

ESTUDIOS

REFERENDUM Y SECESION¹

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

*Catedrático emérito de Derecho Constitucional
Universidad de Bolonia*

SUMARIO

I. El recurso al referéndum de independencia en la crisis de la democracia representativa. II. Solicitud de independencia y fuerza legitimadora del referéndum popular. III: La tergiversación de la autodeterminación. IV. La secesión en las Constituciones. V. Los procedimientos de referéndum en el proceso secesionista. VI. Decisión unilateral en violación de la Constitución. VII. El supuesto de la secesión consensuada. VIII. La confluencia entre democracia directa y representativa.

I. EL RECURSO AL REFERÉNDUM DE INDEPENDENCIA EN LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

En el momento histórico actual, en el que se observa una preocupante deslegitimación de las instituciones de varios países dotados de ordenamientos democráticos, los referéndums independentistas pueden considerarse una de manifestación de la crisis de las instituciones de democracia representativa; instituciones que, guste o no, constituyen la base de las Constituciones democrático-liberales. Al mismo tiempo los referéndum secesionistas ponen de manifiesto una situación crítica para ciertas realidades estatales. Tanto Estados unitarios como Estados federales pueden encontrarse con problemas debido a la demanda de mayor autonomía, o incluso independencia, por parte de entes territoriales. El referéndum puede incluirse en el procedimiento decisorio encaminado a permitir o denegar la secesión. Pero en el ámbito de los referéndums que afectan a la soberanía, no solo existen aquellos que ponen en juego la secesión². En esta categoría se enmarcan los referéndums que

1 Traducido del italiano por Y. GÓMEZ LUGO, profesora de Derecho Constitucional de la *Universidad Carlos III de Madrid*.

2 I. GÖKHAN SEN, *Sovereignty referendums in International and Constitutional Law*, Springer, 2015.

afectan a los poderes soberanos del Estado, y en concreto³, los referéndums territoriales de autodeterminación encaminados a resolver controversias territoriales, la definición de asuntos fronterizos (*border referendum*), la anexión de un territorio a un Estado, la fusión de varios entes en un nuevo Estado, los referéndums que tienen por objeto tratados o acuerdos de adhesión y retirada de organizaciones internacionales, o cualquier limitación de la soberanía estatal (como la relativa a la adhesión o retirada de la Unión Europea y los tratados comunitarios en general) y, en fin, los referéndums de secesión para alcanzar la independencia y la constitución de nuevos Estados⁴.

Estos últimos son utilizados para intentar resolver conflictos territoriales, con el fin de ofrecer legitimación a decisiones relativas a la soberanía y de superar cualquier situación de bloqueo en la toma de decisiones y el estancamiento político-institucional que pueda surgir en los sistemas de democracia representativa. Sin embargo, son evidentes no solo las virtudes, sino también las limitaciones relacionadas con la aplicación de este instituto, ampliamente debatidos por la doctrina. Por un lado, los referéndums son considerados instrumentos de democracia y legitimación de los procesos secesionistas. Por otro, exigen cautela en la medida en que son instrumentos mayoritarios incapaces de proteger a las minorías perdedoras y potencialmente capaces de producir efectos desestabilizadores y generadores de conflictos, en caso de presencia de minorías étnicas, lingüísticas, religiosas.

El recurso a la autodeterminación encaminado a la declaración de independencia es el paso previo a la separación del Estado y, por tanto, a la secesión.

Existen diversas modalidades para proceder a la secesión, tanto por *vía revolucionaria de facto*, como mediante procedimientos formales. Estos últimos pueden preverse en contextos de descolonización y con respeto a las normas establecidas por el derecho internacional (Argelia 1961, Timor Este 1999), o pueden resultar de procesos de *secesión negociada* y consensuada (Montenegro 2006, Sudan del Sur 2011). Podrían derivar del mismo ordenamiento al que afecta la secesión (como ha sucedido en el caso escocés en el que el Reino Unido aceptó el riesgo secesionista) y de las entidades que constituyen un territorio en cuestión (caso de Cataluña, que por vía unilateral instauró un procedimiento de secesión ignorando la negativa del Estado central). El referéndum previsto a nivel estatal, en ausencia de previa habilitación constitucional debería estar incluido en un procedimiento de revisión constitucional. En tal caso, se celebraría a nivel

3 A. AUER, «National referendum in the process of European Integration: Time for change», A. ALBI, J. ZILLER (eds.), *The European Constitution and National Constitutions. Ratification and beyond*, Netherland, Kluw Law international, 2007, p. 262.

4 Sobre los referéndums de secesión como tipo de referéndum sobre poderes soberanos, véase en la doctrina italiana M. VOLPI, «L'organizzazione costituzionale», G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. RINELLA, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2016, 480 ss.; R. SCARCIGLIA, «Profili costituzionali della secesione: dall'esperienza canadese all'indipendenza del Kosovo», *Diritto della Regione*, n.º 5-6, 2009, p. 163.

general y, por tanto, no solo en el territorio interesado en la secesión. En el supuesto de referéndum a nivel local previsto en base a determinaciones unilaterales del ente territorial interesado, no permitido por la Constitución estatal o no acordado entre el centro y la periferia, constituiría una opción contraria a la Constitución del Estado y, por tanto, constitucionalmente ilegítima (como en el caso de Cataluña).

Resulta evidente como en algunos casos (por ejemplo, Montenegro) la decisión referendaria encuentra su fundamento jurídico tanto en el derecho internacional, como en el derecho constitucional y en ocasiones en la recíproca interacción, exigiendo para su análisis una aproximación metodológica interdisciplinaria.

De este modo, en la autodeterminación se entrecruzan derecho internacional y derecho constitucional⁵. Por tanto, será este conjunto de normas el que regularán las iniciativas unilaterales y negociadas encaminadas a la secesión. En efecto, podemos plantear el caso de una declaración unilateral de secesión que conduzca a la independencia (Kosovo, 2008), el caso de un referéndum secesionista *eterodiretto* por una potencia externa (Crimea 2014); casos en que se recurre a procedimientos referendarios acordados entre el Estado central y los entes territoriales interesados (acuerdos de Irlanda del Norte y Reino Unido en 1998, y de Escocia y Reino Unido en 2012; pronunciamiento de principio del Tribunal Supremo canadiense en 1998; referéndum de autonomía de Nueva Caledonia, 2018); el caso de intentos reiterados de referéndums secesionistas organizados de forma unilateral en desacuerdo con el Estado central y con clara contradicción con la Constitución estatal (Cataluña). Al mismo tiempo, resulta necesario tener bien presente que la reclamación o aspiración de autodeterminación puede tener una relación diferente con el objetivo final de la consulta que no siempre se manifiesta a favor de obtener como resultado la secesión. De hecho, existen casos de fracaso de la opción secesionista que, sin embargo, conducen al reconocimiento de niveles más aceptables de autonomía permaneciendo en el marco del Estado en el que está incorporado el territorio en discusión⁶.

Desde el punto de vista jurídico, los referéndums de independencia son habitualmente *consultivos*. En algunos casos se aproximan, incluso, a formas de sondeos de opinión de los territorios consultados. En las experiencias habidas, con la excepción del caso de Montenegro, han tenido siempre naturaleza consultiva y no vinculante. Desde el punto de vista político, resulta innegable que su utilización puede producir efectos significativos que tienden a desestabilizar las estructuras de las relaciones centro/periferia. Además, como muestra la experiencia, puede existir una agravación progresiva de las relaciones centro/periferia pasando de una fase consultiva a una decisoria.

5 P. RADAN, «Secessionist Referenda in International and Domestic Law», M. QVORTRUP (eds.), *Nationalism, Referendums and Democracy. Voting on Ethnic Issues and Independence*, London, Routledge, 2014, p. 9.

6 En este sentido, véase U. HAIDER QUERCIA, «Ordinamenti autonomistici fra riforma e secessione: il significato dei referendum in Scozia e in Catalogna», *Percorsi costituzionali*, 3/2104, p. 665.

Los referéndums de independencia se consideran, en general, un método democrático para comprobar la opinión del electorado, pero su celebración no produce efectos inmediatos sobre la independencia del territorio interesado, sino un compromiso a la negociación con el propósito de alcanzar una secesión consensuada. Según el código de *good practice* de la Comisión de Venecia⁷, la eventual naturaleza vinculante del referéndum no debe prescindir de la previa previsión en la Constitución o en la Ley y, en el caso en que la fuerza del referéndum sea *legal rather than political*, el procedimiento para comenzar las votaciones *should be laid down in specific constitutional or legislative rules*.

De lo hasta aquí expuesto se desprende que el momento referendario exige siempre estar precedido o seguido de la utilización de instrumentos propios de la democracia representativa.

II. SOLICITUD DE INDEPENDENCIA Y FUERZA LEGITIMADORA DEL REFERÉNDUM POPULAR

El referéndum popular puede incorporarse en los procedimientos de toma de decisiones que implican una reivindicación de mayor autonomía política o incluso la independencia de los territorios incluidos dentro de los límites del Estado. En numerosos ordenamientos estatales la presencia de minorías indígenas étnico-lingüísticas y nacionales dotadas de fuerte identidad localizadas en una parte del territorio del Estado unitario lleva a la exigencia de mayores regímenes de autonomía e incluso a una autodeterminación que lleve a la independencia a través de un proceso de secesión.

Debe advertirse que, en general, las Constituciones estatales explícita o implícitamente reconocen el principio de *unidad e indivisibilidad* del Estado y, por tanto, la secesión se considera inadmisibile, si bien no necesariamente son hostiles al reconocimiento de mayores ámbitos de autonomía a las realidades territoriales incluidas en un ordenamiento unitario. La exigencia de una mayor autonomía puede admitirse dentro del marco de la Constitución sin comprometer la integridad del Estado. En ocasiones, la propia Constitución contiene una cláusula que permite formas de mayor autonomía. La Constitución italiana en el artículo 116, párrafo tercero, prevé un procedimiento específico para atribuir formas especiales de autonomía a las regiones con Estatuto ordinario. Las regiones que mediante esta vía obtengan un aumento de competencias tendría un régimen diferente respecto a la mayoría de las regiones.

Completamente distinto es el supuesto en el que se manifiesta una demanda fuerte de autodeterminación encaminada a la secesión.

⁷ Comisión Europea para la democracia a través del derecho. *Código de Buenas prácticas sobre referendos* 16-17 marzo 2007.

En este caso, resulta evidente la tendencia a una especie de racionalización/normalización de los impulsos tendentes al ejercicio de la autodeterminación que tiene como fin la secesión. En efecto, la determinación de las normas procedimentales adoptadas y el recurso a formas de negociación centro-periferia en algunos casos pueden transformar la exigencia radical de secesión en otra encaminada a obtener mayores espacios de autonomía, como demuestran las experiencias de Quebec (1998) y de Escocia (2014), en que la toma en consideración por el poder central de la demanda secesionista ha terminado por conducir a un enfriamiento de la deriva separatista en Canadá y a un rechazo de la exigencia del referéndum celebrado en Escocia.

III. LA TERGIVERSACIÓN DE LA AUTODETERMINACIÓN

A primera vista apelar a la voluntad de las personas que residen en un territorio interesado en independizarse parecería coherente con el principio de autodeterminación garantizado por el *derecho internacional*⁸. Pero esta idea resulta apresurada y, en todo caso, no concluyente. En efecto, el principio sirve solo para determinados casos. Su uso generalizado puede oponerse frontalmente a otro principio, el relativo a la garantía de la soberanía del Estado garantizada en el actual orden internacional.

El derecho internacional considera la autodeterminación como una justificación para separar un territorio de una estructura estatal preexistente que ejerce soberanía⁹. Pero resulta indiscutible que ello solo se refiere a «*la situación particular de los pueblos que se encuentran sometidos a formas de gobierno colonial u otras formas de dominación u ocupación extranjera*». Así, la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), que excluía la autodeterminación en el caso de ordenamientos en que exista un gobierno que represente a la totalidad del pueblo para salvaguardar la integridad del territorio estatal, circunscribiéndolo al rango de «*remedial right*»¹⁰.

Las aspiraciones de las minorías que se encuentran dentro de los límites del Estado, pero sin reconocerse en la identidad mayoritaria nacional ven reconocido

8 Sobre la actualidad de la autodeterminación tendente a la secesión según el derecho internacional, véase P. HILPOLD, «La secessione nel diritto internazionale: Attuali evoluzioni», *Percorsi costituzionali*, 3/2014, p. 733.

9 Sobre el principio de autodeterminación, consultese G. ARANGIO RUIZ, «Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)», *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1988, p. 1. Para un análisis exhaustivo de los procesos de autodeterminación y secesión en el derecho internacional, me remito a A. TANCREDI, *La secessione nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2001.

10 R. KOLB, «Autodétermination et sécession-remède en droit international public», *Global Trends : Law, Policy & Justice. Essays in Honour of Professor Giuliana Ziccardi Capaldo*, New York, Oceana, 2013, p. 57; J. VIDMAR, «Remedial Secession in International Law : Theory and (lack of) Practice», *St Anthony Int. Rev.*, 2010, p. 37; O. CORTEN y A. LAGERWALL, «La doctrine de la 'sécession-remède' à l'épreuve de la pratique récente», *Mélanges Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 187.

en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 de las Naciones Unidas el derecho a la propia identidad cultural, derecho que se ejercerá dentro de los límites estatales. Por tanto, se puede afirmar que los derechos lingüísticos y culturales reconocidos a las minorías nacionales se convierten en una especie de sustituto, un *sucedáneo de un pretendido derecho a la secesión*.

La autodeterminación asume diferentes connotaciones según sea invocada en relación con la aspiración independentista de entes territoriales incluidos en ordenamientos estatales unitarios caracterizados por democracias estables, o bien se manifieste en el caso de desmantelamiento de Estados federales que dan origen a nuevos sujetos de derecho internacional, como en el caso de la constitución de nuevos Estados surgidos de la descomposición de la URSS y de la antigua Yugoslavia. En este último caso, el instrumento referendario constituyó un trámite procedimental fundamental para el reconocimiento de los Estados independientes de Bosnia-Herzegovina, Croacia, Macedonia y Eslovenia. Por tanto, en este supuesto no existe una correlación necesaria entre demanda de autodeterminación y secesión, mientras el derecho internacional protege, sin duda, la integridad territorial de los Estados, por lo que no está reconocido el derecho a la autodeterminación salvo en los casos mencionados. En los tratados internacionales, o acuerdos que tienen por objeto la resolución de cuestiones territoriales, el referéndum se configura, por lo general, como un requisito procedimental fundamental para otorgar legitimación en un proceso independentista; un requisito adicional para demostrar que el proceso de secesión y creación de un nuevo Estado¹¹ no se ha producido en violación del *jus cogens*, si bien no existe una norma de derecho internacional que exija su cumplimiento¹².

IV. LA SECESIÓN EN LAS CONSTITUCIONES

Normalmente, las Constituciones reconocen una relevancia absoluta al principio de unidad e indivisibilidad del Estado, principio no derogable ni siquiera mediante reforma constitucional (Argelia 1989, Portugal 1976, Ucrania 1996). También a nivel doctrinal la secesión es considerada principalmente un acto de ruptura respecto al orden establecido, precisamente por oponerse al principio de unidad situado en la base de los sistemas estatales. Resulta extraño el caso en que el

11 J. CRAWFORD, *The creation of States in International Law*, Oxford, University press, 2007; A. PAVKOVIC, P. RADAN, *Creating new states*, Aldershot, Ashgate, 2007.

12 El instrumento referendario se ha considerado un trámite procedimental fundamental para el reconocimiento de los Estados independientes de Bosnia-Herzegovina, Croacia, Macedonia y Eslovenia, en el marco de las opiniones acordadas por la Comisión de Arbitraje para ex-Yugoslavia. Sobre esta cuestión, véase J. CRAWFORD, *op. cit.*, 417. La doctrina ha reconocido que «*a free territorial referendum is emerging as a procedural conditio sine qua for any territorial reapportionment*»: A. PETERS, «Sense and Nonsense of Territorial Referendums in Ukraine, and Why the 16 March Referendum in Crimea Does Not Justify Crimea's Alteration of Territorial Status Under International Law, EJIL», *Talk!* De 16 abril 2014 disponible online www.ejiltalk.com.

derecho constitucional establezca el marco de una secesión legítima. Y existen escasísimos ejemplos de Constituciones que admitan expresamente el derecho de secesión. Entre las pocas cartas constitucionales que prevén la secesión está la del Principado de Liechtenstein de 1921, la de Sudan de 2005, la de Uzbekistán de 1992. Los procedimientos regulados en estas Constituciones prevén siempre la celebración de un referéndum como instrumento de comprobación preliminar de la existencia de una voluntad popular favorable a la secesión, si bien los mismos procedimientos resultan tan complejos como para convertirlos en irrealizables en la práctica¹³. Un aspecto de particular interés de este tipo de referéndum está representado por la regulación de sus líneas fundamentales, que plantea una serie de problemas relacionados, en concreto, con la formulación de la pregunta, la determinación del electorado activo, las normas para el desarrollo de la campaña del referéndum, la fijación del quórum de participación y aprobación y, en fin, los efectos y las consecuencias relacionados con su aplicación. En líneas generales se observa que estos referéndum, aún previstos en el marco de acuerdos internacionales, deben celebrarse siempre de conformidad con el derecho nacional y normalmente tienen valor consultivo y no vinculante. Por tanto, son generalmente *advisory* y no *binding*¹⁴, aunque ejercen una influencia política decisiva sobre las opciones y las decisiones adoptadas por los actores político-institucionales que intervienen en el proceso de secesión. Por otro lado, son más numerosas las Constituciones que contienen una referencia genérica a las modificaciones en el territorio del Estado que no pueden vincularse a hipotéticas secesiones, sometiendo la validez a la consulta popular o a deliberaciones legislativas específicas de rango constitucional u ordinario.

Resulta interesante el caso de Montenegro que, de acuerdo con la Constitución de 2003, se unió a Serbia y, conforme a la misma Constitución, se pudo llevar a cabo una especie de transición hacia la independencia, que tuvo lugar a través de un procedimiento especial de referéndum que llevó a la secesión (2006).

13 La Constitución del Principado del Liechtenstein prevé en el art.4.2. que el derecho de los municipios a separarse, estableciendo que la decisión de iniciar el procedimiento debe tomarse con el voto mayoritario de los ciudadanos residentes. La secesión debe regularse mediante ley o tratado y, en este segundo caso, se exige una segunda votación en el municipio interesado en las negociaciones. La Constitución etíope reconoce el derecho de secesión (art.39.4), previendo que la demanda de secesión de una nación, de una nacionalidad o de la población, debe ser presentada por el Consejo legislativo de la parte que aspira a la secesión por mayoría de dos tercios. El Gobierno federal está obligado a organizar el referéndum que prosperará si la opción es confirmada por mayoría simple de los votantes. La Constitución de St. Kitts y Nevis prevé (arts. 113-115) el caso de la secesión de la isla de Nevis de la Federación, exigiendo una previa resolución de la Asamblea Legislativa de la isla para aprobar por mayoría de dos tercios y una votación referendaria posterior por dos tercios de los votos emitidos.

14 Sin embargo, debe señalarse, como pone de manifiesto A. Tancredi, que la doctrina está comenzando a cuestionarse la idea de que «el referéndum no sería totalmente inadecuado para producir efectos, también políticos, incluso de cierta relevancia jurídica, en el contexto de los procesos de creación de nuevos Estados ajenos a la autodeterminación clásica!». Véase, «Crisi in Crimea, referendum e autodeterminazione dei popoli», *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 8, n.º 2, 2014, p. 480. En esta misma línea, consúltese P. RADAN, *op. cit.*, 18, para quien el referéndum representa un elemento de legitimación de aspiraciones políticas separatistas.

En las Constituciones que prevén y regulan el derecho de secesión, el referéndum está configurado como un trámite fundamental del procedimiento, de cuyo resultado depende la creación y el eventual reconocimiento de un nuevo Estado. Como se apuntó, se trata de rarísimas excepciones¹⁵, puesto que la mayoría de las Constituciones contemporáneas, a través del reconocimiento de la indivisibilidad del Estado, la integridad territorial y la unidad nacional, prohíben —más o menos explícitamente— la secesión, que va en contra de los principios fundamentales.

V. LOS PROCEDIMIENTOS DE REFERÉNDUM EN EL PROCESO SECESIONISTA

El análisis comparado de varios ordenamientos¹⁶ pone de manifiesto la incidencia que tienen los intentos de referéndum para influir en las decisiones relativas al reconocimiento de mayores espacios de autonomía política a los territorios incluidos en la estructura estatal. En particular, cabe destacar los referéndums secesionistas celebrados en 1980 y 1995 en Quebec, el independentista de Montenegro de 2006, el escocés de 2014 y las consultas populares inconstitucionales celebradas en Cataluña en 2014 y 2017. También deben mencionarse los casos de algunas regiones italianas en 2014.

A los efectos de un análisis comparado, las experiencias de referéndum se refieren a realidades constitucionales completamente diferentes entre ellas que presentan diferentes tradiciones histórico-constitucionales y modelos de descentralización territorial.

Canadá, influida por el modelo constitucional británico, constituye un sistema federal con una connotación profundamente asimétrica, con amplias diferencias étnicas, culturales y económicas, que vive las presiones secesionistas procedentes de Quebec. Las reivindicaciones secesionistas han conducido a la celebración de dos referéndums provinciales¹⁷, que, aunque dieron lugar a un resultado opuesto a la

15 Sobre la doctrina mayoritaria que sostiene la oportunidad de constitucionalizar la secesión me remito, entre otros, a M. JOVANOVIĆ, «Constitutionalizing Secession» *Federalized States: A Procedural Approach*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2007; D. HALJAN, *Constitutionalising secession*, Oxford and Portland, Oregon, Hart publishing, 2014; S. MANCINI, «Costituzionalismo, federalismo e secessione», en *Istituzioni del Federalismo* n.º 4, 2014. Para un análisis sobre si el derecho de secesión puede deducirse del principio federal, véase A. GAMPER, «Sezessionismus und Verfassungstreue», *Journal für Rechtspolitik*, 2018, p. 119.

16 L. FROSINA, «Profili giuridici e aspetti problematici dei referendum di secessione. Un'analisi comparata», *Nomos* 3/2017.

17 M. LÉVESQUE — M. PELLETIER, *Les référendums au Québec : bibliographie*, Québec, Bibliothèque de l'Assemblée nationale du Québec, julio 2005; F. CHEVRETTE — H. MARX, *Droit constitutionnel. Principes fondamentaux. Notes et jurisprudence*, 2.ª ed. Han-Ru Zhou, Montréal, Éditions Thémis, 2016, cap. 5; D. GUÉNETTE, A.G. GAGNON, «Du référendum à la sécession: le processus québécois d'accession à la souveraineté et ses enseignements en matière d'autodétermination», *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 54 (junio 2017), 100 ss.; D. TURP y A. BEAUSÉJOUR, «Self-Determination, Autonomy, Independence and the Case of Québec»,

opción independentista, permitieron a la provincia lograr la reclamación del principio de que cualquier cambio en su *status* político-constitucional deberá basarse en el consentimiento de los ciudadanos expresado mediante referéndum hasta obtener el *status* de nación dentro de Canadá en 2006¹⁸.

De particular importancia fue el pronunciamiento del Tribunal Supremo canadiense de 1998 («*Reference re Secession of Québec {1998} 2 S.C.R. 217*»). En el mismo se afirma que una eventual secesión, aun no estando contemplada en la Constitución, requeriría el recurso a un procedimiento de revisión. Además, el Tribunal reconoció la necesidad de que una eventual secesión debería tramitarse a través de un procedimiento negociado en el que se garantizara la expresión de una mayoría clara (*clear majority*) sobre una pregunta clara (*clear question*). El referéndum no tendría efectos directos sobre la secesión, pero implicaría un deber de negociación entre las partes (*duty to negotiate*), cuyos resultados no podrían anticiparse.

La secesión de Montenegro de la Unión con Serbia encuentra su origen en un acuerdo internacional (*Belgrade Agreement* del 2002) y en la Constitución de la Unión estatal de Serbia y Montenegro de 2003 que, en virtud del art.60, establecía la posibilidad de iniciar un procedimiento tendente a la secesión. La decisión debía adoptarse tras la celebración de un referéndum. La Unión Europea desarrolló un papel importante de mediación entre las partes. Una ley específica reguló el procedimiento de la consulta garantizando el cumplimiento de los principios de *clear question* y *clear majority* establecidos en el debate canadiense e internacional. Los resultados favorables a la separación de la Unión en la consulta de 21 de mayo de 2006 fueron ratificados a nivel parlamentario y condujeron a una nueva Constitución en 2017¹⁹. La experiencia del referéndum de Montenegro constituyó un caso de *costituzionalizzazione* del referéndum como requisito obligatorio en el procedimiento de secesión, así como la intervención de la Unión Europea en la regulación del referéndum y en su sometimiento a los estándares de democracia generalmente reconocidos a nivel internacional.

La experiencia del Reino Unido, en un marco de gran flexibilidad constitucional, se caracterizó por un proceso de *devolution* que llevó al establecimiento

P. HIPOLD (ed.), *Autonomy and Self-Determination — Between Legal Assertions and Utopian Aspirations*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, p. 316.

18 G. PASSANITI, «Il Québec è una «nazione»: un passo verso la «riconciliazione» o la secessione?», *Federalismi.it*, n.º 2, 2017; G. MARTINICO, «I Québécois come Nazione. Una mozione della House of Commons canadese riconosce i québécois come Nazione all'interno del Canada unito», www.associazionedeicostituzionalisti.it.

19 Sobre la regulación del referéndum v. AAVV., *Legal Aspects for Referendum in Montenegro in the Context of International Law and Practice*, Actas del Congreso de Pogdgorica, Montenegro 22/25-9-2005, Pogdgorica, Foundation Open Society Institute, 2005. Cfr. además, S. MANCINI, «Il Montenegro e la «democrazia» della secessione», *Quaderni costituzionali*, n.º 1, 2007, 157 ss.; M. JOVANOVIĆ, «Consensual Secession of Montenegro-Towards Good Practice?», A. PAVKOVIĆ, P. RADAN (eds.), *On the Way to Statehood. Secession and Globalisation*, Hampshire, Ashgate, 2008, p. 133.

progresivo de un sistema más avanzado de aumento de las competencias de las autonomías políticas territoriales, aunque en un sentido fuertemente asimétrico. En este ordenamiento el referéndum, a pesar de su aparente incompatibilidad con la doctrina de la soberanía parlamentaria, fue utilizado para resolver la crisis territorial, manifestándose como un instrumento complementario de la democracia representativa.

De particular interés resulta el caso de la experiencia fallida de secesión consensuada de Escocia del Reino Unido con ocasión del referéndum de independencia celebrado el 18 de septiembre de 2014.

Tras largas vicisitudes²⁰, la apertura del gobierno británico permitió llegar a la adopción del acuerdo de Edimburgo (*Memorandum of Agreement*) —suscrito el 15 de octubre de 2012—, mediante el cual los dos gobiernos se comprometieron a cooperar para convocar un referéndum de independencia y llegaron a un acuerdo sobre algunos puntos fundamentales sobre su celebración. La consulta del 18 septiembre de 2014 rechazó la independencia. Tras la votación del referéndum, el gobierno británico emprendió un proceso de reforma mediante la creación de una comisión especial encargada de elaborar un borrador sobre una amplia devolución de poderes a la Asamblea de Holyrood, que culminó con la aprobación de la Ley de Escocia (*Scotland Act 2016*). La nueva ley atribuyó naturaleza permanente e irrevocable al Parlamento y al Gobierno escoceses definiéndolos como instituciones «permanentes». Asimismo, asignó al Parlamento escocés más competencias en varias materias (de naturaleza fiscal, electoral, de explotación de recursos naturales). Por tanto, se puede constatar como el fracaso de la experiencia de independencia ha comportado un aumento en el proceso de *devolution*, y ello, de conformidad con la flexibilidad constitucional que caracteriza al sistema británico.

Después del referéndum del *Brexit*²¹, la sentencia Miller de la *High Court* de 3 de noviembre de 2016, confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2017, reiteró la supremacía de la soberanía parlamentaria y el carácter meramente *advisory* de los referéndum en ausencia de disposiciones legislativas específicas que prevean lo contrario²².

20 Sobre la evolución de la *devolution* escocesa en estrecha conexión con el referéndum independentista v., en particular, G. CARVALE, «Il referendum del 18 settembre: Scotland chooses the best of both worlds», *Federalismi.it*, n.º 18, 2014; C. MARTINELLI, *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, Torino, Giappichelli, 2016.

21 Sobre las consecuencias della *Brexit* sobre la *devolution* v. G. CARVALE, *A family of Nations. Asimmetrie territoriali nel Regno Unito tra devolution e Brexit*, Napoli, Jovene, 2017, 197 ss.

22 Sobre la sentencia *Miller de la High Court* v. G. CARVALE, *A family of Nations*, cit., 210, que se detiene en varios aspectos de este pronunciamiento sobre el carácter *advisory* y otros efectos del referéndum en el ordenamiento británico en relación con el principio de soberanía del Parlamento y de la democracia representativa. Sobre la sentencia del Tribunal Supremo (*Miller v. Secretary of State for Exiting the European Union* {2017} *Uksc* 5) v. G. F. FERRARI, *La Corte Suprema, brexit e le sorti del costituzionalismo britannico*, DPCE on line, 1, 2017, y F. LANCHESTER, «Brexit per via parlamentare», *il Mulino*, 27 enero 2017, que señala como la sentencia ha rechazado la teoría de la soberanía popular no mediada por los órganos representativos.

En este contexto la experiencia del referéndum escocés, negociada entre centro y periferia, se caracterizó por su carácter totalmente democrático y permitió lograr avances significativos a nivel del autogobierno de Escocia, pese a que el referéndum había dado un resultado contrario a la opción independentista. El referéndum de independencia escocés y las normas que lo regulan garantizaron una consulta de referéndum totalmente democrática que podría constituir un ejemplo de *good practice* en el derecho comparado²³.

En España el regionalismo asimétrico a nivel de autogobierno de determinadas Comunidades Autónomas no ha evitado una tensión prolongada entre la presión de la diferenciación, especialmente de las nacionalidades históricas, y el Estado. Las deficiencias estructurales y funcionales del modelo constitucional de descentralización territorial han revelado en los últimos años su debilidad intrínseca ante reivindicaciones cada vez más firmes de Cataluña, que han llegado hasta el punto de articular el *derecho a decidir*²⁴ sobre la solicitud de referéndum de independencia de España. La firmeza de las instituciones estatales oponiéndose al referéndum de independencia catalán resulta comprensible en un ordenamiento caracterizado por una fuerte rigidez constitucional y basado en un claro predominio de la democracia representativa frente a la democracia directa y referendaria. El conflicto desembocó en 2014-2017 en la celebración de dos consultas populares sobre la independencia, de diferente naturaleza jurídica, ambas declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

El tema de la independencia comenzó a manifestarse con la famosa sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña²⁵.

La «consulta popular no referendaria» sobre el futuro político de Cataluña, basada en la Ley 10/2014, no se llevó a cabo porque la ley fue impugnada por el Gobierno y suspendida en vía cautelar por el Tribunal Constitucional; las SSTC

23 L. FROSINA, *op. cit.*, 18.

24 Sobre la iniciativa secesionista de Cataluña, véanse las contribuciones incluidas en el número de *Teoría y Realidad Constitucional*, titulado «Cuestión catalana». Además, puede consultarse, entre otros, J. M. CASTELLÀ, «Secesión y referéndum sobre el «derecho a decidir» en Cataluña: una aproximación desde el Derecho Constitucional», A.A.V.V., *El futuro territorial del estado español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 451; V. FERRERES COMELLA, «Cataluña y el derecho a decidir», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 37, 2016, p. 461.

25 J. M. CASTELLÀ ANDREU, «La sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y su significado para el futuro del Estado autonómico», *Federalismi.it*, n.º 18, 2010. En sentido crítico, en particular, J. PÉREZ ROYO, «La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España: elementos de continuidad y ruptura, e incidencia en las perspectivas de evolución del Estado autonómico», y P. REQUEJO RODRÍGUEZ, «La posición del Tribunal constitucional español després de la STC 31/2010», ambos en *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 43, 2011, respectivamente, 121 p. 6. Vid. el monográfico que esta misma revista, *Teoría y Realidad Constitucional*, dedicó en su n.º 27 de 2011, especialmente la encuesta respondida por los profs. R. BLANCO VALDÉS, R. CANOSA USERA, F. DE CARRERAS SERRA, M. CARRILLO LÓPEZ, J. CORCUERA ATIENZA, J. GARCÍA ROCA y L. PAREJO ALONSO.

31 y 32/2015 declararon su inconstitucionalidad²⁶. La STC 259/2015 declaró que cualquier intento de secesión quedaría fuera del marco constitucional. Tras diferentes intervenciones del Parlamento de Cataluña el desafío de una secesión unilateral se puso en marcha el 9 de junio de 2017 por el Presidente de la Comunidad Autónoma, quien anunció la celebración de un referéndum que tendría por objeto la declaración de independencia y el paso a una forma republicana de gobierno. En una convulsa sucesión de iniciativas encaminadas a celebrar la consulta, y los consiguientes actos para contrarrestarlos por parte del poder central y del Tribunal Constitucional, la Ley 19/2017 reguló un referéndum de independencia de Cataluña, atribuyendo efectos vinculantes al resultado del mismo y previendo, como consecuencia de una posible victoria de la opción secesionista, la aprobación de una declaración unilateral de independencia. El Tribunal Constitucional mediante medidas urgentes y mediante varias sentencias declaraba la inconstitucionalidad (SSTC 114/2017, de 17 de octubre y 124/2017, de 8 de noviembre). Ello no impidió que el Gobierno de la Generalitat insistiera en la consulta y proclamara los resultados oficiales del referéndum, que dieron un resultado a favor de la independencia, si bien con una muy limitada participación electoral, seguida de fuertes medidas por parte del Gobierno de la Nación.

Las graves y reiteradas vulneraciones de la legalidad constitucional y estatutaria cometidas a nivel político e institucional diferencia el caso catalán de las otras experiencias democráticas examinadas, lo que lo convierte en *unicum* en el panorama comparado.

El caso italiano resulta interesante como ejemplo de rechazo radical a la utilización del referéndum como expediente para declarar la independencia de una región o, más limitadamente, para garantizar un aumento de autonomía regional fuera del régimen previsto por la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha intervenido con diversos pronunciamientos. Con la sentencia 118 de 2015 ha anulado dos leyes de la Región Veneto²⁷. La ley regional n.16 de 2014, aún contemplando un referéndum puramente consultivo, implicaba una demanda de soberanía al menos virtual. Además, como en Escocia, la ley regional n.15 de 2014 preveía la apertura

26 Para una reconstrucción de la jurisprudencia constitucional, v. J. M. CASTELLÀ ANDREU, «Tribunal constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 37, 2016, p. 561.

27 L. A. MAZZAROLI, «Annotazioni e riflessioni sul referendum in materia di «autonomia» che si terrà in Veneto il 22 ottobre 2017», *Federalismi.it*, 13 septiembre 2017; D. TEGA, «Venice is not Barcelona: A Less Aggressive Regional Question gets a More Nuanced Constitutional Answer», *Int'l J. Const. L. Blog*, 22 julio 2015 www.iconnectblog.co; C. FASONE, «Una, indivisibile, ma garantista dell'autonomia (differenziata): la Repubblica italiana in una recente pronuncia della Corte costituzionale sulle leggi regionali venete nn. 15 e 16 del 2014», Blog de la *Revista catalana de dret públic* 15 septiembre 2015 (<http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp>); G. FARRAILOLO, «La Corte costituzionale in tema di referendum consultivi regionali e processo politico: una esile linea argomentativa per un esito (in parte) prevedibile», en *Federalismi.it*, 28 octubre 2015.

de una negociación con el Estado para acordar un referéndum consultivo sobre una mayor autonomía, pero mediante la convocatoria unilateral de consultas sobre cinco cuestiones, también basadas en una mayor autonomía. Finalmente, como en Cataluña, las regiones trataron de ocultar la naturaleza de las consultas, calificándolas como meras «encuestas formalizadas». La Corte rechazó la interpe-lación de los electores incluso con fines de consulta «sobre expectativas de secesión en vista a la creación de un nuevo sujeto soberano. Una iniciativa de referéndum que, como la que se examina, contradiga la unidad de la República no podría jamás traducirse en un ejercicio legítimo de poder por parte de las ins-tituciones regionales y se situaría, por ello, *extra ordinem*»²⁸.

VI. DECISIÓN UNILATERAL EN VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La referencia al principio democrático no legitima una decisión popular para incorporar la autodeterminación a nivel nacional con el objetivo de la secesión, en cuanto colisiona con la supremacía constitucional que no admite excepciones. Y ello, excepto en raros supuestos en que, al menos formalmente, sea la misma Constitución la que prevea la secesión. Si este no fuera el caso, se debe proceder a una previa revisión constitucional.

Por tanto, una decisión unilateral de un ente territorial, aun manifestada por la voluntad directa de los miembros de dicha comunidad mediante referéndum, no puede legítimamente prevalecer sobre el principio unitario y justificar la secesión. La autodeterminación declarada de forma unilateral dentro de un Estado no resulta admisible constitucionalmente convirtiéndose en un hecho subversivo y, en caso de prosperar, en un hecho constitutivo de un nuevo Estado.

En principio, el referéndum a nivel de un territorio incluido en el ordenamiento de un Estado no sería suficiente. Solo sería legítimo si estuviera previsto un procedimiento de revisión constitucional por la Constitución estatal. En este sentido, puede mencionarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que no rechazó de manera abstracta la posibilidad de celebrar un referéndum nacional sobre la secesión, pero sostuvo la necesidad de una reforma constitucional para este tipo de decisión (STC 103/2008, en la que declara la inconstitucionalidad de la Ley vasca 9/2008 que convocaba un referéndum en el País Vasco). Un referéndum similar, efectivamente, «afecta (art. 2 CE) al fundamento del orden constitucional vigente (en la medida en que supone la reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano o, cuando menos, de la relación que

28 Como *extra ordinem* ha sido considerado, además, el reciente intento de la Región Veneto de asumir la competencias para determinar el «popolo veneto» como minoría nacional, contribuyendo a definir los límites de la competencia regional en el ámbito de las cuestiones identitarias. Véase la Sentencia de la Corte Constitucional de 20 de abril 2018, n.º 81.

únicamente la voluntad de éste puede establecer entre el Estado y las Comunidades Autónomas) y por ello sólo puede ser objeto de consulta popular por vía del referéndum de revisión constitucional.» (STC 103/2008, FJ 4.º). No existiendo en España, a diferencia de Italia, límites materiales a la reforma constitucional, según se desprende de la STC 48/2003, en teoría el Tribunal no pone obstáculos a la solicitud de un referéndum de secesión. Por tanto, la posibilidad de secesión no está teóricamente excluida por el ordenamiento constitucional español, pero queda subordinada a una revisión constitucional que impide el recurso a un referéndum autonómico unilateral.

La situación acontecida en Escocia es distinta. El modelo escocés previó un referéndum limitado solo a la población interesada en separarse. Pero no excluyó el carácter previo de la decisión del Gobierno central en este asunto, en la medida en que el referéndum tiene lugar tras un acuerdo preliminar entre Gobierno central y Gobierno escocés. Por tanto, las instituciones de democracia representativa británica, que manifiestan la voluntad de toda la nación, no quedan excluidas de un procedimiento complejo establecido mediante un acuerdo entre el centro y la periferia.

El caso escocés y el español-catalán muestran dos modelos. El español establece claramente que el referéndum de secesión debe ser constitucional y debe celebrarse en toda la Nación. El escocés prevé que el referéndum se limite solo a la población que muestra la voluntad de separarse, pero permite la intervención de las instituciones de democracia representativa en el procedimiento. Pero en ambos casos, estaría garantizado el papel decisorio de los órganos estatales.

VII. EL SUPUESTO DE LA SECESIÓN CONSENSUADA

Se cuestiona si es posible configurar una alternativa viable al caso del recurso unilateral a la autodeterminación tendente a la secesión de un territorio en el que vive una comunidad dotada de identidad, lengua y, en general culturas propias.

A pesar de que en las Constituciones de los Estados, tanto unitarios como federales, se admite pacíficamente, o se considera como principio implícito, el de unidad e indivisibilidad del ordenamiento y, en consecuencia, se rechaza la idea misma de secesión, a nivel doctrinal se ha planteado la cuestión relativa a la posibilidad de una fórmula dialéctica entre centro y periferia basada en la idea de consenso por la que los diferentes elementos del Estado permanecen juntos solo si persiste el vínculo unitario compartido. En caso contrario, no podría excluirse la secesión a condición de que no se organice de forma unilateral, sino consensuada. La *secessione negoziata* sería un ejemplo de secesión «democrática», en la medida en que se aleja de medidas conflictivas porque se basa en el libre consentimiento. La importancia de recurrir al diálogo y la negociación asume una relevancia práctica, ya que en algunas experiencias permite un enfriamiento

de las tensiones entre las partes, y por tanto, puede abrir la puerta a soluciones que impliquen una reconsideración de las condiciones de la autonomía evitando la secesión (casos canadiense y escocés). Además, no puede pasarse por alto que el principio de *colaboración leal* entre Estado y Autonomías constituye una de las características definitorias del regionalismo/federalismo cooperativo; éste resulta de enorme importancia cuando las relaciones centro y periferia se caracterizan por graves tensiones. Tensiones, que el poder político tiene la obligación de controlar y reducir.

En la práctica, cuando se ha propuesto un referéndum popular en un territorio interesado en la independencia, se ha sostenido el principio de que el Estado central amenazado por la secesión haga un intento de avenencia de los intereses en juego, actuando con un criterio de colaboración entre centro y periferia. La presencia de un «deber de negociación», reforzado en los casos canadiense en 1998 y escocés en 2014, se plantea como un correctivo apropiado. Se introduciría, por tanto, un mecanismo bilateral en el que se haría converger el recurso a institutos de democracias referendaria y representativa.

Una justificación histórica de esta idea se encuentra en la doctrina contractualista de la Constitución federal propuesta por el máximo teórico de los *States' Rights* John C. Calhoun, según el cual la Constitución sería '*a compact between states*', más que '*a Constitution over them*'²⁹. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos rechazó dicha tesis en *Texas v. White* (1869)³⁰. Un siglo después, en 1998 el Tribunal Supremo de Canadá en el pronunciamiento sobre la posibilidad de una secesión unilateral de Quebec afirmó la legitimidad de una secesión negociada. En una revisión de la tendencia histórica que el federalismo había contemplado como un proceso de agregación de Estados, actualmente la fórmula de la descentralización política se utiliza para controlar instancias centrífugas mediante la concesión de una amplia autonomía a las Comunidades infraestatales. En el Constitucionalismo contemporáneo resurgen elementos confederales que combinan elementos constitucionales e internacionales. En este contexto, resulta problemático trazar una línea clara de demarcación entre Estado federal y Confederación. En relación con esta última eventualidad emergen elementos confederales, incluido el derecho a abandonar las estructuras estatales mediante la secesión.

La doctrina de la secesión democrática puede resultar problemática si se plantea solo con el objetivo de lograr, por vía negociada, la separación de un territorio de un ordenamiento estatal en el que está incluido. En cambio, puede considerarse viable y, por tanto, útil en lo que respecta a la disponibilidad de las partes a negociar de forma no violenta formas más amplias de autonomía política a favor de un

29 J. C. CALHOUN, «A Discourse on the Constitution and Government of the United States», *The Papers of John C. Calhoun* vol. 28, 69, 82 (C. N. Wilson e S. B. Cook cur.), Columbia, University of South Carolina Press, 2003.

30 *Texas v. White* 74 US 700, 726 (1869).

territorio incluido. En este sentido, tuvo éxito en Canadá para paralizar la secesión de Quebec y en Gran Bretaña para evitar la independencia escocesa.

VIII. LA CONFLUENCIA ENTRE DEMOCRACIA DIRECTA Y REPRESENTATIVA

Estamos atravesando un periodo de dificultades de las instituciones del Estado constitucional. Se habla de crisis de la política y de la democracia representativa, e incluso de deslegitimación de las instituciones, mientras que existen ejemplos de expansión de la democracia directa y, en particular, de la democracia referendaria, dentro de la cual el referéndum independentista constituye una de las muchas expresiones.

Los referéndums se invocan para satisfacer las expectativas de los movimientos separatistas y resolver graves problemas de algunas Comunidades territoriales. Y ello, en la medida en que las instituciones representativas por sí mismas no parecen ser capaces de adoptar soluciones. Sin embargo, los límites vinculados a la puesta en práctica de los procedimientos referendarios son evidentes. Si, por un lado, se los considera instrumentos fundamentales de la democracia directa, por otro, se los critica por el hecho de que a menudo se utilizan sobre aspectos *extra-costituzionale*, como instrumentos mayoritarios incapaces de proteger a las minorías perdedoras y que pueden producir efectos desestabilizadores a nivel sistémico. A este respecto, debe recordarse que el instrumento referendario no elimina el recurso al instrumento clásico del Estado basado en la representación política mediante la institución parlamentaria. Resulta necesario señalar que los referéndums de independencia tienen efectos consultivos y no vinculantes. Sirven para poner de manifiesto una voluntad mayoritaria a favor o en contra de la opción, pero a su celebración no se vinculan efectos inmediatos en la independencia del territorio interesado, sino obligaciones de negociación o medidas parlamentarias tendentes para alcanzar una secesión consensuada. Según el código de *good practice* de la Comisión de Venecia, cualquier carácter vinculante del referéndum debe contar con una base jurídica en la Constitución o en la ley, y el desarrollo del procedimiento estará siempre predeterminado por normas positivas previstas a nivel constitucional y legislativo.

En conclusión, la decisión sobre la secesión para establecer una nueva realidad política independiente no podría alcanzarse basándose únicamente en instrumentos de democracia directa. Las encuestas de opinión y los referéndums consultivos, en realidad, se presentan como un instrumento para una decisión final. Abandonar completamente los canales que ofrecen las instituciones representativas parece poco viable. Corresponde siempre al sistema de la representación gobierno-parlamento supervisar el procedimiento de la consulta. Ello es particularmente evidente cuando el criterio de la negociación entre las partes institucionales interesadas debería prevalecer.

TITLE: *Referendum and secession*

ABSTRACT: *The ever more persistent reference to the link between referendum and secession does not allow to justify the denial of the constitutional legality principle. When the referendum is connected to the Independence request, as a tool of direct democracy has to be constitutionally foreseen or authorized through a constitutional revision procedure.*

RESUMEN: *La referencia cada vez más insistente al vínculo entre el referéndum y la secesión no permite justificar la negación del principio de legalidad constitucional. El instituto del referéndum como instrumento de democracia directa, cuando está vinculado a la solicitud de independencia, debe estar previsto constitucionalmente o autorizarse a través de un procedimiento de revisión constitucional.*

KEY WORDS: *referendum, secession, direct democracy.*

PALABRAS CLAVE: *referéndum, secesión, democracia directa.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 31.10.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 5.02.2019

