades posibles de referéndum, entre las que se incluye el referéndum consultivo autonómico.

³³ Véase, respecto a las nuevas Declaraciones o Cartas de Derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía, CANOSA USERA, Raúl, “La declaración de derechos en los nuevos Estatutos de autonomía”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 20, UNED, 2007, pp. 61-115, disponible en web: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2520033.pdf>; véase también, EXPÓSITO, Enriqueta, “La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía”, DIALNET, Universidad de La Rioja, trabajo realizado en el marco del Proyecto financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia SEJ2006-15164 sobre *La protección de los derechos en un sistema constitucional en red: integración y eficacia de la diversidad de niveles ordinamentales en España*, disponible en web: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2478822.pdf>; véase igualmente, APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel y Mercè BARCELÓ I SERRAMALERA, “Los derechos públicos estatutarios”, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, disponible en web: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5766677.pdf>.

³⁴ Véase, fundamentalmente, los artículos 4.2 (“Derechos y principios rectores”), 29 (“Derecho de participación”) y 43 (“Fomento de la participación”) del texto consolidado del EAC. Parlament de Catalunya, “Estatuto de autonomía de Cataluña. Texto Consolidado”, pp. 22, 31 y 40. Disponible en web: <https://www.parlament.cat/document/cataleg/48146.pdf>.

³⁵ En ese sentido, LLORENS FERRER, Marta, “La Consulta popular como mecanismo para revitalizar el urbanismo democrático”, en *Revista catalana de dret públic*, N° 46, 2013, pp. 164-167.

participación administrativa sectorial o participación en el proceso de elaboración de leyes), complementando lo –escasamente– desarrollado por la Constitución Española³⁶.

A raíz del profundo descontento que originó la decisión del TC español, el 25 de julio de 2012 el Parlamento de Cataluña aprobó el denominado “pacto fiscal”, un texto que permitía a Cataluña dotarse de un sistema fiscal similar al Concierto Económico –aprobado en 1981³⁷, renovado en 2002³⁸, modificado en 2007³⁹ y ampliado en 2014⁴⁰– que regula la relación tributaria entre la Administración General del Estado de España y la Comunidad Autónoma del País Vasco⁴¹. Mediante esta propuesta, Catalunya reivindicaba un “cambio de modelo” para que la Agencia Tributaria catalana sea la única administración responsable de la gestión de todos los tributos pagados por los catalanes y para que se establezca que el aporte en virtud del principio de solidaridad y la contraprestación debida al Estado por los servicios prestados se acuerden bilateralmente⁴². No obstante, luego de la reunión de 20 de septiembre de 2012 entre Artur Mas y Mariano Rajoy, este último se negó a negociar la propuesta⁴³.

Producto del continuo rechazo al diálogo y a la resistencia a llegar a un acuerdo, el pueblo de Cataluña comenzó a considerar opciones más radicales. En efecto, como se expresa en la Declaración de Soberanía aprobada posteriormente por el Parlamento catalán⁴⁴:

“El pueblo de Cataluña ha expresado de varias formas su voluntad de superar la actual situación de bloqueo dentro del Estado español. Las manifestaciones masivas de 10 de julio de 2010, con el lema «Somos una nación. Nosotros decidimos», y de 11 de septiembre de 2012, con el lema «Cataluña, nuevo estado de Europa», son

³⁶ BARCELÓ ISERRAMALERA, Mercè, “Las declaraciones de derechos y deberes estatutarias. Especial referencia al Estatuto de autonomía de Cataluña”, en CASTELLÀ ANDREU, J.M. y OLIVETTI, M. (coordinadores.), “Nuevos Estatutos y reforma del Estado. Las experiencias de España e Italia a debate” (Ed. Atelier: Barcelona, 2009), p. 145.

³⁷ Ley 12/1981, de 13 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, disponible en web: <http://www.boe.es/boe/dias/1981/05/28/pdfs/A11677-11687.pdf>.

³⁸ Ley Orgánica 4/2002, de 23 de mayo, complementaria de la Ley por la que se aprueba el concierto económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, disponible en web: <http://www.boe.es/boe/dias/2002/05/24/pdfs/A18617-18636.pdf>.

³⁹ Ley 28/2007, de 25 de octubre, por la que se modifica la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, disponible en web: <http://www.boe.es/boe/dias/2007/10/26/pdfs/A43598-43602.pdf>.

⁴⁰ Ley 7/2014, de 21 de abril, por la que se modifica la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, disponible en web: <https://www.boe.es/boe/dias/2014/04/22/pdfs/BOE-A-2014-4284.pdf>.

⁴¹ La Vanguardia, “El Parlament aprueba el pacto fiscal con la abstención del PSC a la agencia tributaria única en Catalunya”, 25 de julio de 2012, disponible en web: <http://www.lavanguardia.com/politica/20120725/54330063011/parlament-aprueba-pacto-fiscal.html>.

⁴² *Ibid.*

⁴³ El País, “Rajoy rechaza el pacto fiscal por ser “contrario a la Constitución””, 20 de septiembre de 2012, disponible en web: https://politica.elpais.com/politica/2012/09/20/actualidad/1348144748_908210.html.

⁴⁴ La Razón, “Texto íntegro de la Declaración de Soberanía aprobada en el Parlamento catalán”, 21 de diciembre de 2017, disponible en web: <http://www.larazon.es/espana/texto-integro-de-la-declaracion-de-soberania-a-JM806830>.

*expresión del rechazo de la ciudadanía hacia la falta de respeto a las decisiones del pueblo de Cataluña*⁴⁵.

Como consecuencia de la negativa rotunda⁴⁶, por parte del gobierno central, a negociar un “pacto fiscal”, el 27 de septiembre de 2012 –el último día efectivo de la correspondiente legislatura–, el Parlamento de Cataluña aprobó una resolución mediante la cual se peticionaba al Congreso de los Diputados (Congreso español) que la Generalidad pudiese celebrar un referéndum de autodeterminación en Cataluña, a realizarse con posterioridad a las elecciones del Parlamento de Cataluña de 2012⁴⁷.

El 23 de enero de 2013, el Parlamento de Cataluña aprobó –por amplia mayoría⁴⁸– la “Declaración de Soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña”⁴⁹. Los principios recogidos en la referida Declaración fueron los de soberanía⁵⁰, legitimidad democrática, transparencia, diálogo⁵¹, cohesión social, europeísmo, legalidad, papel principal del Parlamento y participación⁵². Sin embargo, a pesar del reconocimiento de la necesidad de dialogar y negociar con el Estado español (principio cuarto), el TC español determinó la inconstitucionalidad y nulidad del denominado principio primero titulado “Soberanía” y sujetos a interpretación –contenida en los fundamentos 3 y 4 de la Sentencia– las referencias al “derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña” contenidas en el título, parte inicial, y en los principios segundo, tercero, séptimo y noveno, párrafo segundo, de la Declaración de soberanía aprobada por la Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña⁵³.

⁴⁵ Parlament de Catalunya, Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña, Tram. 250-00059/10 i 250-00060/10, aprobada el 23 de enero de 2013. Preámbulo. Disponible en web: <https://www.parlament.cat/document/intrade/7217>.

⁴⁶ El País, “Mas se prepara para las elecciones tras la negativa de Rajoy al pacto fiscal”, 20 de septiembre de 2012, disponible en web: https://politica.elpais.com/politica/2012/09/20/actualidad/1348131201_261707.html.

⁴⁷ El País, “El Parlament avala el referéndum”, 27 de septiembre de 2012, disponible en web: https://elpais.com/ccaa/2012/09/27/catalunya/1348749119_257345.html.

⁴⁸ El País, “El Parlament aprueba por amplia mayoría la declaración soberanista”, 23 de enero de 2013, https://elpais.com/ccaa/2013/01/23/catalunya/1358960994_203672.html.

⁴⁹ La Vanguardia, “El Parlament de Catalunya aprueba la declaración de soberanía de CiU y ERC”, 23 de enero de 2013, disponible en web: <http://www.lavanguardia.com/politica/20130123/54363012846/parlament-catalunya-declaracion-soberania-catalunya.html>.

⁵⁰ “Primero. Soberanía. El pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano”. Parlament de Catalunya, Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña, Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña. *Op. Cit.*

⁵¹ “Cuarto. Diálogo. Se dialogará y se negociará con el Estado español, con las instituciones europeas y con el conjunto de la comunidad internacional”. *Ibíd.*

⁵² “Noveno. Participación. El Parlamento de Cataluña y el Gobierno de la Generalidad deben hacer partícipes activos de todo este proceso al mundo local y al máximo de fuerzas políticas, de agentes económicos y sociales y de entidades culturales y cívicas de Cataluña, y deben concretar los mecanismos que garanticen este principio”. *Ibíd.*

⁵³ TC de España, Sentencia 42/2014, de 25 de marzo de 2014, Impugnación de disposiciones autonómicas 1389-2013. Disponible en web: <https://www.boe.es/boe/dias/2014/04/10/pdfs/BOE-A-2014-3885.pdf>. Cabe apuntar que, el 7 de mayo de 2013, el TC español ya había suspendido cautelarmente la Resolución 5/X, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña, al admitir a trámite la impugnación presentada por el Abogado del Estado. De esta manera, el TC determinó la suspensión de la suspensión de la vigencia y aplicación de la referida Resolución desde

Con relación a la declaración de inconstitucionalidad del principio primero intitulado “Soberanía”, cabe recordar que Henry Wheaton, en su clásico “Elementos del Derecho Internacional”, diferenciaba entre soberanía interna y externa, destacando que la primera no depende en absoluto de su reconocimiento por parte de otros Estados. Mientras que la soberanía externa, por el contrario, requiere el reconocimiento de otros Estados para que sea perfecta y completa, y poder así ingresar a la gran sociedad de naciones, en palabras de Wheaton⁵⁴. En consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del referido principio contenido en la Declaración de soberanía no afectaría la soberanía interna del pueblo de Cataluña. En todo caso, como explica James Crawford, la soberanía es un atributo de los Estados, no una precondition⁵⁵.

El 8 de abril de 2014, el Congreso de los Diputados rechazó la petición realizada por el Parlamento catalán para que la Generalidad de Cataluña pudiese celebrar un referéndum de autodeterminación⁵⁶. Por otra parte, la sentencia interpretativa del TC español permitía inferir que éste no impedía la celebración de consultas populares en Cataluña, siempre que no se traten de referendums. Por consiguiente, Artur Mas firmó un decreto de convocatoria a una consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña, reafirmando su apertura a lograr un acuerdo con el gobierno central respecto de su realización⁵⁷. Tal decreto fue finalmente declarado inconstitucional, por cuanto el TC consideró que, las consultas convocadas presentaban un carácter general y, por consiguiente, participan realmente de la naturaleza de los referendos, al margen del *nomen iuris* asignado a las referidas consultas⁵⁸.

El 9 de noviembre de 2014, se llevó a cabo la consulta popular no vinculante. Sin embargo, un partido político (UPyD) presentó denuncias exigiendo la detención de dirigentes del

la fecha de interposición de la impugnación, es decir, desde el 8 de marzo de 2013. Disponible en web: <https://www.boe.es/boe/dias/2013/05/10/pdfs/BOE-A-2013-4859.pdf>.

⁵⁴ WHEATON, Henry, “Elements of International Law: with a sketch of the History of the Science” (Philadelphia: Carey, Lea & Blanchard, 1836), pp. 70 y ss. Disponible en web: https://books.googleusercontent.com/books/content?req=AKW5QaeDZ5NJRtl-GldJZGYtrY0xSk7u2QA9Tzd_dxdq5D-gTvME27siQUBM3OhsdEty40Q3H0KZBjYZGST5bS15sBe4BBKh0cH9r8_BC4ml6GHs08aPO0pgrq4J9ssKoAn5Jf2jVrRhHYQ7yeX1VA7dMC4vS4avcukqlm_DUnHMy4B-I0tmd8JMbjiybbt15GnrGtMxeNFC154WK6QVmuPiWtc7k445NpM51tmi29jeM2oPUBrklGdo5z188cFzSxblPh9x3YlLjjQPacCtScK1Mgl6Yrgm5A.

⁵⁵ CRAWFORD, James, “The Creation of States in International Law” (Oxford University Press: Oxford, 2006), 2º Ed., Capítulo 1: Statehood and Recognition, 1.5 Certain basic concepts, (3) Sovereignty.

⁵⁶ Ante esta nueva denegación, el ex Presidente de la Generalidad Artur Mas manifestó que: “*Se ha perdido una oportunidad. Había voluntad de pacto, pero esta mano extendida no ha sido correspondida por parte de la mayoría de los diputados*”. REUTERS, “Congreso español rechaza la petición de referendo Cataluña”, 8 de abril de 2014, disponible en web: <https://lta.reuters.com/article/worldNews/idLTASIEA3706920140408>.

⁵⁷ La Vanguardia, “Artur Mas firma el decreto de convocatoria de la consulta del 9-N”, 27 de septiembre de 2014, disponible en web: <http://www.lavanguardia.com/politica/20140927/54415477543/artur-mas-convoca-consulta.html>.

⁵⁸ TC de España, Sentencia 32/2015, de 25 de febrero de 2015. Impugnación de disposiciones autonómicas 5830-2014. Disponible en web: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/16/pdfs/BOE-A-2015-2833.pdf>. Véase también, la sentencia respecto de ley atributiva de competencia sobre consultas populares no referendarias, TC de España, Sentencia 31/2015, de 25 de febrero de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 5829-2014. Disponible en web: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/16/pdfs/BOE-A-2015-2832.pdf>.

Gobierno de Cataluña y la paralización del proceso de consulta por incumplir la resolución del TC español. Magistrados de Barcelona, Badalona y Tarragona rechazaron dictar medidas cautelares para detener la consulta alternativa por la independencia⁵⁹. No obstante, el Fiscal General del Estado acusó a Artur Mas, así como a la vicepresidenta Joana Ortega y la Consejera de Educación Irene Rigau, de desobediencia, prevaricación, malversación y usurpación de funciones. El 8 de enero de 2015, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña emitió un auto señalando que encontraba indicios de la comisión del “*delito de desobediencia a resoluciones judiciales cometido por autoridad pública*”, a causa de la celebración de la consulta popular⁶⁰.

A pesar de la represión posterior, los resultados de la consulta popular realizada el 9 de noviembre de 2014 fueron contundentes: la opción por la independencia se impuso con un 81%⁶¹. Como consecuencia de este apoyo mayoritario a la independencia, luego de las elecciones autonómicas de septiembre de 2015, el 9 de noviembre de 2015, se aprobó una resolución mediante la cual el Parlamento de Cataluña “*declara solemnemente el inicio del proceso de creación del estado catalán independiente en forma de república*”⁶².

El 11 de noviembre de 2015, el TC decidió suspender cautelarmente la referida resolución al admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad presentado –ese mismo día– por el Abogado del Estado⁶³, mientras advertía de responsabilidad penal a 21 altos cargos de la Generalidad de Cataluña⁶⁴. Posteriormente, el 2 de diciembre de 2015, el TC declaró inconstitucional la resolución impugnada⁶⁵. En el citado fallo, el TC, mediante una argumentación aparentemente contradictoria, afirmó lo siguiente:

“De todo lo anterior se infiere que no puede oponerse una supuesta legitimidad democrática de un cuerpo legislativo a la primacía incondicional de la Constitución. El texto constitucional refleja las manifestaciones relevantes del principio democrático, cuyo ejercicio, por tanto, no cabe fuera del mismo [STC 42/2014, FJ 4 a)]. Por ello, el ordenamiento jurídico, con la Constitución en su cúspide, en ningún

⁵⁹ El Mundo, “La Justicia rechaza retirar las urnas del 9-N por ser 'desproporcionado'”, 9 de noviembre de 2014, disponible en web: <http://www.elmundo.es/cataluna/2014/11/09/545f1a1dca47413e438b456b.html>.

⁶⁰ El País, “La justicia catalana aprecia indicios de desobediencia en Mas por el 9-N”, 8 de enero de 2015, disponible en web: https://elpais.com/ccaa/2015/01/08/catalunya/1420729697_820118.html.

⁶¹ La Vanguardia, “Resultados del 9N: La independencia se impone con un 81% de los más de 2,3 millones de votos”, 10 de noviembre de 2014, disponible en web: <http://www.lavanguardia.com/politica/20141110/54419122198/resultados-9n.html>.

⁶² El País, “La mitad de Cataluña rompe con la democracia española”, 10 de noviembre de 2015, disponible en web: https://elpais.com/ccaa/2015/11/09/catalunya/1447062560_615293.html.

⁶³ TC de España, providencia de 11 de noviembre de 2015, que admite a trámite la impugnación de resolución autonómica (Título V LOTC) núm. 6330-2015, promovida por el Gobierno de la Nación contra la Resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña, disponible en web: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/11/12/pdfs/BOE-A-2015-12206.pdf>.

⁶⁴ El Mundo, “El Constitucional suspende la resolución independentista y advierte de responsabilidad penal a los 21 altos cargos catalanes”, 11 de noviembre de 2015, disponible en web: <http://www.elmundo.es/espana/2015/11/11/56438962e2704e59138b4643.html>.

⁶⁵ TC de España, Sentencia 259/2015, de 2 de diciembre de 2015. Impugnación de disposiciones autonómicas 6330-2015. Disponible en web: <https://www.boe.es/boe/dias/2016/01/12/pdfs/BOE-A-2016-308.pdf>.

*caso puede ser considerado como límite de la democracia, sino como su garantía misma*⁶⁶.

En suma, lo que da a entender el TC español es que el irrespeto a la voluntad del pueblo de Cataluña, legítimamente –mas no legalmente– manifestada mediante una herramienta de la democracia participativa (i.e., consulta popular), solo puede justificarse debido a la no conformidad con los preceptos contenidos en la Constitución Española, refrendados por la integridad de la población española mediante el referéndum realizado el 6 de diciembre de 1978. Es decir, el TC estaría privilegiando una mayoría nacional por encima de una mayoría autonómica igualmente legítima.

Sin embargo, es preciso destacar que el fallo del TC señaló que *“la Constitución no constituye un texto jurídico intangible e inmutable”*, es decir, que *“[l]a Constitución como ley superior no pretende para sí la condición de lex perpetua”*, por *“fundarse el Estado de Derecho en el principio democrático y por garantizarse la democracia misma a través de ese Estado de Derecho”*. Es precisamente por ello que la Constitución Española admite y regula su *“revisión total”*⁶⁷.

En virtud del constante rechazo, por parte del gobierno nacional, al requerimiento de mayor autonomía de la Comunidad Autónoma de Cataluña, el 6 de octubre de 2016, el Parlamento de Cataluña aprobó celebrar un referéndum vinculante sobre la independencia de Cataluña⁶⁸. A pesar de que el TC anulara la resolución del Parlamento catalán y denunciara a la entonces presidenta del Parlamento de Cataluña, Carmen Forcadell⁶⁹, el 9 de junio de 2017, el nuevo presidente de la Generalidad de Cataluña, Carles Puigdemont –Artur Mas se encontraba inhabilitado como consecuencia de una condena por desobediencia civil⁷⁰– anunció la celebración del referéndum vinculante sobre la independencia de Cataluña, programada para el 1 de octubre⁷¹.

El martes 10 de octubre de 2017, Carles Puigdemont, depuesto Presidente de la Generalidad de Cataluña anunciaba que el sí a la independencia había ganado el referéndum por mayoría absoluta y que, por consiguiente, asumía el mandato del pueblo para que Cataluña se

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Véase, artículo 168 CE y Sentencia 48/2003, de 12 de marzo de 2015.

⁶⁸ El Mundo, “El Parlament aprueba hacer un referéndum vinculante independentista”, 6 de octubre de 2016, disponible en web:

<http://www.elmundo.es/cataluna/2016/10/06/57f68de6468aeb707e8b472a.html>.

⁶⁹ 20 minutos, “El Constitucional anula la convocatoria del referéndum catalán y denuncia a Forcadell”, 14 de febrero de 2017, disponible en web:

<http://www.20minutos.es/noticia/2959993/0/tribunal-constitucional-anula-convocatoria-referendum-cataluna-2017/>.

⁷⁰ Huffington Post, “Las claves de la inhabilitación de Artur Mas”, 13 de marzo de 2017, disponible en web:

http://www.huffingtonpost.es/2017/03/13/las-claves-de-la-inhabilitacion-de-artur-mas_a_21880976/; La Vanguardia, “Sentencia del 9N: El fallo que inhabilita a Artur Mas”, 13 de marzo de 2017, <http://www.lavanguardia.com/politica/20170313/42850339989/fallo-sentencia-9n-tsjc-artur-mas.html>. <https://www.nytimes.com/2017/02/06/world/europe/artur-mas-catalonia-independence-trial.html>.

⁷¹ La Vanguardia, “Puigdemont anuncia la fecha y la pregunta del referéndum, las reacciones en directo”, 27 de junio de 2017, disponible en web:

<http://www.lavanguardia.com/politica/20170609/423279435471/puigdemont-fecha-referendum-en-directo-pregunta.html>.

convierta en un Estado independiente en forma de república⁷². Enseguida⁷³, Puigdemont proponía al Parlamento de Cataluña⁷⁴ que suspenda los efectos de la Declaración de Independencia por varias semanas para establecer un proceso de diálogo con el gobierno central⁷⁵. Inmediatamente después, Puigdemont firmaba, junto al resto de diputados del *Junts pel Sí* y la *CUP* con los que sumaba mayoría absoluta parlamentaria, una primera declaración de independencia⁷⁶.

El acontecimiento descrito acaeció como consecuencia de una victoria por mayoría absoluta del “sí” en el referéndum llevado a cabo el 1 de octubre de 2017⁷⁷, según lo dispuesto – aunque sin cumplir el plazo de 48 horas inicialmente previsto– por la Ley del referéndum de

⁷² El Mundo, “Declaración de independencia de Cataluña, en directo | Puigdemont declara la independencia pero la deja en suspenso”, 10 de octubre de 2017. Disponible en web: <http://www.elmundo.es/cataluna/2017/10/10/59dc6cac468aebac1f8b4666.html>.

⁷³ “Después de que Carles Puigdemont declarase este martes en el Parlament la independencia de Cataluña para dejarla en suspenso seis segundos después y luego firmar un certificado de secesión extramuros del hemiciclo [...]”. Cf. El País, “El artículo 155 de la Constitución frente a la DUI”, 11 de octubre de 2017. Disponible en web: https://politica.elpais.com/politica/2017/10/11/actualidad/1507705023_563756.html.

⁷⁴Parlamento de Cataluña o “*Parlament de Catalunya*”. La institución parlamentaria catalana tiene sus fundamentos en las Asambleas de Paz y Tregua y la Corte condal de la Edad Media. La primera asamblea tuvo lugar en Toluges, en el condado del Rosellón, en 1027. La Corte condal catalana, por su parte, se formó durante el siglo XI, como derivación de la Curia real de los francos, a medida que los condes de Barcelona se fueron consolidando como príncipes soberanos. Posteriormente, durante el reinado de Jaime I de Aragón (1213-1276), la Corte condal se transformó en las Cortes Generales de Cataluña. Con Pedro II de Aragón (1276-1285), en las Cortes de Barcelona de 1283, se dictó la constitución *Volem, estatuim*, estableciendo el sistema de soberanía pactada, característico del derecho constitucional catalán medieval y moderno, según el cual solo podían ser válidas las normas emanadas de las Cortes por acuerdo entre el soberano y los estamentos de la tierra. Igualmente, las Cortes debían ratificar las disposiciones promulgadas por el rey mientras que las Cortes no estaban reunidas. En suma, el rey renunciaba a ser el poder legislador exclusivo. *Parlament de Catalunya*, “Historia”, disponible en web: <https://www.parlament.cat/document/parlament/163820.pdf>.

⁷⁵ El País, “Puigdemont prolonga la tensión con una secesión en diferido”, 11 de octubre de 2017. Disponible en web: https://elpais.com/ccaa/2017/10/10/catalunya/1507624143_410500.html. La Vanguardia, “La declaración de Puigdemont en 15 frases”, 10 de octubre de 2017. Disponible en web: <http://www.lavanguardia.com/politica/20171010/431965320828/declaracion-de-independencia-puigdemont-frases.html>; véase asimismo, respecto de la –anteriormente constante– voluntad de entablar un diálogo con el gobierno central, por parte del ex Presidente de la Generalidad, ARA, “La via Puigdemont: una DUI oberta a la mediació”, 10 de octubre de 2017, disponible en web: https://www.ara.cat/politica/via-Puigdemont-DUI-oberta-mediacio_0_1885011573.html.

⁷⁶ Cabe señalar que, según ciertos diputados, tal declaración de independencia no tendría valor jurídico sino simbólico, por cuanto no fue registrada ni votada en el Parlamento de Cataluña. El País, “¿Ha declarado Puigdemont la independencia?”, 11 de octubre de 2017. Disponible en web: https://elpais.com/elpais/2017/10/10/hechos/1507671088_975973.html.

⁷⁷ BBC Mundo, “El gobierno de Cataluña proclama la victoria del “sí” en el referéndum y anuncia pasos hacia la independencia”, 2 de octubre de 2017. Disponible en web: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-41463295>.

autodeterminación vinculante sobre la independencia de Cataluña⁷⁸, ley que fuera declarada inconstitucional el 17 de octubre del mismo año por el TC de España⁷⁹.

A pesar de la oposición del gobierno central español y los impedimentos legales declarados por el TC, el viernes 27 de octubre de 2017, el Parlamento de Cataluña aprobaba una resolución para proclamar formalmente la independencia de Cataluña⁸⁰. La resolución proponía la apertura de un proceso constituyente que “acabe con la redacción y aprobación de la constitución de la república” e instaba al Gobierno de Cataluña⁸¹ a desplegar la Ley de transitoriedad⁸², cuyo Artículo 1 establecía que “Cataluña se constituye en una República de Derecho, democrática y social”⁸³.

Sin embargo, el martes 12 de septiembre de 2017, el TC español ya había suspendido cautelarmente la mencionada Ley de transitoriedad⁸⁴, así como los efectos de determinados artículos del Código tributario de Cataluña, aprobado mediante el Artículo 5 de la Ley de Generalidad de Cataluña 17/2017⁸⁵, al admitir a trámite los respectivos recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Presidente del Gobierno español, Mariano Rajoy. Posteriormente, al igual que aconteciera con la precitada Ley del referéndum de

⁷⁸ Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, denominada “del referéndum de autodeterminación”, suspendida cautelarmente por el TC de España al día siguiente, al admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Abogado del Estado en nombre del Presidente del Gobierno. Disponible en web: <http://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/PDF/7449A/1633376.pdf>.

⁷⁹ TC de España, Sentencia 114/2017, de 17 de octubre de 2017, que declara la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley de Cataluña 19/2017. Disponible en web: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/10/24/pdfs/BOE-A-2017-12206.pdf>.

⁸⁰ Reuters, “Catalan parliament declares independence from Spain”, 27 de octubre de 2017, disponible en web: <https://www.reuters.com/article/us-spain-politics-catalonia-independence/catalan-parliament-declares-independence-from-spain-idUSKBN1CW1WO>.

⁸¹ Respecto a las instituciones de autogobierno catalán, que habrían precedido al actual Gobierno de Cataluña o “*Govern de Catalunya*”, cabe apuntar que, en 1716, mediante el Decreto de Nueva Planta, Felipe V abolió toda institución catalana de autogobierno mediante la fuerza militar. Recién en 1914, se constituyó, por voluntad del pueblo de Cataluña, la Mancomunidad de Cataluña, institución de autogobierno catalán que fue finalmente abolida en 1925 durante la dictadura de Miguel Primo de Rivera. Enciclopèdia Catalana, “Història de la Generalitat de Catalunya i dels seus presidents: Propòsits i consideracions”, disponible en web: https://www.enciclopedia.cat/sites/default/files/obra/arxiu/PC_Prop%C3%B2sits.pdf.

⁸² El País, “El Parlament de Catalunya aprueba la resolución para declarar la independencia”, 27 de octubre de 2017, disponible en web: https://elpais.com/ccaa/2017/10/27/catalunya/1509105810_557081.html.

⁸³ Ley del Parlamento de Cataluña 20/2017, de 8 de septiembre de 2017, denominada “de transitoriedad jurídica y fundacional de la República”, suspendida cautelarmente el 12 del mismo mes por el TC español. Disponible en web: <http://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/PDF/7451A/1633637.pdf>.

⁸⁴ TC de España, providencia de 12 de septiembre de 2017, mediante la cual se admite a trámite el Recurso de Inconstitucionalidad 4386-2017, contra la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de la Comunidad Autónoma de Cataluña denominada “Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República”. Disponible en web: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/09/13/pdfs/BOE-A-2017-10453.pdf>.

⁸⁵ Ley 17/2017, de 1 de agosto, del Código tributario de Cataluña y de aprobación de los libros primero, segundo y tercero, relativos a la Administración tributaria de la Generalidad. Disponible en web: <https://www.boe.es/ccaa/dogc/2017/7426/f00001-00056.pdf>.

autodeterminación, el TC declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la referida Ley de transitoriedad⁸⁶.

El 27 de octubre de 2017, el mismo día que el Parlamento de Cataluña aprobaba la resolución para proclamar formalmente la independencia de la denominada República Catalana, el Gobierno central español anunciaba el cese de todos los miembros del Gobierno de Cataluña y convocaba elecciones, en aplicación del Artículo 155 de la Constitución Española⁸⁷. Al aplicar el Artículo 155 de la Constitución Española, el Gobierno central español imponía nuevas elecciones en Cataluña, previstas para el 21 de diciembre de 2017⁸⁸.

Posteriormente, el 2 de noviembre de 2017, se encarceló a más de la mitad del depuesto Gobierno de Cataluña, incluyendo al ex viceministro Oriol Junqueras⁸⁹, situación que no ha variado hasta la fecha. Ello se sumó a las anteriores detenciones de altos cargos de la Generalidad de Cataluña (“*Generalitat de Catalunya*”) realizadas el 20 de septiembre en el marco de una operación policial de la Guardia Civil española ordenada por el juzgado de instrucción 13 de Barcelona en virtud a una investigación por la supuesta comisión de los delitos de desobediencia, prevaricación y malversación durante la organización del referéndum de 1 de octubre de 2017⁹⁰.

A pesar de la activación del artículo 155 de la Constitución Española y de la represión y persecución que conllevaron, así como de la gran cantidad de actos normativos del Parlamento de Cataluña que fueron anulados, es importante destacar los diferentes acuerdos aprobados del Parlamento catalán que reivindican el derecho del pueblo catalán a la autodeterminación, por ejemplo, resoluciones aprobadas en 1989, 1998, 2010 y 2011. Estas decisiones nunca fueron sido impugnadas y, según las doctrinas más recientes del TC español, son susceptibles de tener efectos políticos y jurídicos⁹¹.

A este respecto, cabe indicar que David Kaye y Alfred de Zayas, dos especialistas que trabajan para el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, señalaron mediante

⁸⁶ TC de España, Sentencia 124/2017, de 8 de noviembre de 2017, que declara la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2017. Disponible en web: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/11/16/pdfs/BOE-A-2017-13228.pdf>.

⁸⁷ El País, “El Senado aprueba aplicar el artículo 155 en Cataluña”, 27 de octubre de 2017, disponible en web: https://politica.elpais.com/politica/2017/10/27/actualidad/1509105725_777595.html.

⁸⁸ El País, “Rajoy destituye a Puigdemont y convoca elecciones en Cataluña el 21 de diciembre”, 28 de octubre de 2017, disponible en web: https://politica.elpais.com/politica/2017/10/27/actualidad/1509114362_109606.html?rel=mas. La Vanguardia, “Catalá: La aplicación del 155 finalizará con las elecciones del 21 D”, 6 de noviembre de 2017, disponible en web: <http://www.lavanguardia.com/politica/20171106/432675811876/rafael-catala-articulo-155-elecciones-cataluna-21d.html>.

⁸⁹ Clarín, “Arrestan a casi todo el Govern catalán y piden la detención de Puigdemont”, 2 de noviembre de 2017, disponible en web: https://www.clarin.com/mundo/arrestan-govern-catalan-piden-detencion-puigdemont_0BJUcrOK0Z.html. El Confidencial, “A prisión Junqueras y siete 'exconsellers' por evidente riesgo de fuga”, 2 de noviembre de 2017, disponible en web: https://www.elconfidencial.com/espana/2017-11-02/declaraciones-del-govern-lamela-puigdemont-euroorden_1470901/.

⁹⁰ La Vanguardia, “Detenidos 14 altos cargos del Govern por el referéndum”, 20 de septiembre de 2017, disponible en web: <http://www.lavanguardia.com/politica/20170920/431421292245/guardia-civil-conselleria-economia-registro.html>.

⁹¹ COSTA, Josep, “Does Catalonia have the Right of Self-Determination?”, *Op.Cit.*, p. 4.

un comunicado, a propósito de los arrestos de 14 funcionarios del Gobierno de Cataluña, del bloqueo de los sitios web del referéndum y de las acusaciones de sedición a los organizadores de protestas, que: “*Independientemente de la legalidad del referéndum, las autoridades españolas tienen la responsabilidad de respetar aquellos derechos que son esenciales para las sociedades democráticas*”⁹².

El referéndum de Cataluña es irregular. Lo mismo puede afirmarse respecto de la respuesta del gobierno central. La situación refleja tendencias que están socavando los Estados democráticos y obstaculizando su capacidad para canalizar y absorber la discordia⁹³. En tal virtud, el derecho internacional público puede brindar soluciones que permitan canalizar estas diferencias, permitiendo a los pueblos involucrados llegar a un acuerdo en aras del bienestar de las poblaciones que los integran. Más aún, si se tiene en cuenta la reciente victoria del independentismo catalán y la revalidación de su mayoría absoluta en el Parlamento de Cataluña⁹⁴, así como la amenaza del gobierno central ante la posibilidad de que el independentismo persista con el proceso soberanista catalán⁹⁵.

II. La Opinión Consultiva sobre Kosovo

Ante todo, es preciso señalar que la Comisión de Arbitraje de la Conferencia para la Paz en Yugoslavia, en su “*Avis*” N° 1, de 29 de noviembre de 1991, consideró el derecho a la autodeterminación de los pueblos como un principio estructural del derecho internacional, así como un fiel reflejo de la categoría de normas imperativas o de *ius cogens*⁹⁶.

De igual manera, resulta fundamental destacar que una declaración unilateral de independencia (DUI) no es *per se* contraria al derecho internacional general. A contrario sensu, es conforme a éste⁹⁷, siempre y cuando no concurren otras circunstancias que podrían

⁹² The Guardian, “UN rights experts criticise Spanish efforts to block Catalan vote”, 28 de septiembre de 2017, disponible en web: https://www.theguardian.com/world/2017/sep/28/un-rights-experts-criticise-spanish-efforts-to-block-catalan-vote?CMP=share_btn_tw.

⁹³ Katy Collin, “The referendum in Catalonia, explained”, en *Brookings*, 29 de septiembre de 2017, disponible en web: <https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2017/09/29/the-referendum-in-catalonia-explained/>.

⁹⁴ La Vanguardia, “El independentismo pierde escaños aunque supera su récord de votos”, 22 de diciembre de 2017, disponible en web: <http://www.lavanguardia.com/politica/20171221/433803148267/resultados-elecciones-catalanas-independentismo-escaños-votos.html>; El Mundo, “Resultados de las elecciones catalanas en directo: Ciudadanos gana en votos y escaños; los independentistas suman mayoría absoluta”, 22 de diciembre de 2017, disponible en web: <http://www.elmundo.es/cataluna/2017/12/21/5a3c30c2ca474108458b4604.html>.

⁹⁵ El Periódico, “Rajoy amenaza a los independentistas con otro 155 si incumplen la ley”, 11 de diciembre de 2017, disponible en web: <http://www.elperiodico.com/es/politica/20171211/rajoy-amenaza-otro-155-cataluna-6485787>; La Vanguardia, “Hernando avisa de que habrá otro 155 “si el independentismo vuelve a las andadas””, 7 de noviembre de 2017, disponible en web: <http://www.lavanguardia.com/politica/20171107/432694801416/hernando-avisa-nuevo-155-tras-elecciones.html>.

⁹⁶ Artículo 53 del Convenio de Viena sobre los Tratados de 1969. “*Avis*” disponible en *Revue générale de droit international public* (Editions A. Pedone: Paris, 1992), p. 265. Adicionalmente, cabe destacar que en el caso sobre Timor Oriental, el derecho a la autodeterminación de los pueblos ya había sido considerado como una norma oponible *erga omnes*. CIJ, fallo sobre el caso relativo a “Timor Oriental” (Portugal c. Australia), sentencia de 30 de junio de 1995, ICJ Reports 1995, p. 90.

⁹⁷ La Doctrina mayoritaria sostiene la misma opinión, derivada de la OC de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo, de 22 de julio de 2010. Véase, por ejemplo, la reciente entrevista realizada al

acarrear su ilicitud, como graves violaciones a los derechos humanos. De igual manera, el derecho internacional se mantendría, en principio, neutral ante el acto de secesión⁹⁸.

internacionalista Marcelo Kohen: “*La Cour internationale de justice a dit qu’une déclaration unilatérale ne viole pas le droit international, car c’est une simple déclaration d’intention*”. (“*La Corte Internacional de Justicia ha dicho que una declaración unilateral no viola el derecho internacional, porque es una simple declaración de intención*”). KOHEN, Marcelo, “Pour le droit international, il ne s’est rien passé à Barcelone”, entrevista realizada por Simon Petite, en *Le Temps*, 27 de octubre de 2017, disponible en web:

<https://www.letemps.ch/monde/2017/10/27/marcelo-kohen-droit-international-ne-sest-rien-passe-barcelone>.

Véase también, la conclusión del artículo de Elena Cirkovic: “*Indeed, international law does not contain clear rules on how to respond to declarations of independence. The Court was not requested to provide an opinion on the principle of recognition by other states. Declarations of independence depend on the act of recognition by other states [...]*” (“*De hecho, el derecho internacional no contiene normas claras sobre cómo responder a las declaraciones de independencia. No se pidió a la Corte que proporcionase una opinión respecto del principio de reconocimiento por parte de otros Estados. Las declaraciones de independencia dependen del acto de reconocimiento de otros Estados [...]*”). CIRKOVIC, Elena, “An Analysis of the ICJ Advisory Opinion on Kosovo’s Unilateral Declaration of Independence”, en *German Law Journal*, Vol. 11, N° 07/08, 2010, p. 912, disponible en web:

https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b7e0674c2f8550cdaf7eb5/1454891112046/GLJ_Vol_11_No_08_Cirkovic.pdf.

Véase asimismo, la conclusión a la cual llega Jure Vidmar: “*Catalonia does not have a right to independence, and at the same time it is not doing anything illegal internationally when claiming or declaring independence. For better or worse, this is everything that the international law of statehood has to say on the matter. The rest is a political game*”. (“*Cataluña no tiene un derecho a la independencia, y al mismo tiempo no está no está haciendo nada internacionalmente ilegal al reivindicar o declarar la independencia. Para bien o para mal, esto es todo lo que el derecho internacional del statehood tiene que decir al respecto. Lo demás es un juego político*”). VIDMAR, Jure, “Catalonia: The Way Forward is Comparative Constitutional Rather than International Legal Argument”, en *EJIL Talk*, 24 de octubre de 2017, disponible en web:

<https://www.ejiltalk.org/catalonia-the-way-forward-is-comparative-constitutional-rather-than-international-legal-argument/>. En *Law Blogs Maastricht*, Maastricht University, 25 de octubre de 2017, disponible en web: <https://www.maastrichtuniversity.nl/blog/2017/10/catalonia-way-forward-comparative-constitutional-rather-international-legal-argument>.

⁹⁸ Véase, en ese sentido, la afirmación realizada por Robert Muharremi: “*Therefore, since there is no rule of international law, which prohibits a declaration of independence, one could argue that there is also no norm of international law, which prohibits secessions*”. (“*Por consiguiente, en tanto no existe una norma de derecho internacional que prohíba una declaración de independencia, se podría argumentar que tampoco existe una norma de derecho internacional que prohíba las secesiones*”). MUHARREMI, Robert, “A Note on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo”, en *German Law Journal*, Vol. 11, N° 07/08, 2010, p. 880, disponible en web:

https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b7e0154c2f8550cdaf7d46/1454891030280/GLJ_Vol_11_No_08_Muharremi.pdf.

Véase también, la crítica a la OC de Kosovo manifestada por Anne Peters: “*The Kosovo AO can be read both ways: either secession is outside international law in the sense that international law is simply neutral vis-a-vis secession, or international law allows secession*”. (“*La OC de Kosovo puede ser leída en ambos sentidos: bien la secesión está fuera del derecho internacional en el sentido de que el derecho internacional es simplemente neutral respecto a la secesión, o bien el derecho internacional permite la secesión*”). PETERS, Anne, “Does Kosovo Lie in the *Lotus*-Land of Freedom?”, en *Leiden Journal of International Law* N° 24, 2011, p. 101, disponible en web: http://edoc.unibas.ch/20647/1/20110215144916_4d5a845cde800.pdf. Véase además, el análisis de Marc Weller: “[...] *as a matter of law, rather than policy preference, the international system is neutral on the question of secession. [Quebec Reference, para 140]*”. (“[...] *en cuestión de derecho, en lugar de preferencia en política externa/interna, el sistema internacional es neutral respecto a la cuestión de la secesión. [...]*”). WELLER, Marc, “Secession and Self-determination in Western Europe: The Case of

En su OC sobre Kosovo, de 22 de julio de 2010, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) prefirió evitar pronunciarse respecto a los efectos jurídicos de la DUI de 17 de febrero de 2008. En efecto, la CIJ se limitó a declarar la conformidad de la DUI con el derecho internacional general, afirmando que éste no contiene ninguna prohibición aplicable a las DUI⁹⁹.

De igual manera, la CIJ sostuvo que el alcance del principio de integridad territorial de los Estados se circunscribe únicamente a la esfera de las relaciones entre Estados¹⁰⁰. Por consiguiente, no sería aplicable a las relaciones intra-estatales y no podría ser aplicado al caso concreto de la DUI.

Sin embargo, la CIJ no se pronunció acerca de los efectos jurídicos de una DUI, que es lo realmente importante. Probablemente, debido a que, como afirma Marcelo Kohén, se trata de una simple declaración de intención¹⁰¹. En consecuencia, es posible distinguir, al igual que Robert Muharremi, entre “declarar” y “efectuar” la independencia (“*Distinction Between ‘Declaring’ and ‘Effecting’ Independence*”)¹⁰².

En otras palabras, la CIJ evitó tratar la cuestión relativa a las consecuencias jurídicas de una DUI, recordando que el acto de declarar la independencia no necesariamente tiene como resultado la creación de un nuevo Estado. En efecto, el “statehood” depende de otras consideraciones. En la actualidad¹⁰³, los criterios generalmente aceptados para la constitución de un Estado son: (1) Territorio definido o específico; (2) Población; (3) Gobierno; (4) Independencia; y (5) Efectividad¹⁰⁴.

A este respecto, cabe precisar que, si bien en siglo XIX el reconocimiento de un Estado resultaba crucial para su admisión a la “sociedad civilizada” (el derecho internacional era concebido como el derecho existente entre “naciones civilizadas”) y no tenía importancia

Catalonia”, en EJIL Talk, 18 de octubre de 2017, disponible en web: <https://www.ejiltalk.org/secession-and-self-determination-in-western-europe-the-case-of-catalonia/>.

⁹⁹ CIJ, “Opinión Consultiva sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo”, 22 de julio de 2010, párrafos 79 y ss.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, párrafo 80.

¹⁰¹ KOHEN, Marcelo, “Pour le droit international, il ne s’est rien passé à Barcelone”, *Op.Cit.*

¹⁰² MUHARREMI, Robert, “A Note on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo”, *Op.Cit.*, pp. 873 y ss.

¹⁰³ Cabe precisar que, en principio únicamente se consideraban los requisitos de población y territorio sujetos a un gobierno. Cf. *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft v. État polonais*, Laudo de 1 de agosto de 1929, IX Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitrales Mixtes (1930), p. 344. Tales criterios han sido reiterados en otros laudos arbitrales, como por ejemplo, *Arbitration Commission of the International Conference on Yugoslavia* (Badinter Arbitration Commission) en su Primera Opinión adoptada el 29 de noviembre de 1991, en cuyo punto (b) estableció: “*the state is commonly defined as a community which consists of a territory and a population subject to an organized political authority*” véase 31 ILM 1494 (1992). Igualmente, cabe recordar la concepción clásica del Estado: “*Una nación o Estado es una sociedad de hombres que tiene por objeto la conservación y felicidad de los asociados; que se gobierna por leyes positivas emanadas de ella misma, y es dueño de una porción de territorio*”. BELLO, Andrés, “Principios de Derecho de Jentes” (Imprenta de la Opinión: Santiago de Chile, 1832), Parte Primera, Capítulo 1º, §1, p. 10.

¹⁰⁴ Véase, por ejemplo, CRAWFORD, James, “The Creation of States in International Law” (Oxford University Press: Oxford, 2006), 2º Ed., Capítulo 2, pp. 37-95; BROTÓNS, Antonio Remiro *et al*, “Derecho internacional” (Tirant lo Blanch: Valencia, 2007), pp. 97-101.

alguna cómo un pueblo llegaba a constituirse en Estado¹⁰⁵; actualmente el reconocimiento por parte de otros Estados no es propiamente constitutivo de un Estado, sino declarativo en naturaleza y efecto¹⁰⁶. Sin embargo, si bien un Estado puede existir a pesar de las reacciones negativas, incluyendo condenas radicales de terceros Estados, en la práctica, un reconocimiento generalizado pareciera ser particularmente valioso desde la perspectiva de aquellas instituciones que afirman cumplir los criterios de estatalidad¹⁰⁷.

Respecto al escaso número¹⁰⁸ de los eventuales reconocimientos precitados, cabe recordar, como explica James Crawford, que: “*Incluso los actos individuales de reconocimiento pueden contribuir a la consolidación del estatus [de Estado]; en términos de Charpentier, el reconocimiento puede hacer que la nueva situación sea oponible al Estado que reconoce [el nuevo Estado]*”¹⁰⁹.

El reconocimiento por parte de terceros Estados de la República Catalana sería trascendental, por cuanto, como el Tribunal Supremo de Canadá en su “*Avis*” de 20 de agosto de 1998, en relación con la posibilidad de secesión de Quebec, el éxito definitivo de una secesión unilateral dependería del reconocimiento de la comunidad internacional¹¹⁰.

¹⁰⁵ CRAWFORD, James, “The Criteria for Statehood in International Law”, en *The British Yearbook of International Law*, Vol. 48, Issue 1, 1 enero 1977, pp. 93–182, especialmente p. 98, disponible en web: <https://www.ilsa.org/jessup/jessup13/British%20Yearbook%20of%20International%20Law-1977-Crawford-93-182.pdf>.

¹⁰⁶ En ese sentido, CRAWFORD, James, “The Creation of States in International Law”, *Op.Cit.*, pp. 27-28 y 92-93; HARRIS, David, “Cases and materials on International Law” (Sweet & Maxwell: Londres, 2004), 6° Ed., pp. 144-145, citando a James Leslie BRIERLY, “The Law of Nations: An Introduction to the Role of International Law in International Relations” (Clarendon Press: Oxford, 1963), 6° Ed., pp. 138-139.

¹⁰⁷ ALMQVIST, Jessica, “The Politics of Recognition, Kosovo and International Law” (Real Instituto Elcano: Madrid, 2009), Working Paper 14/2009, 16 de marzo de 2009, pp. 5-6, disponible en web: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/59fc54004f018b9cbaacfe3170baead1/WP-14_Almqvist_Kosovo_International_Law.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=59fc54004f018b9cbaacfe3170baead1.

¹⁰⁸ A este respecto, cabe comentar que después de un debate interno sobre su falta de reconocimiento internacional, República Checa cambió oficialmente su nombre a “Czechia”, más de dos décadas después de su independencia. Cf. TAYLOR, Adam, “What nine countries founded in past 25 years teach Catalonia?”, en *Dawn*, 1 de octubre de 2017, <https://www.dawn.com/news/1361066>.

¹⁰⁹ “*Even individual acts of recognition may contribute towards the consolidation of status; in Charpentier’s terms, recognition may render the new situation opposable to the recognizing State*”. (“*Incluso los actos individuales de reconocimiento pueden contribuir a la consolidación de la condición de Estado; en términos de Charpentier, el reconocimiento puede hacer que la nueva situación sea oponible al Estado que lo reconoce*”). CRAWFORD, James, “The Creation of States in International Law”, *Op.Cit.*, p. 27; quien cita a CHARPENTIER, Jean, “La reconnaissance internationale et l’évolution du droit des gens” (Éditions Pedone: París, 1956), pp. 217-225.

¹¹⁰ Supreme Court of Canada, *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, párrafo 155, “Reference by the Governor in Council concerning Certain Questions relating to the Secession of Quebec from Canada”, disponible en web: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1998/1998canlii793/1998canlii793.html>. Cabe precisar que, en la OC sobre Kosovo, tanto los Estados participantes –en los procedimientos– como la CIJ hacen referencia a este pronunciamiento de la Corte Suprema de Canadá. Cf. CIJ, “Opinión Consultiva sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo”, *Op. Cit.*, párrafos 55-56.

Cabe precisar que, en la OC sobre Kosovo, tanto los Estados participantes –en los procedimientos– como la CIJ hacen referencia a este pronunciamiento de la Corte Suprema de Canadá. Cf. CIJ, “Opinión

Adicionalmente, es preciso destacar que, en el supuesto de entidades que no califiquen como Estado por incumplir alguno de los criterios de estatalidad (“statehood”), el reconocimiento puede ser constitutivo de una obligación legal para el Estado aquiescente –que la reconoce–. En todo caso, como se explicó anteriormente, el acto de reconocimiento es en principio declarativo, a pesar de que pueda ser de gran importancia en ciertos casos¹¹¹.

Antes de concluir el presente acápite, cabe mencionar que frecuentemente se le critica a la CIJ el haber desaprovechado la oportunidad de tratar los temas de la “secesión como remedio” (“remedial secession”) y la autodeterminación moderna¹¹² (i.e., de pueblos no ocupados ni sometidos)¹¹³.

Sin embargo, respecto a la posibilidad de tratar el tema de la “secesión como remedio”, es legítimo inferir que la CIJ no lo habría abordado simplemente debido a que probablemente consideró que la situación de Kosovo, en ese preciso momento, no lo meritaba¹¹⁴. En efecto,

Consultiva sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo”, *Op. Cit.*, párrafos 55-56.

¹¹¹ CRAWFORD, James, “The Creation of States in International Law”, *Op. Cit.*, p. 92. Cabe apuntar que, en ciertas ocasiones, el término “reconocimiento” puede ser usado para describir actos propiamente constitutivos de un Estado en particular (e.g., un tratado multilateral que establece un nuevo Estado); pp. 27-28.

¹¹² Cabe mencionar que, si bien la CIJ ya había tocado el tema de la autodeterminación en las Opiniones Consultivas sobre el “Sahara Occidental” (1975), y sobre las “Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado” (2004); confirmando el derecho a la misma, en el primer caso (párrafo 70), y determinando que tal derecho había sido violado, en el segundo (párrafo 184); es preciso recordar que, en el caso sobre el Sahara Occidental se abordó el tema en el contexto de descolonización, mientras que en el fallo relativo al Muro, el derecho a la autodeterminación del pueblo palestino desempeñó un papel bastante vago y marginal. Un caso similar lo comportó el de “Namibia” (1971), también en el contexto de la ocupación pero abordado de una manera un tanto marginal. No obstante, cabe recordar que en el asunto relativo a Timor Oriental, el derecho a la autodeterminación de los pueblos ya había sido considerado como una norma oponible *erga omnes*, aunque igualmente en un contexto de colonización u ocupación dado que el territorio fue ocupado por Indonesia luego de su independencia –descolonización– de Portugal. *Supra* 96.

¹¹³ Véase, por ejemplo, BURRI, Thomas, “The Kosovo Opinion and Secession: The Sounds of Silence and Missing Links”, en *German Law Journal*, Vol. 11, N° 07/08, 2010, pp. 888-889, disponible en web: https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b7e02e4c2f8550cdaf7dab/1454891054391/GLJ_Vol_11_No_08_Burri.pdf.

¹¹⁴ La situación de Kosovo en 2010 no habrían justificado una “secesión como remedio”, a diferencia, por ejemplo, de la situación de prolongada guerra civil, crisis humanitaria extrema y graves violaciones de derechos humanos en Sudán del Sur con anterioridad al Acuerdo General de Paz de 2005, donde una “secesión como remedio” hubiera estado plenamente justificada en el hipotético caso de no haber contado con el consentimiento formal del Gobierno central de Sudán para la celebración de un referéndum vinculante sobre la independencia, en el cual la opción secesionista fue apoyada por una abrumadora mayoría de la población. A diferencia del caso de Kosovo, Sudán del Sur es un Estado creado con la aprobación del Estado predecesor. El mecanismo para la secesión estaba enraizado en el Acuerdo General de Paz de 2005 y en el acuerdo constitucional que resultó de éste. Por lo tanto, Sudán del Sur es un raro ejemplo de un derecho a la independencia ejercido en virtud de disposiciones constitucionales nacionales. VIDMAR, Jure, “South Sudan and the International Legal Framework”, en *Texas International Law Journal*, Vol. 47, Issue 32012, p. 553, disponible en web: <http://www.tilj.org/content/journal/47/num3/Vidmar541.pdf>. Véase también, DAY, Joel, “The Remedial Right of Secession in International Law”, en *Potentia*, 2012, p. 30, disponible en web: http://blogs.elpais.com/files/2.secession_day.pdf: “In cases like Sudan, where the government has engaged in a consistent policy of ethnic war, remedial criteria would conclude that the South has the

la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad ya había proporcionado a Kosovo un régimen de autonomía satisfactorio. Asimismo, ya se había superado la situación de graves violaciones de derechos humanos padecida principalmente entre 1996 y 1999 (año en que interviene la OTAN¹¹⁵). Adicionalmente, el régimen político serbio había sufrido profundos cambios desde 1999, de modo que permitía esperar otra actitud y conducta por parte de sus autoridades con respecto a Kosovo¹¹⁶.

Con relación al consentimiento con el Estado plurinacional que contiene al pueblo que pretende secesionarse, cabe destacar que durante los últimos años varios Estados han declarado la independencia con el consentimiento del Estado anfitrión, aunque a regañadientes después de una negativa inicial. Estos incluyen Eslovenia en 1991, Timor Oriental en 2002 y Sudán del Sur en 2011, cuando los resultados de un referéndum sobre la independencia finalmente fueron aceptados por el estado anfitrión. De manera similar, Checoslovaquia se separó pacíficamente en la República Checa y Eslovaquia en 1993 con el acuerdo de ambas regiones.

En relación a Eslovenia, cabe comentar que los países europeos reconocieron la DUI eslovena apenas diez días después de que Eslovenia se declarara independiente y sufriera realmente la ruptura de la integridad territorial de la República Federal de Yugoslavia. Lo mismo ocurrió con la DUI de Croacia y de Bosnia y Herzegovina¹¹⁷.

Si bien el acuerdo del Estado antecesor supone la situación ideal en el derecho internacional, la mayoría de las secesiones no se producen con el consentimiento del Estado anfitrión. Existe una gran cantidad de ejemplos de lo anterior: Armenia¹¹⁸, Azerbaiyán¹¹⁹, Bielorrusia¹²⁰, Croacia¹²¹, Georgia¹²², Letonia¹²³, Macedonia¹²⁴, Ucrania¹²⁵,

moral right to secede". ("En casos como Sudán, donde el Gobierno se involucró en una política de guerra étnica, los criterios de la secesión como remedio concluirían que el Sur tiene el derecho moral de separarse").

¹¹⁵ Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN).

¹¹⁶ Véase, en ese sentido, JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos, "Los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos en la Opinión Consultiva sobre Kosovo: una oportunidad perdida", en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXIII/1, Madrid, enero-junio 2011, p. 46, disponible en web:

http://bibliotecaculturajuridica.com/biblioteca/arxius/PDF/REDI_Vol._LXIII_1_2011/02_Jimenez_digital.pdf.

Véase además, en el mismo sentido, las exposiciones escritas de Argentina (párrafos 83-86), Rumanía (párrafos 132-159), Chipre (párrafos 140-148) e Irán (párrafos 4.1-4.2); así como las exposiciones orales de Rusia (Gevorgian), CR 2009/30 (párrafos 19-22 y 55-59), y China (Xue), CR 2009/29 (párrafos 24-26).

¹¹⁷ Sputnik, "Catalan Situation 'Not a Vanity-Type of Secession, Self-Determination'", 27 de octubre de 2017, disponible en web: <https://sputniknews.com/analysis/201710271058600850-catalonia-independence-declaration-legal-perspective/>.

¹¹⁸ Llevó a cabo un referéndum el 21 de septiembre de 1991 sin el consentimiento de la Unión Soviética y fue admitido como miembro de las Naciones Unidas (NNUU) el 2 de marzo de 1992.

¹¹⁹ Llevó a cabo un referéndum el 29 de diciembre de 1991 sin el consentimiento de la Unión Soviética y fue admitido como miembro de las NNUU el 2 de marzo de 1992.

¹²⁰ Declaró su independencia sin el consentimiento de la Unión Soviética el 29 de diciembre de 1991, consiguió su independencia el 26 de diciembre de 1991 y fue reconocido por todos los miembros de la Unión Europea.

Turkmenistán¹²⁶, Uzbekistán¹²⁷, Bosnia y Herzegovina¹²⁸, etc. En la mayoría de casos se realizó, previamente o para avalar el proceso secesionista, un referéndum. Si bien el referéndum es solo una herramienta de democracia participativa, ha demostrado ser la que otorga más legitimidad.

Sin embargo, más allá de tendencias, surge la pregunta fundamental acerca de si el consentimiento del Estado antecesor es realmente esencial cuando un pueblo va a declarar su independencia. La respuesta debería ser no, por cuanto argüir lo contrario resulta contradictorio y contraría tanto la práctica internacional como el sentido común –por dar pie a sometimientos sujetos a la voluntad unilateral de posibles Estados opresores–¹²⁹.

III. El “Avis” relativo a la secesión de Quebec

En su largo camino hacia la soberanía, tanto escoceses como catalanes se han inspirado en el proceso quebequense, intentando aprender las lecciones dejadas por el proceso secesionista de Quebec. Sin embargo, mientras en el caso escocés la celebración del referéndum tuvo que ser previamente aprobada por el Gobierno británico¹³⁰, en el caso catalán tanto el gobierno central como el TC¹³¹ de España se han opuesto firmemente a garantizar esa posibilidad a Cataluña¹³².

¹²¹ Llevó a cabo un referéndum el 19 de mayo de 1991 sin el consentimiento de Yugoslavia, declaró su independencia el 15 de junio de 1991 y fue admitido como miembro de las NNUU el 5 de mayo de 1992.

¹²² Llevó a cabo un referéndum el 31 de marzo de 1991 sin el consentimiento de la Unión Soviética y fue admitido como miembro de las NNUU el 31 de julio de 1992.

¹²³ Llevó a cabo un referéndum el 3 de marzo de 1991 sin el consentimiento de la Unión Soviética y fue admitido como miembro de las NNUU el 17 de septiembre de 1991.

¹²⁴ Llevó a cabo un referéndum el 8 de septiembre de 1991 sin el consentimiento de Yugoslavia, declaró su independencia el 20 de noviembre de 1991 y fue admitido como miembro de las NNUU el 8 de abril de 1993.

¹²⁵ Llevó a cabo un referéndum el 1 de diciembre de 1991 sin el consentimiento de la Unión Soviética y fue reconocido por todos los miembros de la Unión Europea.

¹²⁶ Llevó a cabo un referéndum el 26 de octubre de 1991 sin el consentimiento de la Unión Soviética y fue admitido como miembro de las NNUU el 2 de marzo de 1992.

¹²⁷ Llevó a cabo un referéndum el 29 de diciembre de 1991 sin el consentimiento de la Unión Soviética y fue admitido como miembro de las NNUU el 2 de marzo de 1992.

¹²⁸ Llevó a cabo un referéndum el 29 de febrero de 1992 y el 1 de marzo de 1992 sin el consentimiento de Yugoslavia, declaró su independencia el 1 de marzo de 1992 y fue admitido como miembro de las NNUU el 22 de mayo de 1992.

¹²⁹ The Conversation, “Self-determination is legal under international law – it’s hypocritical to argue otherwise for Catalonia”, 30 de octubre de 2017, disponible en web: <http://theconversation.com/self-determination-is-legal-under-international-law-its-hypocritical-to-argue-otherwise-for-catalonia-86558>.

¹³⁰ Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland, 2012.

¹³¹ Véase, por ejemplo, Véase, por ejemplo, las Sentencias 31/2015, BOE N° 64, p. 190, y 32/2015, BOE N° 64, p. 213.

¹³² GUÉNETTE, David y Alain-G. GAGNON, “Del referéndum a la secesión – El proceso quebequense de acceso a la soberanía y las lecciones aprendidas con respecto a la autodeterminación”, en *Eunomía* N° 13, octubre 2017 – marzo 2018, pp. 11-12. Disponible en web: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3803>.

En el “Avis” sobre la posibilidad de secesión de Quebec, el Tribunal Supremo de Canadá fundamenta su resolución sobre la base de cuatro principios constitucionales subyacentes (el federal, el democrático, el constitucional y el Estado de Derecho y el de respeto a los derechos de las minorías) que funcionan en simbiosis y estrecha cohesión. En efecto, el Tribunal Supremo de Canadá destaca que “ninguno de estos principios puede ser definido en abstracción de los otros y ninguno de estos principios puede impedir o excluir la aplicación de ninguno de los demás”¹³³.

El “Avis” sobre Quebec identifica cuatro principios constitucionales subyacentes que, hasta 1998, se encontraban ocultos en la cultura político-jurídica canadiense. Estos principios inspiran el texto de la Constitución, comportando premisas implícitas. De esta manera, la Constitución conforma un conjunto de normas jurídicas pero también un marco de principios implícitos¹³⁴. En tal virtud, el Tribunal Supremo de Canadá, a falta una disposición expresa que permita a una de sus unidades territoriales constitutivas realizar la secesión mediante un proceso previamente definido, determina que la Constitución no es un obstáculo y que el principio constitucional subyacente significa que la democracia no permite a las autoridades políticas ignorar la voluntad de modificación de la Constitución, debiendo acceder al diálogo para tal fin¹³⁵.

En el caso de la secesión de Quebec, si bien la Corte Suprema de Canadá determinó que Quebec no podía pretender ejercer el derecho a la autodeterminación mediante la secesión (i.e., a nivel externo), por cuanto no se encontraba impedido del ejercicio de su derecho a la autodeterminación a nivel interno¹³⁶ también señaló que –en un sistema democrático– los deseos de las mayorías deben ser respetados por cuanto ninguna mayoría es más legítima que otra como expresión de la opinión democrática¹³⁷.

A este respecto, resulta necesario explicar el significado del concepto de autonomía interna. Según Stavenhagen, la autonomía interna afectaría no a la propia soberanía del Estado, sino a “[...] la forma de organización política y económica interna”. Por tanto, “[...] más que de secesión o independencia política, se habla hoy en día de diversas formas de autonomía política, territorial y económica”¹³⁸.

En consecuencia, en una sociedad democrática debe haber un proceso continuo de discusión dado que nadie tiene el monopolio de la verdad. Por consiguiente, construir mayorías requiere compromiso, negociación y deliberación. Por ende, un sistema democrático de

¹³³ ROCHER, François, “La incidencia democrática de la nebulosa obligación de claridad del Dictamen relativo a la secesión del Quebec”, en *Eunomía* N° 13, octubre 2017 – marzo 2018, pp. 31-60, especialmente p. 33, disponible en web: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3804>.

¹³⁴ *Ibíd*, p. 36.

¹³⁵ *Ibíd*, p. 42.

¹³⁶ Supreme Court of Canada, *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, párrafos 134-136.

¹³⁷ *Ibíd*, párrafo 66.

¹³⁸ STAVENHAGEN, Rodolfo. “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”. Conferencia impartida en el programa de Doctorado “Relaciones Interétnicas en América Latina: Pasado y Presente”, Universidad Internacional de Andalucía (Huelva: La Rábida, 1998), citado por CABEDO MALLOL, Vicente, “Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina” (Lima: Editorial PUCP, 2002), pp. 53-54.

gobierno debe tomar en consideración las inevitables voces discrepantes y tratar de incorporarlas en el ordenamiento jurídico¹³⁹.

El 25 de marzo de 2014, el TC español dictó –con el voto unánime de todos sus miembros– una importante sentencia a propósito de la Resolución 5/X, de 23 de enero de 2013, del Parlamento de Cataluña, por la que se aprueba la “Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña”¹⁴⁰. En la referida sentencia, el TC rechazó el carácter soberano del pueblo catalán, principalmente, por ser contrario a los Artículos 1.2 y 2 de la Constitución Española¹⁴¹; citando expresamente, en su fundamentación, el pronunciamiento de 20 de agosto de 1998 del Tribunal Supremo de Canadá¹⁴².

Sin embargo, con respecto al derecho a decidir, el TC español determinó que no contradice los enunciados constitucionales, manifestando que aparece proclamado –en la Resolución impugnada– *“como una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional con respeto a los principios de «legitimidad democrática», «pluralismo», y «legalidad», expresamente proclamados en la Declaración en estrecha relación con el «derecho a decidir»*¹⁴³. Adicionalmente, el TC sostuvo que *“los poderes públicos y muy especialmente los poderes territoriales que conforman nuestro Estado autonómico son quienes están llamados a resolver mediante el diálogo y la cooperación los problemas que se desenvuelven en este ámbito”*¹⁴⁴.

En consecuencia, el TC español no descartó la posibilidad del ejercicio del derecho a decidir. Por el contrario, parece perfectamente legítimo y compatible con la Constitución Española, siempre que se respeten los principios constitucionales comunes citados, que surgen del diálogo “transconstitucional”. Al insistir en un proceso democrático, el pluralismo, el diálogo, el estado de derecho y el debido respeto a la voluntad popular, el TC se alineó al razonamiento “transconstitucional” y finalmente llegó a la conclusión de que en caso de reclamaciones autonómicas, los poderes públicos deben tenerlas en cuenta¹⁴⁵.

Al negarse constantemente a dialogar, al denunciar –y encarcelar– a representantes políticos democráticamente electos, al recortar al punto de desnaturalizar el EAC de 2006 previamente refrendado por los ciudadanos catalanes, al denegar a los catalanes el derecho a organizar un referéndum y declararlo ilegal a pesar de sus reclamaciones legítimas¹⁴⁶, es posible concluir que el Estado español obstruyó reiteradamente el debate político, que debe primar en un sistema democrático. No obstante, Cataluña siempre reaccionó pacíficamente

¹³⁹ *Ibíd*, párrafo 68.

¹⁴⁰ Tribunal Constitucional español, Sentencia 42/2014, de 25 de marzo de 2014. Impugnación de disposiciones autonómicas 1389-2013. Disponible en web: <https://www.boe.es/boe/dias/2014/04/10/pdfs/BOE-A-2014-3885.pdf>.

¹⁴¹ *Ibíd*, fundamento jurídico 3, pp. 20-21.

¹⁴² *Ibíd*, fundamento jurídico 3, párrafo 5º, p. 19.

¹⁴³ *Ibíd*, fundamento jurídico 3 b), p. 21.

¹⁴⁴ *Ibíd*, fundamento jurídico 4 b), p. 22.

¹⁴⁵ En ese sentido, LEVRAT, Nicolas *et al.*, “Catalonia’s Legitimate Right to Decide – Paths to Self-Determination”, *Op. Cit.*, p. 60.

¹⁴⁶ En ese sentido, SAINT CLAIR, Frédéric, “Crise catalane : entre légalité et légitimité”, en *Le Figaro*, 2 de noviembre de 2017, disponible en web: <http://www.lefigaro.fr/vox/monde/2017/11/02/31002-20171102ARTFIG00234-crise-catalane-entre-legalite-et-legitimite.php>.

(e.g., mediante manifestaciones, procesos consultivos de participación popular, elecciones locales, etc.), respetando e invocando derechos constitucionales fundamentales.

En virtud del diálogo “transconstitucional”, –del cual se deduce el deber de negociar de buena fe¹⁴⁷– que viene creciendo a nivel mundial y al cual de ninguna manera es ajeno el constitucionalismo español, pareciera que rechazar el debate político en nombre de un sistema constitucional democrático resulta ser a fin de cuentas contradictorio. En efecto, en las conclusiones del “Avis”, es posible identificar obligación de negociar de buena fe, fundada en los cuatro principios constitucionales subyacentes¹⁴⁸, los cuales deben interpretación del texto constitucional. Entre estos principios, cabe destacar el de la democracia constitucional¹⁴⁹.

En suma, “Avis” relativo a la secesión del Quebec supuso incuestionablemente un punto de inflexión en el proceso soberanista del Quebec. Particularmente, afirmó la capacidad del Quebec de separarse del resto de Canadá toda vez que se cumplieran tres condiciones: una pregunta clara, una respuesta clara y una negociación previa¹⁵⁰. En relación con la fase de negociación posterior –ya no anterior al referéndum–, el Tribunal Supremo de Canadá no deja lugar a la ambigüedad en lo que respecta a su obligatoriedad¹⁵¹. Según el Tribunal Supremo, en caso la opción independentista fuera la ganadora en un eventual referéndum, ello “*daría lugar a una obligación recíproca sobre todas las partes de la Confederación para negociar los cambios constitucionales que respondan a la voluntad expresada*”¹⁵².

Sin embargo, el entendimiento del principio democrático rebasa el mero marco formal del gobierno representativo y respetuoso del Estado de Derecho. Es por ello que el Tribunal Supremo de Canadá ha extendido su definición a tres nuevas dimensiones: “(1) *la democracia es un estado permanente de deliberación, de discusión, de debate, de expresión de opiniones, de compromisos y de negociaciones; (2) impone la necesidad de tomar en consideración las voces disidentes y de darles respuesta en las leyes; (3) el derecho de proponer modificaciones constitucionales se traduce en la obligación de comprometerse en un debate para tomar en consideración la expresión democrática de un deseo de cambio pudiendo ser expresado por una o varias provincias*”¹⁵³.

¹⁴⁷ Extraído del precitado caso de la Secesión de Quebec, *Supra* 110. Véase, en ese sentido, las conclusiones de los profesores WELLER, Marc, “Secession and Self-determination in Western Europe: The Case of Catalonia”, *Op.Cit.*; y, VIDMAR, Jure, “Catalonia: The Way Forward is Comparative Constitutional Rather than International Legal Argument”, *Op.Cit.* Law Blogs Maastricht, Maastricht University, *Op.Cit.*

¹⁴⁸ “*El proceso de negociación debe ser conducido en base a los principios constitucionales anteriormente descritos, los cuales deben informar las acciones de todos los participantes en el proceso de negociación*” Supreme Court of Canada, Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, *Op.Cit.*, párrafo 94.

¹⁴⁹ ROCHER, François, “La incidencia democrática de la nebulosa obligación de claridad del Dictamen relativo a la secesión del Quebec”, *Op.Cit.*, p. 44.

¹⁵⁰ GUÉNETTE, David y Alain-G. GAGNON, “Del referéndum a la secesión – El proceso quebequense de acceso a la soberanía y las lecciones aprendidas con respecto a la autodeterminación”, *Op. Cit.*, p. 22.

¹⁵¹ *Ibid*, p. 24.

¹⁵² Supreme Court of Canada, Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, *Op.Cit.*, párrafo 88.

¹⁵³ ROCHER, François, “La incidencia democrática de la nebulosa obligación de claridad del Dictamen relativo a la secesión del Quebec”, *Op.Cit.*, p. 46.

Por su parte, tanto la experiencia referendaria catalana como la escocesa han llevado a Liñeira y Cetrà a establecer cuatro lecciones de utilidad en futuros procesos: (i) el requisito de un mandato popular; (ii) una decisión tomada a través de un referéndum; (iii) un acuerdo entre Estado y sub-Estado para determinar los términos de la consulta; y, (iv) la claridad de la pregunta en cuestión¹⁵⁴

Cabe destacar que recientemente se presentaron algunas propuestas interesantes de reforma constitucional¹⁵⁵ –en aras de lograr la paz y el consenso social–, elaboradas por diez prestigiosos catedráticos de derecho constitucional y administrativo de España, presentadas bajo el título de “Ideas para una reforma de la Constitución”¹⁵⁶. En relación con Cataluña, concretamente, “*propone recuperar los contenidos del Estatut del 2006 desactivados por la sentencia emitida cuatro años después por el Tribunal Constitucional*”¹⁵⁷. Al respecto, hay quienes afirman que a Cataluña le convendría tratar de modificar una vez más su EAC para tener un mayor control sobre la región sin dejar de ser parte de España¹⁵⁸.

Las referidas propuestas deberían ser consideradas en el debate político futuro, por cuanto, el propio TC español, al concluir los fundamentos jurídicos de la Sentencia 42/2014, admite la posibilidad de reforma constitucional, así como el hecho de que “*no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional*”, y que, por tanto, si el Parlamento de Cataluña “*formulase una propuesta en tal sentido, el Parlamento español deberá entrar a considerarla*”¹⁵⁹. De igual manera, cabe destacar asimismo que existe la posibilidad de que en las futuras semanas, desde el ejecutivo que dirige Mariano Rajoy,

¹⁵⁴ HARVEY, Malcolm, “La experiencia escocesa en los referenda de devolución y secesión = The Scottish experience of devolution and secession referenda”, en *Eunomía* N° 13, octubre 2017 – marzo 2018, p. 75; citando a LIÑEIRA, R. y CETRÀ, D., “The Independence Case in Comparative Perspective”, en *The Political Quarterly*, Vol. 86, No. 2, abril de 2015, pp. 257-264, especialmente p. 261.

¹⁵⁵ A este respecto, es importante señalar que el 68% de los catalanes apoya la propuesta de reformar la Constitución Española para mejorar el autogobierno de Cataluña. Cf. El Periódico, “Rebuig majoritari al 155”, *Op.Cit.*

¹⁵⁶ “Una “profunda transformación” de la naturaleza de los estatutos de autonomía en constituciones territoriales, subordinadas a la Constitución federal pero sin la condición de leyes orgánicas del Estado y, por tanto, sin estar sometidas a las Cortes Generales. Remodelar “entero” el sistema de competencias, “defectuosísimo”, afinando su reparto al fijar en la Constitución las que corresponden al Estado y dejando las restantes a las autonomías. Y reconvertir el Senado en cámara territorial, a la manera del Bundesrat alemán, integrado por miembros de los gobiernos autonómicos, lo que serviría para integrar a las comunidades y garantizar su participación en las decisiones del Estado, reduciendo la conflictividad”. Cf. *La Vanguardia*, “Catedráticos de toda España urgen a abordar la reforma constitucional”, 21 de noviembre de 2017, URL: <http://www.lavanguardia.com/politica/20171121/433049119606/catedraticos-de-toda-espana-urgen-a-abordar-la-reforma-constitucional.html> [Visitado el 27 de noviembre de 2017].

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ RIDDERHOF, R. “Catalonia’s Referendum for Independence”, en *The Peace Palace Library*, 29 de septiembre de 2017, <https://www.peacepalacelibrary.nl/2017/09/catalonias-referendum-for-independence/>.

¹⁵⁹ Tribunal Constitucional español, Sentencia 42/2014, de 25 de marzo de 2014. *Op.Cit.*, fundamento jurídico 4 c), p. 22.

busquen hacer un acercamiento hacia el próximo Presidente de la Generalidad de Cataluña, tratando de lograr un “pacto fiscal” común que beneficie ambas partes¹⁶⁰.

Finalmente, es preciso que el ejemplo de Canadá sirva para instruir a las instituciones políticas españolas sobre cómo debe responder un gobierno pluralista democrático, permitiendo la negociación y el diálogo, sin escudarse en una legalidad arbitraria –por no ser producto del consenso entre las mayorías legítimas– y sin tener que recurrir a la represión policial ni judicial. En ese sentido, vale la pena citar a los constitucionalistas quebequeses Guénette y Gagnon:

“En Canadá, a pesar de que el Gobierno central ha mostrado cierto activismo desde el segundo referéndum, su actitud sigue estando lejos de la intransigencia del Gobierno español con respecto a los autonomistas e independentistas catalanes. Desde los repetidos recursos en el Tribunal Constitucional a la amenaza de utilizar la coerción para prevenir el avance de la causa soberanista, las acciones del Gobierno central denotan una completa intolerancia y un rechazo absoluto a la posibilidad de un escenario favorable a la secesión de Cataluña. De nuevo, las enseñanzas de la Corte Suprema de Canadá podrían informar y proveer de argumentos a los autonomistas e independentistas catalanes. En efecto, al imponer la necesidad de actuar de buena fe y con respecto a los principios constitucionales, así como la obligación a negociar la secesión en respuesta a la expresión de una mayoría clara a favor de esta, la Corte Suprema estableció principios cardinales que pueden servir de argumentos de peso en Cataluña con respecto al ejercicio de la democracia”¹⁶¹.

De igual manera, los principios subyacentes en el “Avis” relativo a la secesión de Quebec deben guiar el actuar de los tribunales constitucionales, cuyas decisiones además deben ser de naturaleza justa, equitativa y ponderada. Por cuanto, mientras que la Corte Suprema de Canadá ha reconocido que el orden legal canadiense permite la secesión de una provincia si se cumplen ciertas condiciones, en España el TC ha resuelto categóricamente que no es posible siquiera la celebración de un referéndum al respecto. El marco constitucional español y la intransigencia de los poderes políticos parecen obstáculos infranqueables, “no solo respecto a la independencia de Cataluña, sino también, y sobre todo, con respecto a la expresión de cualquier voluntad democrática por parte del pueblo, lo que también debilita la reputación de España como espacio de democracia real”¹⁶².

Conclusiones

En el derecho internacional público no existe ninguna norma que prohíba las DUI, por lo que éstas son conformes con el derecho internacional. Asimismo, en tanto no existe ninguna

¹⁶⁰ The Guardian, “Spain 'ready to discuss' greater fiscal autonomy for Catalonia”, 21 de noviembre de 2017, disponible en web: <https://www.theguardian.com/world/2017/nov/21/spain-ready-to-discuss-greater-fiscal-autonomy-for-catalonia>.

¹⁶¹ GUÉNETTE, David y Alain-G. GAGNON, “Del referéndum a la secesión – El proceso quebequense de acceso a la soberanía y las lecciones aprendidas con respecto a la autodeterminación”, *Op. Cit.*, pp. 26-27.

¹⁶² GUÉNETTE, David y Alain-G. GAGNON, “Del referéndum a la secesión – El proceso quebequense de acceso a la soberanía y las lecciones aprendidas con respecto a la autodeterminación”, *Op. Cit.*, p. 27.

norma en el derecho internacional que prohíba las DUI, se podría afirmar que tampoco existe una norma en el derecho internacional que prohíba las secesiones¹⁶³.

La CIJ ha limitado el alcance del principio de integridad territorial a la esfera de las relaciones interestatales, descartando su aplicabilidad a las relaciones intra-estatales. Por tanto, salvo normas de *ius cogens*, como la prohibición del uso de la fuerza, no habría ninguna norma del derecho internacional que prohíba la secesión de los pueblos no sometidos ni ocupados, de conformidad con el principio “Lotus” acogido y reiterado por la CIJ¹⁶⁴.

A pesar de algunas críticas¹⁶⁵, es preciso admitir que la decisión de la CIJ de restringir el principio de integridad territorial al ámbito de las relaciones entre Estados es adecuada a los tiempos modernos y a la realidad del mundo actual; por cuanto, como afirma Joshua Keating: “[...] *pocos argumentarían que el mapa actual del mundo es perfecto. Además, algunos sucesos recientes sugieren que quizá sea difícil conservarlo así indefinidamente*”¹⁶⁶.

Aquellos pueblos que no se encuentran sometidos ni ocupados únicamente tienen derecho a la autodeterminación externa (frente al Estado), si se les niega, impide u obstaculiza el ejercicio del derecho a la autodeterminación interna (dentro del mismo Estado). Por consiguiente, el pueblo de Cataluña tendría derecho a optar por la secesión en caso el Estado español les negase, impidiese u obstaculizase el ejercicio de su derecho a la autodeterminación a nivel interno (e.g., negarse reiteradamente a dialogar, denunciar penalmente a sus representantes democráticamente electos, restringir la reforma de su EAC, denegar el derecho a organizar un referéndum, etc.).

¹⁶³ En ese sentido, MUHARREMI, Robert, “A Note on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo”, *Supra* 98.

¹⁶⁴ Según el principio “Lotus”, un hecho es –internacionalmente– lícito de no existir una norma de derecho internacional que lo prohíba. El principio fue establecido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1927 a propósito del caso S.S. Lotus y ha sido reiterado por la CIJ en subsecuentes fallos, como en el caso “Actividades militares y paramilitares contra el Gobierno de Nicaragua” (Nicaragua c. Estados Unidos) o la OC sobre la “Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares”. Mediante la OC sobre Kosovo, la CIJ habría extendido el referido principio a entidades que podrían ser consideradas Estado en *statu nascendi*. *Ibid.*

¹⁶⁵ Las críticas de un reducido sector de la Doctrina se deberían a una interpretación demasiado literal y restrictiva de ciertos artículos o párrafos comprendidos en algunos instrumentos internacionales (e.g., Artículos 1.2 y 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945; Artículos 2 y 6 de la Resolución 1514 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1960; Artículo 1.1 del Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos, 16 diciembre de 1966; Resolución 2625 de la Asamblea General, 24 de octubre de 1970; Artículos II, IV y VIII del Acta Final de Helsinki, 1 de agosto de 1975; y, Resolución 50/6 de la Asamblea General, 9 de noviembre de 1995). Si bien es posible argüir que con anterioridad a la OC sobre Kosovo, el derecho internacional general habría dejado inferir que el principio de integridad territorial constituía un límite del ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos, la Doctrina más reputada, al comentar la Resolución 2775 E (XXVI) de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1971, ya explicaba lo siguiente: “*The principle of ‘territorial integrity’ does not provide a permanent guarantee of present territorial divisions, nor does it preclude the granting of independence to part of its territory, even where such a grant is contrary to the wishes of the majority of the people of the State as a whole*”. CRAWFORD, James R., “The Creation of States in International Law”, *Op. Cit.*, Capítulo 8: Devolution, (3) Grants of independence in furtherance of fundamentally unlawful policies: the bantustans, (iii) The Status of the bantustans under international law.

¹⁶⁶ KEATING, Joshua, “Aprender a vivir con un mapa mundial cambiante”, *Op. Cit.*

En un sistema democrático, los deseos de las mayorías deben ser respetados dado que ninguna mayoría es más legítima que otra como expresión de la opinión democrática. Por ende, en una sociedad democrática debe haber un proceso continuo de discusión, negociación y deliberación por cuanto nadie tiene el monopolio de la verdad. Esto resulta trascendental en el caso español¹⁶⁷, por cuanto el artículo 10.2 de la Constitución Española establece que: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*¹⁶⁸.

Parece cuando menos contradictorio que el TC español, por un lado se alinee al razonamiento “transconstitucional”, citando el pronunciamiento de la Corte Suprema de Canadá y principios constitucionales comunes, y por otro lado, rechace en cierta medida el debate político en nombre de un sistema constitucional democrático.

Como se ha expuesto, el TC español opta por superponer la voluntad de una mayoría democrática en desmedro de otra. Contrariamente a proponer el debate y el consenso entre *“dos mayorías legítimas”*¹⁶⁹, como plantea el Tribunal Supremo de Canadá, el TC de España niega a la mayoría autonómica la posibilidad de siquiera lograr un diálogo que permita que la mayoría nacional tome en cuenta sus necesidades y propuestas, bajo el argumento de la contravención a la legalidad, en lugar de propiciar que tales propuestas sean incorporadas en el marco legal mediante interpretaciones más inclusivas.

Como explica François Rocher, extrayendo lecciones del “Avis” relativo a la secesión de Quebec: *“la sola legalidad no es, en sí misma, suficiente y debe conformarse a un conjunto de principios, de ideas o de valores que conformen una justificación moral de la ley o del reglamento. Es sobre esta base que se apoya en el consentimiento, fundamento de la legitimidad”*¹⁷⁰.

Al reducir la divergencia catalana a un tema estrictamente legal, se pueden llegar a cometer arbitrariedades. En efecto, si se considera la crisis secesionista catalana como una problemática que atañe ante todo a la justicia penal, se podría estar dando la espalda al real problema, además de posiblemente agravar la vulneración de principios democráticos que intersectan con el derecho internacional. Resulta innegable que el referéndum contravino la ley española, pero también resulta evidente que cuando millones de ciudadanos participan en

¹⁶⁷ Si se tiene en cuenta que el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, que establece: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación”.

¹⁶⁸ Cabe citar asimismo el artículo 96.1:
Artículo 96.

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

¹⁶⁹ Supreme Court of Canada, Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, *Op. Cit.*, párrafo, 93.

¹⁷⁰ ROCHER, François, “La incidencia democrática de la nebulosa obligación de claridad del Dictamen relativo a la secesión del Quebec”, *Op.Cit.*, p. 37.

un referéndum que ha sido previamente declarado ilegal, es una clara señal de que trata de un problema político, y no estrictamente legal¹⁷¹.

Sin embargo, resulta loable que el TC español promueva la apertura de un proceso de reforma constitucional e inste al Parlamento español a tomar en consideración eventuales propuestas del Parlamento de Cataluña. A este respecto, conviene tener en cuenta las propuestas formuladas por los catedráticos españoles, presentadas bajo el título de “Ideas para una reforma de la Constitución”. En especial, de aquella relativa a reintegrar los artículos del EAC de 2006 declarados –total o parcialmente– inconstitucionales o sometidos a la interpretación del TC español.

De lo contrario, como concluye Marc Weller¹⁷², recordando las secesiones de Croacia y Eslovenia de la entonces República Federativa Socialista de Yugoslavia (ex Yugoslavia):

“Si las discusiones dentro del orden constitucional no pueden producir resultados, o si a un lado le parece que ese orden está destinado a colocarlo en una posición de desigualdad y desventaja, no es sorprendente que la presión simplemente salga de ese marco a través de una declaración de la independencia. Croacia y Eslovenia¹⁷³ adoptaron esa posición cuando las autoridades centrales de Belgrado no contemplaron un sistema federal más flexible para Yugoslavia. Belgrado había confiado en su dominio en las instituciones centrales yugoslavas, y en el hecho de que la independencia no parecía una alternativa posible. Al final, todo el Estado se disolvió como consecuencia [...] Por lo tanto, la lección del pasado puede ser que es bueno hablar”.

En otras palabras, encontrar una solución legítima y definitiva pasaría por lograr un entendimiento entre ambos Gobiernos –español y catalán– con concesiones mutuas, el cual debería ser refrendado posteriormente por los ciudadanos de toda España –y no solo de Cataluña–¹⁷⁴, lo cual sin duda no será sencillo, pero como expresa Carlos Tuya¹⁷⁵:

“No existe solución a corto plazo, entre otras cosas porque dicha solución debe basarse en el mencionado consenso previo, y contemplar la satisfacción pactada de los tres hechos. Algo que solo será posible con un cambio en la actual correlación de fuerzas entre los que se aferran al viejo concepto del Estado-Nación, y quienes son conscientes de que no se trata de afianzarlo, incluso bajo la forma más elaborada de la plurinacionalidad, sino de inscribirlo en la supranacionalidad, donde gran parte de la soberanía es compartida con otros Estado-Nación. Problema crucial, porque el ser

¹⁷¹ OBERMAN, Kieran, “Does Catalonia have a right to secede?”, en *Open Democracy*, 10 de octubre de 2017, disponible en web: <https://www.opendemocracy.net/can-europe-make-it/kieran-oberman/does-catalonia-have-right-to-secede>.

¹⁷² WELLER, Marc, “Secession and Self-determination in Western Europe: The Case of Catalonia”, *Op.Cit.*

¹⁷³ Véase, respecto a la pertinencia de comparar Cataluña con Eslovenia en lugar de Kosovo, HUDIN, Miquel, “If you must, Catalonia is Slovenia, not Kosovo”, 20 de mayo de 2013, disponible en web: <https://www.hudin.com/blog/if-you-must-catalonia-is-slovenia-not-kosovo/>.

¹⁷⁴ En ese sentido, SAINT CLAIR, Frédéric, “Crise catalane : entre légalité et légitimité”, *Op.Cit.*

¹⁷⁵ TUYA, Carlos, “Cataluña: referéndum, independentismo, y legalidad”, en *Confluencia*, 24 de julio de 2017, p. 2, disponible en web: <http://confluencia.network/coyuntura/901/>.

humano se ha planteado siempre el problema de la integración de manera dolorosa. No digamos la desintegración, como ejemplariza el caso de Yugoslavia. Más cercano: si para el Reino Unido el Brexit está suponiendo un gravísimo problema, el Cataleix sería un auténtico suicidio”.

Cuando el orden constitucional y los actores políticos que en él participan optan por una dinámica y una estructura de dominación con respecto a una nación minoritaria que persigue la independencia, la reconciliación entre los principios democráticos y el Estado de Derecho resulta imposible. En tales contextos: el Estado multinacional pierde legitimidad dentro de las fronteras de la nación minoritaria, y tal nación se vuelve libre de rechazar el orden constitucional que le niega su derecho inherente a la autodeterminación y la igualdad política¹⁷⁶.

¹⁷⁶ TULLY, J., “Liberté et dévoilement dans les sociétés multinationales”, en *Revue internationale d'études québécoises*, Vol. 2, N° 2, 1999; citado por GUÉNETTE, David y Alain-G. GAGNON, “Del referéndum a la secesión – El proceso quebequense de acceso a la soberanía y las lecciones aprendidas con respecto a la autodeterminación”, *Op. Cit.*, p. 27.