

Posibilidad y conveniencia de un nuevo derecho de secesión en las democracias constitucionales

de Gaspar González Represa*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. ¿Es posible constitucionalizar un derecho de secesión? El debido respeto a los principios constitucionales y el carácter metaconstitucional de la secesión. – 3. ¿Es conveniente constitucionalizar un derecho de secesión? El conflicto entre el Estado de Derecho y la legitimidad democrática de la secesión. – 4. Conclusiones.

1. *Introducción*

Los estudios sobre la secesión de entidades infraestatales se nutren frecuentemente de dos grandes debates. Este capítulo se adentra, por un lado, en el debate sobre la capacidad de una democracia constitucional de regular un derecho de secesión y, por otro, en el debate sobre la conveniencia de dicho reconocimiento. Además, estas dos grandes cuestiones son las razones que habitualmente subyacen a la decisión del constituyente de prohibir la secesión, la cual proviene tanto de considerar la secesión como una opción política que un sistema constitucional no puede tolerar por su contradicción con varios principios constitucionales, como de consideraciones estratégicas, ocupando la idoneidad de constitucionalizar la secesión un lugar prioritario en los debates constituyentes¹.

* Doctor por la Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli* y la Universidad de Málaga. Actualmente, Profesor Sustituto en el área de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga.

Este capítulo corresponde a la ponencia, “Posibilidad y conveniencia de un nuevo derecho de secesión en las democracias constitucionales”, presentada el 16 de noviembre de 2022 en el seminario «Profili di attualità del costituzionalismo contemporáneo» del Dottorato in pluralismo giuridici: prospettive antiche e attuali, en la Università di Palermo, Italia.

Este capítulo se basa en la tesis doctoral, “Self-determination and secession in constitutional democracies. A study of the Spanish case” desarrollada en la Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*, bajo la supervisión de la Dra. Daniela Bifulco, en cotutela con la Universidad de Málaga, bajo la supervisión del Dr. Ángel Rodríguez-Vergara Díaz, y defendida en mayo de 2022.

Esta investigación se integra también en el proyecto «La génesis de nuevos derechos fundamentales en España en el marco del constitucionalismo global (IUSGENESIS)», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación– Agencia Estatal de Investigación/Proyecto, con la referencia PID2021-126875OB-I00, y por la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía (Ayuda ProyExcel_00457 del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020) – Convocatoria 2021), IP Dr. Rafael Naranjo de la Cruz.

¹ R. WEILL, *Secession and the prevalence of both militant democracy and eternity clauses worldwide*, en *Cardozo Law Review*, vol. 40, 2018, 977-985.

Canadá y Reino Unido acertaron al situar el debate de la secesión en el corazón del constitucionalismo democrático y el Estado de Derecho ante las demandas independentistas de Quebec y Escocia². Cuando estos países articularon una respuesta para la secesión basada en estos elementos marcaron definitivamente el camino al resto de democracias para la migración de respuestas constitucionales. La Corte Suprema canadiense en el célebre dictamen *Reference re Secession of Quebec* de 1998 constató los principios que subyacían a la Constitución y que debían regir cualquier solución dada a la secesión: la democracia, el constitucionalismo, el Estado de Derecho, el federalismo y la protección de las minorías. Para el estudio de los dos grandes debates planteados es indispensable la consideración de estos principios, pues son comunes a otros muchos Estados constitucionales con regímenes liberal-democráticos, a los que se pretende dirigir este trabajo. No obstante, nos abstendremos de analizar los dos últimos, el federalismo y la protección de minorías, pues son reglas de juego o condicionantes de los otros tres principios, por lo que trabajaremos únicamente con los principios de constitucionalismo, Estado de Derecho y el principio democrático³. No obstante, aunque sean comunes a todos los sistemas constitucionales y sean los únicos que trabajemos en este capítulo, estos no son los únicos principios a considerar, pues cada sistema constitucional debe concretar el encaje constitucional de la secesión de acuerdo con su tradición jurídica y sus particularidades político-legales⁴. De este modo, el resto de Estados no deben copiar estrictamente lo hecho por Canadá o Reino Unido, pero sí deben responder a las mismas cuestiones que estos sistemas se atrevieron a abordar, atendiendo a los principios fundamentales de su propio sistema⁵.

2. ¿Es posible constitucionalizar un derecho de secesión? El debido respeto a los principios constitucionales y el carácter metaconstitucional de la secesión

En primer lugar, debe analizarse si la secesión es una aspiración política

² A. LÓPEZ-BASAGUREN, *La secesión de territorios en la Constitución Española*, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 25, Madrid, 2013, 96.

³ A. LÓPEZ-BASAGUREN, *op. cit.*, 2013, 93-100.

⁴ A. LÓPEZ-BASAGUREN, *op. cit.*, 2013, 99.

⁵ Como los relativos a la titularidad de la soberanía, aunque la *Reference* recurrió escasamente a este principio. La concreta regulación constitucional que haga cada ordenamiento sobre el poder soberano y la adecuación a este de un derecho de secesión debe ser analizado en el estudio concreto de un sistema constitucional. En este capítulo únicamente trabajaremos con la encarnación jurídica de la soberanía, es decir, el poder de reforma constitucional (E. FOSSAS ESPADALER, *Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 101, 2014, 288; A. LÓPEZ-BASAGUREN, *op. cit.*, 2013, 90-91; *Reference re Secession*, párrafo 75). J. CORCUERA ATIENZA, *Soberanía y autonomía. Los límites del "derecho a decidir"*. *Comentarios de la STC 103/2008*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 86, 2009, 334-336.

legítima en una democracia. Aquí se entendería por legitimidad la justificación político-moral de una aspiración y su consideración como justa y razonable. Justificar la satisfacción de una demanda independentista en aras de colmar una exigencia muy respaldada popularmente no es suficiente, puesto que la existencia de una mayoría no es por sí misma legitimadora de sus fines⁶. Aunque la política no puede desatender una amplia mayoría secesionista, la secesión debe encontrar mayor justificación que la de estar respaldada por una gran mayoría. Por tanto, independientemente del respaldo social a la secesión, para dilucidar si una aspiración independentista es legítima debemos preguntarnos si atiende a unas razones aceptables dentro del marco insoslayable de la democracia liberal y pluralista. Es doctrina mayoritaria la que respalda que la secesión es una aspiración que perfectamente encuentra cabida en una democracia liberal, siendo esta la perspectiva de la que parte este capítulo⁷. Si se trata, por tanto, de una aspiración legítima que puede permanecer dentro del debate público, debemos preguntarnos ahora si traspasa o no los límites del Derecho.

Frecuentemente los movimientos independentistas recurren al argumento democrático para legitimar la secesión y su encaje constitucional, lo que obliga a tener en cuenta las relaciones entre el principio democrático y el resto de principios constitucionales. En primer lugar, el encaje de la secesión por una democracia debe partir de la sujeción del principio democrático al constitucionalismo y al Estado de Derecho⁸, estando condicionada su aplicación como criterio prioritario para interpretar la Constitución. La relación entre estos principios es la de una plena interconexión, no pudiendo invocarse de forma aislada un principio y abstraerse de sus contradicciones con otros, como señaló la Corte Suprema canadiense. Por tanto, en el encaje constitucional de la secesión debe siempre valorarse las limitaciones impuestas al principio democrático por estos otros principios constitucionales⁹.

El conflicto entre la primacía de la Constitución y el principio democrático, o entre el Estado de Derecho y el principio democrático, ha sido tradicionalmente una de las cuestiones más problemáticas de la teoría constitucional y ha adquirido nuevamente gran protagonismo a raíz de los recientes episodios secesionistas. La supremacía de la Constitución sobre el principio democrático se

⁶ M. ARIAS MALDONADO, *Sobre la legitimidad de la secesión territorial en el marco liberal-democrático*, en IDEES, número especial: *Catalunya – España: ¿del conflicto al diálogo político?*, Centre d'estudis de temes contemporanis, Barcelona, 2020 (Disponible en <https://revistaidees.cat/es/sobre-la-legitimidad-de-la-secesion-territorial-en-el-marco-liberal-democratico/> [último acceso: 8 de noviembre de 2022]).

⁷ J. M. RUIZ SOROA, *Regular la secesión*, en *La autodeterminación a debate*, editado por J. J. Solozabal, Madrid, 2014, 174-177.

⁸ *Reference re Secession*, párrafo 78.

⁹ A. CALONGE VELÁZQUEZ, *El derecho de secesión en Canadá: una regulación jurídica completa y un problema político sin resolver*, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 25, Madrid, 2013, 115-116.

justifica en la preservación del propio sistema democrático y los derechos individuales y conlleva que la democracia se ejerza siempre por los procedimientos establecidos por la Constitución¹⁰. Sin embargo, los movimientos secesionistas en ocasiones han parecido sugerir que sea el principio democrático el que tome prioridad sobre la Constitución, apelando prejurídicamente a este principio para justificar la consecución de sus aspiraciones. De este modo, el principio democrático condicionaría la validez del propio sistema constitucional, que podría ser revocado por el pueblo aun por medios que vulneren los procedimientos y principios constitucionales¹¹. No obstante, esta investigación no opta por dar tal prioridad al principio democrático.

La supremacía de la Constitución y del Estado de Derecho sobre el principio democrático supone que este actúe de acuerdo con los procedimientos previamente establecidos. Una democracia se ejerce conforme a unas reglas legales y constitucionales establecidas por procedimientos democráticos¹², por lo que las consecuencias del principio democrático sólo podrán ser las previstas legalmente¹³. La simple expresión democrática de una amplia voluntad popular a favor de la secesión no produce efectos jurídicos por sí sola por muy amplia que esta sea¹⁴. Al no estar regulado previamente un derecho de secesión, la expresión democrática de una voluntad secesionista no podrá nunca producir efectos jurídicos¹⁵. Por ello, una entidad infraestatal no puede apropiarse de un derecho de secesión unilateral al margen de la legalidad bajo el pretexto de una manifestación democrática de una voluntad secesionista. De hecho, Canadá y Reino Unido abogaron en todo momento por el respeto al Estado de Derecho y rechazaron de forma tajante la existencia de un derecho de secesión unilateral.

La democracia se ejerce conforme a unas reglas legales y constitucionales aprobadas por procedimientos democráticos, los cuales son reformables también por procedimientos democráticos establecidos a tal efecto¹⁶. El constitucionalismo y el Estado de Derecho impiden que se modifique unilateralmente la legalidad para

¹⁰ H. LÓPEZ BOFILL, *Hubris, constitutionalism, and "the indissoluble unity of the Spanish nation": The repression of Catalan secessionist referenda in Spanish constitutional law*, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, 3, Oxford, 2019, 945-946; B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *La acomodación constitucional de la secesión: el caso español*, en *Fundamentos*, 10, Oviedo, 2019, 250.

¹¹ A. BAR CENDÓN, *Hubris, constitutionalism, and "the indissoluble unity of the Spanish nation": A reply to Héctor López Bofill*, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, 3, Oxford, 2019, 973-976.

¹² A. BAR CENDÓN, *op. cit.*, 973-976.

¹³ A. LÓPEZ BASAGUREN, *op. cit.*, 2013, 95.

¹⁴ A. CALONGE VELÁZQUEZ, *op. cit.*, 115-116.

¹⁵ *Reference re Secession*, párrafo 87, "The democratic principle identified above would demand that considerable weight be given to a clear expression by the people of Quebec of their will to secede from Canada, even though a referendum, in itself and without more, has no direct legal effect, and could not in itself bring about unilateral secession".

¹⁶ A. BAR CENDÓN, *op. cit.*, 973-976.

el reconocimiento de un derecho de secesión, debiendo reconocerse la legalidad vigente y transformarla por los cauces democráticos existentes¹⁷. El constitucionalismo exige que cualquier reforma constitucional cumpla siempre con los procedimientos de reforma establecidos y las mayorías cualificadas fijadas para ello. Eludir los límites formales al poder de revisión constitucional para reconocer un derecho de secesión supondría actuar al margen de la legalidad constitucional y recurrir a la vía de los hechos bajo la justificación de una voluntad popular coyuntural.

En el Derecho Comparado se pueden distinguir dos tipos de encaje constitucional de la secesión. Por un lado, la opción de considerar que la secesión es una opción política que el sistema constitucional puede tolerar y a la que se puede encontrar encaje sin reformar la Constitución. Este es el caso de Escocia y la celebración del referéndum de 2014 o el caso de Canadá con Quebec¹⁸. Cuando no sea posible encontrar encaje a la secesión de este modo por su contradicción con principios y preceptos constitucionales, la otra opción es reformar la Constitución para regular un derecho de secesión y salvar su contradicción con ciertos preceptos constitucionales, modificando aquellos principios estructurales afectados por este derecho para evitar una falta de coherencia que perjudique su funcionalidad¹⁹. No obstante, en ambos tipos de encaje constitucional de la secesión haría falta en principio una posterior reforma constitucional tras el ejercicio del derecho por una entidad infraestatal que culmine el proceso secesionista ajustando el marco constitucional vigente a un nuevo ámbito territorial y personal de aplicación.

Estos dos tipos de encaje constitucional de la secesión son dos modos distintos de regular los efectos jurídicos de una expresión democrática de una voluntad popular a favor de la secesión. La elección por una u otra de estas alternativas y la necesidad de la reforma constitucional para reconocer un derecho de secesión dependerá de las contradicciones entre este y los principios constitucionales fundamentales. En el primer caso, una voluntad secesionista produce efectos jurídicos en base a un acuerdo democrático y una regulación no integrada en la Constitución, proveyendo a la secesión de la necesaria cobertura legal. Esta opción es posible siempre que no se produzcan contradicciones con la Constitución, no siendo necesaria, por tanto, su reforma, y dando cobertura legal a un concreto proceso de secesión. En cambio, en el otro supuesto una manifestación democrática de una voluntad secesionista produce efectos jurídicos en base a la regulación constitucional de un derecho de secesión realizada mediante una previa reforma de la Constitución. En estos casos las contradicciones de la secesión con la Constitución solo son salvables previa reforma, siendo un derecho ejer-

¹⁷ M. MEDINA ORTEGA, *Derecho de secesión en la UE*, Madrid, 2014, 186-187, 193-195.

¹⁸ A. MACIVER, *Metaconstitutionalising Secession: The Reference and Scotland (In Europe)*, en *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession, Legacies of the Quebec Secession Reference*, editado por G. DELLEDONNE y G. MARTINICO, Cham, 2019, 115-117.

¹⁹ B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREJEDO, *op. cit.*, 260.

citabile por todas aquellas entidades infraestatales legitimadas para ello de acuerdo con la regulación dada. La necesidad de la reforma constitucional para reconocer un derecho de secesión junto a la posibilidad de que dicha reforma se lleve a cabo son dos cuestiones cruciales y ampliamente discutidas. Para dar respuesta a ambas deben tenerse en cuenta las particularidades de cada sistema político, el diseño constitucional respecto a la secesión y los límites materiales a la reforma constitucional, factores todos ellos que nos obligan a realizar distintas consideraciones.

En primer lugar, debemos analizar aquellas Constituciones que prohíben la secesión, diferenciando entre aquellas que lo hacen de forma explícita y aquellas otras implícitamente. Mientras que la necesidad de la reforma es evidente en aquellas Constituciones que prohíben la secesión explícitamente, esto genera mayores dudas en las prohibiciones implícitas. No obstante, considerar que una reforma constitucional podría eludirse en estos casos constituye una interpretación muy forzada, pues siempre existiría una clara contradicción con un precepto constitucional. Si la reforma para el encaje constitucional de la secesión es necesaria en cualquier Constitución que la prohíba implícita o explícitamente, la distinción entre aquellas Constituciones que consideran el correspondiente precepto una cláusula de intangibilidad y aquellas otras que no, resulta esencial para valorar la posibilidad de la reforma y, eventualmente, del encaje constitucional de la secesión. En aquellas Constituciones que prohíben la secesión sin establecer una cláusula de intangibilidad al respecto, la secesión contradice la Constitución, pero si el poder de revisión constitucional no cuenta con límites materiales no se podría sostener a priori que mediante una reforma no se pueda salvar dicha contradicción. El reconocimiento de un derecho de secesión sería posible de forma implícita al reconocer la Constitución procedimientos para su reforma y no establecer límites materiales al respecto. En cambio, en aquellas Constituciones en las que la prohibición de la secesión constituye una cláusula de intangibilidad, la secesión no es legalmente posible al no poder reformarse el precepto que la prohíbe, no encontrando cauce legal alguno para desarrollarse, ni siquiera mediante la reforma constitucional, por lo que en estos casos nunca será posible acomodar la secesión. Este es el caso de Francia²⁰, Portugal²¹ o Italia²², que declaran irreformable el principio de integridad territorial.

²⁰ Artículo 89 de la Constitución francesa.

²¹ Artículo 288.a) de la Constitución portuguesa.

²² En base a la interpretación de la Corte Constitucional italiana del artículo 5 en relación con el 139 de la Constitución en la Sentencia 118/2015, del 25 de junio de 2015, “La unidad de la República es uno de los elementos más esenciales del ordenamiento constitucional que debe ser excluido incluso de los poderes de revisión constitucional” (G. DELLEDONNE y M. MONTI, *Secessionist Impulses and the Italian Legal System: The (Non) Influence of the Secession Reference*, en *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession*, editado por G. DELLEDONNE y M. MARTINICO, Cham, 2019, 185-207). “L’indivisibilità della Repubblica è un limite assoluto che nessuna maggioranza parlamentare (e nemmeno l’organo nella sua unanimità), può in alcun modo travalicare, se non al costo di produrre una drastica e definitiva rottura dell’ordinamento costituzionale” (C. DE FIORES y D. PETROSINO, *Secessione*, Roma, 1996, 98-99).

Por tanto, la pregunta de si es posible constitucionalizar un derecho de secesión debe reformularse a si existen o no límites materiales a la reforma constitucional que impidan reconocer dicho derecho. En el párrafo anterior nos hemos referido a los límites materiales a la reforma impuestos por el poder constituyente de un Estado, aquel núcleo estable e irreformable que se pretende sustraer del debate²³. Estos límites se derivan de la propia configuración del sistema político e impiden una alteración de los elementos esenciales del sistema democrático que dé lugar a otra fórmula estatal, en este caso, de la integridad territorial del Estado. Sin embargo, además de este tipo de límites materiales a la reforma, debemos distinguir aquellos otros límites aplicables a todas las Constituciones²⁴, pues derivan del concepto normativo liberal de Constitución y de los principios inspiradores del constitucionalismo moderno²⁵. Por tanto, a la hora de valorar si una reforma constitucional que reconozca un derecho de secesión es posible será esencial tener en cuenta ambos tipos de límites materiales a la reforma.

Debemos tratar ahora aquellas Constituciones que ni regulan ni prohíben la secesión y se mantienen en silencio, con las cuales resulta más difícil pronunciarse sobre la necesidad de su reforma. A priori podría parecer que la reforma se podría omitir al no existir una contradicción con un precepto constitucional. Sin embargo, esta constituye también una interpretación muy forzada que debemos descartar, pues la *Reference* sostuvo que en las Constituciones que guardan silencio sobre la secesión se debe evitar una interpretación literal del texto²⁶. La Corte canadiense fue más allá de una lectura superficial de la Constitución, pues esta abarca también el conjunto de principios constitucionales implícitos que subyacen al texto²⁷. La *Reference* desplazó la imperatividad del texto constitucional en beneficio de un mayor entendimiento de sus principios generales, que constituyen el verdadero espíritu de la Constitución²⁸. Es necesaria la consideración de estos principios constitucionales subyacentes para esclarecer si es necesaria la reforma constitucional para encontrar encaje a la secesión²⁹.

²³ K. HESSE, *Concepto y cualidad de la Constitución*, en *Escritos de Derecho Constitucional*, editado por P. CRUZ VILLALÓN y M. AZPITARTE SÁNCHEZ, 2011, 25-26.

²⁴ Esta distinción se analiza en J. RUIPÉREZ ALAMILLO, *Una cuestión nuclear para la teoría del Derecho Constitucional: sobre la reforma de la Constitución y sus funciones en el Estado Constitucional Democrático*, en *Anuario da Faculdade de Direito*, 1, 1997, 481-482.

²⁵ J. RUIPÉREZ ALAMILLO, *Constitución y autodeterminación*, Madrid, 1995, 115-123.

²⁶ G. MARTINICO, *A Message of Hope: A Legal Perspective on the Reference*, en *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession*, editado por G. DELLEDONNE y G. MARTINICO, Cham, 2019.

²⁷ *Reference re Secession*, párrafo 148: "The Constitution is more than a written text. It embraces the entire global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority. A superficial reading of selected provisions of the written constitutional enactment, without more, may be misleading. It is necessary to make a more profound investigation of the underlying principles that animate the whole of our Constitution".

²⁸ A. LÓPEZ-BASAGUREN, *op. cit.*, 2013, 93.

²⁹ *Reference re Secession*, párrafo 84.

Sin embargo, estos mismos principios subyacentes que determinan la necesidad de la reforma para acomodar la secesión en las Constituciones que guardan silencio sobre esta pueden también condicionar su posibilidad actuando como límites materiales implícitos a la reforma³⁰. De este modo, tanto los límites derivados del concepto normativo liberal de Constitución y del constitucionalismo moderno como aquellos establecidos por el constituyente de una comunidad política, pueden ser explícitos o implícitos, derivando estos últimos de los mencionados principios constitucionales subyacentes y siendo los que sumen una mayor complejidad a la hora de interpretar la posibilidad de una reforma constitucional para regular un derecho de secesión. Además, los principios constitucionales subyacentes deben tenerse en cuenta para valorar la necesidad de la reforma constitucional y su posibilidad no sólo con las Constituciones. Ante la imposibilidad de reformar la Constitución y de acomodar la secesión en cualquiera de los diseños constitucionales analizados por la existencia de límites materiales a la reforma, ya sean explícitos o implícitos, en ocasiones se ha teorizado sobre un proceso constituyente no constituido. La entrada en escena de un nuevo poder constituyente para sustituir al poder constituyente anterior provocaría la aparición de un nuevo sistema constitucional³¹. La legitimidad de la nueva Constitución que emane de este proceso dependería de la efectividad de sus preceptos y no del procedimiento seguido para su aprobación, que no será el previsto para la reforma. La ruptura de la Constitución como pacto político fundacional de forma deliberada por el Estado matriz y el desarrollo de un nuevo proceso constituyente daría lugar a una nueva Constitución reconociendo un derecho de secesión. Sin embargo, esta posibilidad siempre supondrá legitimar futuras violaciones de la legalidad constitucional por el propio sistema³².

Uno de los principios subyacentes de cualquier Constitución es el de la firme intención de estabilidad y permanencia³³, presumiéndose que en su elaboración va implícita una voluntad de perpetuación tanto de unos contenidos normativos en sentido material, como de la propia Constitución como norma suprema³⁴. La Constitución refleja la organización política que el constituyente de un pueblo da a este, siendo su supremacía dentro del ordenamiento un mecanismo para preservar una concreta configuración del poder, la propia democracia y los dere-

³⁰ B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREJEDO, *op. cit.*, 274.

³¹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derecho y Fuerza*, en *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, 2000, 108-120.

³² C. DE FIORES, *op. cit.*, 98-99.

³³ B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREJEDO, *op. cit.*, 258-260.

³⁴ Discurso de Abraham Lincoln en su toma de posesión como Presidente de los Estados Unidos, "Perpetuity is implied, if not expressed, in the fundamental law of all national governments. It is safe to assert that no government proper, ever had a provision in its organic law for its own termination".

chos individuales³⁵. Una Constitución es el pacto fundacional de una comunidad política y un marco regulador de una convivencia con propósito de perpetuidad y estabilidad, la cual trata de garantizar, razón por la que la mayoría de Constituciones prohíben la secesión³⁶. Por tanto, la unidad del Estado debe considerarse consustancial a la voluntad de estabilidad y permanencia de una Constitución³⁷. Una buena prueba de ello tendría lugar cuando la secesión encontrase encaje constitucional y se produjese un proceso secesionista en el país. En estos casos hemos sostenido la posibilidad de una reforma constitucional, que sería la segunda para aquellos sistemas que han constitucionalizado un derecho de secesión, en la que se ajustaría el marco constitucional a la nueva realidad resultante tras quebrar la unidad nacional. Sin embargo, deben tenerse en cuenta las contradicciones entre dicha reforma y el concepto de Constitución. Si una Constitución aspira a fundar y garantizar una convivencia y esta se fractura, esta Constitución ya no podría ejercer como norma suprema de una organización política, pues ha sido incapaz de garantizar la razón misma de su existencia. Si la Constitución representa el inicio de una nueva convivencia, la secesión supondría su final y, por tanto, el de la vida efectiva de una Constitución. De este modo, sería necesario una nueva Constitución para ese Estado matriz resultante, que será el inicio de otra nueva convivencia y expresará un nuevo compromiso de permanencia y estabilidad que la anterior Constitución no pudo garantizar. La integridad territorial equivaldría entonces a una cláusula de intangibilidad implícita de la Constitución y la secesión se culminaría con el ejercicio del poder constituyente originario³⁸. Además de las contradicciones de la reforma con el concepto de Constitución, deben destacarse también las contradicciones con el concepto de reforma constitucional. Si la Constitución articula la existencia de un Estado, de un pueblo y de un orden político, la reforma constitucional pretende garantizar la continuidad de todos esos elementos, no pudiendo aprobarse una reforma constitucional que rompa la continuidad del Estado al contradecir su función principal. Dicha contradicción plantearía la necesidad de un nuevo proceso constituyente en lugar de un proceso de reforma constitucional una vez ejercido un derecho de secesión.

Constatada la necesidad de un nuevo proceso constituyente tras una secesión, debemos continuar analizando la necesidad y posibilidad de la reforma en el proceso previo de encaje constitucional de la secesión. La *Reference* sostuvo que, aunque no se produjese una contradicción de la secesión con un precepto constitucional concreto, la reforma constitucional era necesaria, ya que durante la convivencia de la entidad infraestatal con el resto del país se habían establecido

³⁵ H. LÓPEZ BOFILL, *op. cit.*, 944.

³⁶ B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, 258.

³⁷ A. LÓPEZ-BASAGUREN, *op. cit.*, 2013, 88-93.

³⁸ B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, 272-273.

unos estrechos vínculos y valores compartidos cuya ruptura se produciría con la secesión, pudiendo canalizarse semejante alteración únicamente a través de una reforma constitucional³⁹. La conclusión de la *Reference* es acertada, pero además de la contradicción de la secesión con los frutos de esta convivencia es necesario retrotraerse al origen de dicha contradicción, que es la voluntad de estabilidad y permanencia de la Constitución que funda dicha convivencia. La secesión supone una importante contradicción con dicha voluntad, por lo que será lógico considerar a priori que la reforma constitucional para acomodar la secesión sería siempre necesaria, independientemente del diseño constitucional al respecto⁴⁰. Aunque esto no tiene incidencia para las Constituciones que prohíben la secesión, pues ya habíamos señalado la necesidad de la reforma en estos casos, sí tendría importancia en las Constituciones que guardan silencio sobre la secesión, en las que la necesidad de la reforma dependía de los principios constitucionales subyacentes.

Aun interpretando la *Reference* que dicho principio de auto-preservación inherente a toda Constitución hacía necesaria su reforma para acomodar la secesión, no consideró que la imposibilitase⁴¹. El reconocimiento de un derecho de secesión en una Constitución supone una contradicción con el concepto de Constitución⁴². Se suele afirmar que reconocer un derecho de secesión equivaldría a legalizar una especie de derecho de autodestrucción de la Constitución y de la convivencia en común, estando el Estado cuestionado permanentemente⁴³. La inclusión de un derecho de secesión en una Constitución le otorgaría transitoriedad, estando siempre su vigencia condicionada al ejercicio de este derecho⁴⁴. Por tanto, es necesario reflexionar sobre si la contradicción de la secesión con el concepto de Constitución haría imposible la reforma constitucional para encontrarle encaje constitucional. En esta hipótesis habría que admitir que la secesión nunca podría ser acomodada, ni con reforma constitucional ni sin ella. Por tanto, la secesión de entidades infraestatales sería una opción metaconstitucional, que sobrepasa los límites de una Constitución o, más bien, de su concepto. Esta hipótesis nos llevaría a asumir que la secesión en sí misma significa inevitablemente revolución, lo que explicaría que las Constituciones se mantengan en

³⁹ A. LÓPEZ-BASAGUREN, *op. cit.*, 2013, 92.

⁴⁰ G. LOMBARDI, Estudio Preliminar, en: *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución vs ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, 2009, XV-XXVI.

⁴¹ F. PALERMO, *Towards a Comparative Constitutional Law of Secession*, en *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession, Legacies of the Quebec Secession Reference*, editado por G. DELLEDONNE y G. MARTINICO, Cham, 2019, 265.

⁴² C. DE FIORES, *op. cit.*, 99.

⁴³ J. DE MIGUEL BÁRCENA, *Justicia Constitucional y secesión. El caso del proceso soberanista catalán*, Madrid, 2019, 314-315.

⁴⁴ N. GONZÁLEZ CAMPAÑA, *Secesión y constitucionalismo comparado*, en *Revista de Derecho Político*, 106, Madrid, 2019, 109-110.

silencio o directamente la prohíban⁴⁵. La secesión no se podría someter a reglas jurídicas, siendo una cuestión de hecho que se desarrolla al margen del Derecho. La Corte Suprema estadounidense en el caso *Williams v. Bruffy* de 1887 afirmó que la validez de los actos posteriores a un intento de secesión dependía de que la revolución finalizase con éxito, esto es, una política de hechos consumados. La Corte consideró una revolución una cuestión fáctica y que, por tanto, la viabilidad del nuevo Estado dependía de que en la práctica la secesión fuese reconocida internacionalmente. Por tanto, si el intento de secesión por medio de una revolución fracasa en establecerse de forma permanente sobre un territorio, los actos posteriores carecerán de validez⁴⁶. En cambio, si la secesión tiene éxito y es reconocida, los actos posteriores serán los de un nuevo Estado independiente⁴⁷.

3. *¿Es conveniente constitucionalizar un derecho de secesión? El conflicto entre el Estado de Derecho y la legitimidad democrática de la secesión*

Aunque Canadá y Reino Unido encauzasen la secesión por medios constitucionales bajo la inspiración del principio democrático⁴⁸, la consideración de un sistema como democrático no conlleva en ningún caso la concesión de un derecho de secesión para las entidades infraestatales o la tolerancia de esta. Un Estado no es más democrático por reconocer un derecho de secesión ni va a dejar de serlo por no conceder dicho derecho o directamente prohibir la secesión, lo que de lo contrario nos llevaría a negar el carácter democrático a un gran número de países⁴⁹. Partiendo de que reconocer un derecho de secesión es una posibilidad por la que opta el constituyente, la valoración de la idoneidad de dicha opción es una cuestión recurrente en la doctrina⁵⁰. En la función del Derecho de canalizar expectativas sociales y políticas, constitucionalizar un derecho de secesión supone el modo más radical de canalización jurídica de una aspiración secesionista, por lo que es especialmente importante valorar su idoneidad. De este modo, se produce un intenso debate sobre la conveniencia de constitucionalizar la secesión o de abstenerse a hacerlo basado en infinidad de argumentos extralegales⁵¹,

⁴⁵ A. MACÍVER, *op. cit.*, 115-117.

⁴⁶ H. LÓPEZ BOFILL, *op. cit.*, 963.

⁴⁷ N. GONZÁLEZ CAMPAÑA, *op. cit.*, 113-114.

⁴⁸ E. ALBERTÍ ROVIRA, *La reforma constitucional y el futuro del Estado Autonómico. En especial, el problema constitucional planteado en Catalunya*, en *La organización territorial del Estado*, actas del XIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, editado por J. TUDELA ARANDA, 2016, 263-265.

⁴⁹ T. GINSBURG y M. VERSTEEG, *From Catalonia to California: Secession in Constitutional Law*, en *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 15, 2019, 35.

⁵⁰ T. GINSBURG y M. VERSTEEG, *op. cit.*, 9; A. Calonge Velázquez, *op. cit.*, 116-117.

⁵¹ Á. RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, *Moving towards independence breaching the Law: self-determination*

a pesar de que sería muy difícil pronosticar las inciertas consecuencias prácticas del reconocimiento de un derecho de secesión y de que sería necesario un escrutinio país por país.

Los detractores del reconocimiento de un derecho de secesión sostienen que su simple previsión constitucional podría entorpecer la estabilidad de un país cuyo futuro e integridad dependería de las entidades territoriales que lo conforman⁵². El encaje constitucional de la secesión supondría una perturbación para el sistema democrático y la dinámica institucional que pondría en peligro su funcionamiento⁵³. Una potencial secesión crearía incertidumbre política, afectando inevitablemente a la capacidad del Estado de iniciar proyectos⁵⁴. Las entidades infraestatales que puedan ejercer el derecho de secesión ostentarían una posición sumamente favorable para ejercer presiones estratégicas al Estado con un derecho como herramienta de negociación de la que carecerían otras regiones que no cumplan los requisitos para ejercer dicho derecho. Estos comportamientos estratégicos degradarían la política ordinaria y la gestión pública, así como el fin de una Constitución comprometida con el éxito de una vida en común⁵⁵. El reconocimiento de un derecho de secesión haría que, ante cualquier promesa incumplida por el Gobierno central, la entidad infraestatal tuviese un poder de coacción amenazando con ejercer el derecho y abandonar el Estado por cualquier beneficio que pudiera reportarle⁵⁶.

Hay autores que sugieren ciertos argumentos a favor de reconocer un derecho de secesión desde una aproximación pragmática, partiendo de que el constituyente nunca puede estar interesado en albergar una región contra la propia voluntad de esta⁵⁷. Aunque los movimientos independentistas en Reino Unido y Canadá tuvieron lugar en sistemas constitucionales con muchas particularidades, estos son dos ejemplos que demuestran que encontrar encaje constitucional a la

and secession in Catalonia, en *Rassegna di diritto pubblico europeo*, vol. XVII, 2019, 363-368.

⁵² El clásico trabajo de C. SUNSTEIN, *Constitutionalism and Secession*, University of Chicago Law Review, 58, 1991, 633-670, escrito durante el desmembramiento de la Unión Soviética al principio de los años 90, es un artículo muy referenciado en el debate sobre la idoneidad de constitucionalizar un derecho de secesión. Sunstein es un firme partidario de que las Constituciones no otorguen un derecho de secesión por los posibles chantajes por parte de los sujetos legitimados para este derecho y la consiguiente inestabilidad en el Estado, que limitaría la capacidad de afrontar proyectos a largo plazo. No obstante, Sunstein sí reconoce ciertas situaciones en las que dicha alternativa podría ser beneficiosa.

⁵³ R. WEILL, *op. cit.*, 915.

⁵⁴ N. W. BARBER, *The Constitutional regulation of Scottish secession*, en *Oxford Legal Studies Research Paper Series*, 38, 2015, 2-3.

⁵⁵ C. SUNSTEIN, *op. cit.*, 648-650.

⁵⁶ T. GINSBURG y M. VERSTEEG, *op. cit.*, 22-23.

⁵⁷ "A Nation should never have interest in containing a region against the will of its People. If the will of this part of State is become independent, its secession must be enabled. If doubts arise about national borders, consult the population of the area in dispute" (E. Renan, 1983).

secesión puede llegar a mejorar la estabilidad política y reducir el apoyo popular a la secesión⁵⁸. Además, el encaje constitucional de la secesión canalizaría jurídicamente y mitigaría las tensiones territoriales, forzando al independentismo a realizar un análisis de costes y beneficios de la secesión, algo que no haría si dicha cláusula no estuviese reconocida y que podría llevarle a rechazar por sí mismo la secesión. Además, el simple hecho de que un sistema constitucional otorgue la posibilidad de secesionarse haría desaparecer una de las principales quejas del independentismo, el poder decidir sobre el futuro de su región⁵⁹. Otro importante argumento a favor de reconocer un derecho de secesión es que otorgaría significancia constitucional a las regiones más pequeñas, protegiendo su posición dentro de un gran Estado frente a otras regiones vecinas más poderosas e influyentes⁶⁰.

Algunos partidarios de constitucionalizar un derecho de secesión sostienen que paradójicamente su reconocimiento podría ser una herramienta útil para impedir que la secesión tenga lugar⁶¹. Algunos autores han señalado que, en lugar de una prohibición explícita de la secesión en la Constitución, el modo más efectivo para impedirla es regular un complejo procedimiento para la independencia que la haga imposible en la práctica⁶². Por tanto, el encaje constitucional de la secesión por algunos Estados respondería en mayor medida a razones estratégicas y políticas y a una firme intención de impedirla, al igual que en aquellos que directamente la prohíben⁶³. No obstante, la gran trascendencia de un acto de secesión justifica este tipo de requisitos sumamente estrictos. Además, aunque aceptemos que la regulación de la secesión sea utilizada en ocasiones como un método para impedirla, no puede equipararse con aquellas Constituciones que directamente la prohíben.

La presunción por los autores de numerosos inconvenientes del encaje constitucional de la secesión conlleva a la propuesta de otros mecanismos con-

⁵⁸ Á. RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, *op. cit.*, 363-367.

⁵⁹ D. WEINSTOCK, *Constitutionalizing the Right to Secede*, en *The Journal of Political Philosophy*, vol. 9 (2), Malden, 2001, 200-203.

⁶⁰ N. W. BARBER, *op. cit.*, 1-4. Barber, al igual que Sunstein, expone numerosas razones para rechazar el encaje constitucional de la secesión y el reconocimiento de un derecho. Sin embargo, no niega la existencia de ciertos beneficios de reconocer este derecho en determinadas circunstancias.

⁶¹ El reconocimiento de un derecho de secesión en la Constitución etíope o, incluso, la aprobación de la *Clarity Act* canadiense han sido algunos de los ejemplos citados por la doctrina en este sentido. Esta última fue considerada una interpretación abusiva de la *Reference* por el Gobierno federal en aras de constreñir un proceso secesionista. Esto se debe al arduo procedimiento y los requisitos excesivamente estrictos para la secesión fijados por la *Clarity Act*, tales como la exigencia de claridad en la pregunta, una imprecisa regla de una mayoría clara, la dudosa imparcialidad de la Cámara de los comunes a la hora de valorar los dos elementos anteriores y la ingente cantidad de asuntos a tratar en las negociaciones.

⁶² D. WEINSTOCK, *op. cit.*, 197-201.

⁶³ R. WEILL, *op. cit.*, 932-933.

stitucionales que satisfagan las aspiraciones independentistas. Partiendo de que constitucionalizar la secesión debe ser considerado un último remedio, nos preguntamos en qué supuestos concurren las circunstancias necesarias para recurrir a él. Este capítulo propone que estos serían aquellos casos en los que una amenaza secesionista represente un reto contra la aplicabilidad de un ordenamiento y su eficacia en un territorio, dificultando gravemente la gobernabilidad de un país sin existir otra solución constitucional efectiva que solucione dicha amenaza⁶⁴. Debemos preguntarnos, por tanto, cuándo una aspiración secesionista podría representar tal desafío hasta el punto de hacer aconsejable reconocer un derecho de secesión en la Constitución. En este epígrafe abogamos por que el conflicto entre legalidad y legitimidad, disociación planteada por la *Reference*, determine dichas situaciones extraordinarias y, por tanto, la conveniencia de acomodar la secesión⁶⁵.

Antes de profundizar en el conflicto entre legalidad y legitimidad debemos esclarecer el concepto de legitimidad al que recurriremos, referido tanto a la propia legalidad como a una aspiración política, en este caso la secesión de una entidad infraestatal. Aunque la legalidad pueda ser interpretada de modos diversos, su expresión escrita pone límites a su significado. Sin embargo, la gran dimensión subjetiva de la legitimidad hace que pueda hablarse de distintos significados de esta⁶⁶. Respecto al significado de legitimidad en relación a la legalidad, legitimidad equivale a la razón por la que los destinatarios obedecen la norma jurídica de forma espontánea, lo que se debe a una dimensión justificadora o de obligatoriedad moral. Una norma es legítima si tiene un contenido justo, razonable o moralmente justificado⁶⁷. De este modo, la legitimidad de la norma se traduce en la predisposición de una sociedad a obedecerla voluntariamente sin necesidad de recurrir a la fuerza⁶⁸. En este sentido, la legitimidad está íntimamente conectada a la eficacia, esto es, al cumplimiento de una norma por sus destinatarios. La eficacia de la legalidad, en definitiva, se podrá obtener mediante su legitimidad o mediante el uso de la fuerza. Por otro lado, respecto a la legitimidad de la secesión como aspiración política podemos diferenciar a su vez tres significados de legitimidad. Legitimidad entendida como justificación político-moral de dicha aspiración, a la que hicimos referencia al principio del epígrafe anterior, por lo que aquí legitimidad equivale a justicia o licitud. En segundo lugar, legitimidad entendida como cumplimiento o conformidad con la ley, por lo que legitimidad

⁶⁴ Á. RODRÍGUEZ VERGARA DÍAZ, *op. cit.*, 364-365; B. Aláez Corral y F. J. Bastida Freijedo, *op. cit.*, 255-256.

⁶⁵ J. DE MIGUEL BÀRCENA, *op. cit.*, 63-64.

⁶⁶ X. ARBÓS MARÍN, *Legalidad y legitimidad en el 'procés'*, en IDEES, número especial: *Catalunya – España: ¿del conflicto al diálogo político?*, Barcelona, 2020, 1.

⁶⁷ L. PRIETO SANCHIS, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, 2011. 1º Ed. 2005, 100-103.

⁶⁸ M. WEBER, *Economía y Sociedad*, México D. F., 2014. 1º Ed. 1922, 1083-1085.

aquí equivale a legalidad. Y, por último, legitimidad entendida como respaldo democrático de dicha aspiración política en el territorio secesionista, pudiendo hablarse en este supuesto de legitimidad democrática.

El conflicto entre legalidad y legitimidad se traduce, en este caso, en un conflicto entre la legalidad que impide la secesión y la legitimidad democrática de esta, entendida como respaldo democrático a dicha aspiración política. Como hemos dicho anteriormente, los independentismos recurren al argumento democrático para justificar la secesión o su encaje constitucional. Si una colectividad ha prestado un apoyo mayoritario y constante a la independencia, esta cuenta con legitimidad democrática⁶⁹. Sin embargo, debemos recordar que la expresión democrática de una voluntad popular no puede entenderse exclusivamente en base al principio democrático⁷⁰. En una democracia cualquier acto debe ser conforme a la legalidad, por lo que la legitimidad democrática de la secesión no puede imponerse al margen de esta. El riesgo de esto sería la pérdida de legitimidad de sus reivindicaciones, aun contando estas con una gran legitimidad democrática, pues aquí la legitimidad se entendería como cumplimiento de la legalidad, por lo que la aspiración política dejaría de ser legítima por ser ilegal. Recapitulando, el argumento democrático de las aspiraciones secesionistas desafiará en muchas ocasiones a una legalidad que prohíbe la secesión y que supone un límite para su legitimidad democrática⁷¹. El carácter normativo de la Constitución obliga a los poderes públicos a cumplir con la legalidad constitucional, por lo que una secesión en contra de la legalidad debe ser rechazada por sufrir una gran pérdida de legitimidad por su ilegalidad⁷².

Del mismo modo que la legitimidad democrática de la secesión como aspiración política no se puede imponer a la legalidad, la legalidad no se puede imponer al margen de dicha legitimidad democrática. Por ello, la legalidad debe estar sujeta al test o prueba de legitimidad ante la expresión democrática de una amplia voluntad popular a favor de la secesión⁷³, debiendo lidiar de forma satisfactoria con dicha voluntad cuando presente sólidos fundamentos democráticos⁷⁴. En

⁶⁹ En el caso de Escocia, el Gobierno británico reconoció la legitimidad democrática de las aspiraciones independentistas cuando el SNP obtuvo mayoría absoluta en las elecciones al Parlamento escocés de 2011 tras prometer en su *Manifiesto* que convocarían un referéndum independentista si obtenían un gran respaldo electoral (A. LÓPEZ-BASAGUREN, *Escocia y el referéndum por la independencia: algunas enseñanzas*, en *La autodeterminación a debate*, editado por J. J. SOLOZABAL, Madrid, 2014, 116-117).

⁷⁰ A. LÓPEZ-BASAGUREN, *op. cit.*, 104-105.

⁷¹ N. GONZÁLEZ CAMPANÁ, *op. cit.*, 112-113.

⁷² L. PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, 31-37; M. GONZÁLEZ PASCUAL, *Unión Europea y secesionismo, ¿silencio de los tratados? La identidad regional como parte de la identidad constitucional nacional*, en *Fundamentos*, 10, Oviedo, 2019, 384-386.

⁷³ A. LÓPEZ BASAGUREN, *op. cit.*, 2014, 118-119.

⁷⁴ *Reference re Secession*, párrafo 67, “(...) A system of government cannot survive through

ocasiones, los Estados intentan imponer la legalidad sin intentar adecuarla a la legitimidad democrática del independentismo, manteniendo una posición de inmovilismo frente a una clara expresión secesionista y negándose a encontrar encaje constitucional a la secesión. Paradójicamente, la cerrazón del Estado en su aspiración por conservar su integridad territorial amparándose obstinadamente en el precepto que la reconoce puede llegar a producir el efecto contrario⁷⁵. El principal riesgo de imponer la legalidad al margen de la legitimidad democrática de la secesión es la pérdida de su propia legitimidad. La legalidad que el Estado impone ante una amplia manifestación secesionista para rechazar el encaje constitucional de la secesión puede hacer perder legitimidad a la Constitución o al sistema político en su conjunto, entendida esta como la razón para exigir obediencia. La legalidad deja de considerarse justa o razonable por aplicarse al margen de la legitimidad democrática de la secesión, por lo que deja de haber una predisposición de la sociedad a obedecerla⁷⁶.

Ante la pérdida de legitimidad de la legalidad, la mayor amenaza para la estabilidad del sistema constitucional sería la aparición de fenómenos de desobediencia y el recurso a la secesión revolucionaria por los independentismos por haberse ignorado obcecadamente una amplia mayoría secesionista⁷⁷. Un sistema político que rechace el encaje constitucional de la secesión con la contradicción con la legalidad como único argumento puede incentivar que un independentismo cargado de legitimidad democrática desista de la vía legal y opte por la vía de los hechos, a pesar de la consiguiente pérdida de legitimidad al imponer su legitimidad democrática al margen de la legalidad. La Corte Suprema estadounidense en el caso *Texas v. White* mencionó la revolución como vía para conseguir la secesión. Es curioso que la Corte Suprema canadiense en la *Reference* también aludiese a la hipótesis de la secesión al margen de la legalidad, aunque el nacionalismo quebequés nunca hubiese optado por la vía de los hechos. No obstante, la Corte se abstuvo de realizar valoración jurídica alguna sobre esta al hallarse en definitiva al margen del Derecho y cuyo éxito dependía enteramente del reconocimiento de la secesión en la práctica⁷⁸. En la actualidad, el recurso a las vías de hecho no es admisible en la comunidad internacional, y menos aún el recurso a la fuerza armada en los procesos secesionistas. De hecho, en numerosas ocasiones que un ordenamiento nacional no ha colmado las aspiraciones secesionistas de

adherence to the law alone. A political system must also possess legitimacy, and in our political culture, that requires an interaction between the rule of law and the democratic principle. The system must be capable of reflecting the aspirations of the people. But there is more. Our law's claim to legitimacy also rests on an appeal to moral values, many of which are imbedded in our constitutional structure".

⁷⁵ H. LÓPEZ BOFILL, *op. cit.*, 967-969.

⁷⁶ L. PRIETO SANCHIS, *op. cit.*, 100-103; X. Arbós Marín, *op. cit.*, 2.

⁷⁷ H. LÓPEZ BOFILL, *op. cit.*, 968.

⁷⁸ M. MEDINA ORTEGA, *op. cit.*, 194-195; *Reference re Secession*, párrafo 142.

una entidad infraestatal el recurso a la vía de los hechos para lograr la secesión ha fracasado en conseguir reconocimiento internacional⁷⁹. Aunque exista algún ejemplo de secesión revolucionaria que ha conseguido reconocimiento internacional, siempre quedará latente en estos casos que el proceso de secesión por el que se creó el nuevo Estado fue ilegal bajo el ordenamiento aplicable en el momento en el que se produjo⁸⁰.

No obstante, la desobediencia de la legalidad, en este caso con una secesión revolucionaria, puede poner en riesgo su validez y existencia⁸¹. Los fenómenos de desobediencia que recurren a la secesión revolucionaria nos recuerdan que la validez de la legalidad o de un sistema constitucional puede peligrar por su falta de adaptación a nuevas exigencias sociales, convirtiéndose en una herramienta vacía e inservible. La continuidad y validez de un ordenamiento depende irremediablemente de su eficacia, esto es, que sea obedecido, lo que depende a su vez de su legitimidad⁸², siendo este factor el que eventualmente determine la conveniencia de acomodar la secesión, y de ahí la importancia del test de legitimidad al que está sujeta la legalidad⁸³. De este modo, se podría reformular el conflicto entre legalidad y legitimidad como un conflicto entre legitimidad de la legalidad y legitimidad democrática de una aspiración política. En el caso que aquí nos ocupa, sería un conflicto entre la legitimidad de una Constitución que impide la secesión y la legitimidad democrática de las aspiraciones secesionistas de una concreta entidad infraestatal. Constatada la pérdida de legitimidad de la legalidad y el consiguiente riesgo de que aparezcan fenómenos de desobediencia, el otro método para garantizar su eficacia aparte de su legitimidad es el uso de la fuerza. Sin embargo, el recurso a mecanismos de coacción estatal para imponer la eficacia de un ordenamiento puede agudizar aún más la pérdida de su legitimidad y de la predisposición de la sociedad a cumplirlo⁸⁴. Si el cumplimiento de la legalidad y, en consecuencia, su continuidad, acaban descansando exclusivamente en el uso de la fuerza en lugar de en su legitimidad, se constataría que la gobernabilidad del país está gravemente entorpecida.

Ante la constatación de una voluntad secesionista inequívoca, el Estado debe superar el carácter excesivamente formalista en la interpretación y aplicación de la Constitución a favor de un mayor entendimiento del principio democrático,

⁷⁹ Véase el escaso reconocimiento internacional que tuvo la Declaración Unilateral de Independencia de Cataluña en 2017 (“Reacciones internacionales tras la declaración de independencia en Cataluña”, *El País*, de 30 de octubre de 2017. Disponible online en https://elpais.com/politica/2017/10/27/actualidad/1509118059_068644.html [Último acceso: 30 de julio de 2020]).

⁸⁰ Á. RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, *op. cit.*, 362; M. Medina Ortega, *op. cit.*, 208-209.

⁸¹ L. PRIETO SANCHIS, *op. cit.*, 90-93.

⁸² M. WEBER, *op. cit.*, 1083-1085.

⁸³ L. PRIETO SANCHIS, *op. cit.*, 100-103.

⁸⁴ B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, 256-257.

como se hizo con Quebec y Escocia. Si una mayoría en un territorio desea la independencia el principio democrático impide oponer obstáculos formales frente a esa voluntad ni que esta sea ignorada⁸⁵. Sería insostenible mantener un sistema constitucional a ultranza frente a una presión política y social de cambio, pues en última instancia dichos obstáculos pueden resultar inútiles frente a esta presión. La legitimidad democrática de la secesión no podrá conducir nunca a la vulneración de la legalidad que la obstaculiza, pero tampoco se podrá negar la posibilidad de reformarla⁸⁶. Por tanto, la adaptación de la legalidad a las nuevas exigencias y expectativas sociales para garantizar su existencia y validez requerirá reconocer la posibilidad de cambio, y así garantizar dichas exigencias pacíficamente a través del Derecho. De este modo, la reforma de la legalidad, en este caso de la Constitución, será el mecanismo idóneo para dar respuesta al desafío que la secesión representa para su legitimidad, para su aplicabilidad y eficacia y, por consiguiente, para su existencia y validez, interiorizando a través de procesos reglados nuevas expectativas sociales⁸⁷. La reforma para reconocer un derecho de secesión garantizará la legitimidad de la Constitución y su eficacia, pues si esta no se pudiese reformar quedaría desfasada, dando lugar a su inaplicación. La soberanía estaría aquí al servicio de la democracia para garantizar las expectativas de las mayorías y, en el ejercicio de esta función, su plasmación jurídica, el poder de reforma constitucional, pone a disposición los procedimientos para que dichas mayorías materialicen su deseo de ruptura reformando la Constitución y reconociendo un derecho de secesión⁸⁸.

La reforma de la legalidad para reconocer un derecho de secesión es una decisión de mera oportunidad política dirigida a que la secesión deje de ser una cuestión extrajurídica que se desarrolla al margen del Derecho para convertirse en una cuestión jurídica. Si admitimos que la secesión se puede juridificar, la cuestión tratada en el epígrafe anterior, el regularla dependerá siempre de una decisión política íntimamente conectada con su idoneidad. La reforma de la legalidad para reconocer un derecho de secesión tendrá lugar cuando se constate que esta se ha vuelto desfasada e inservible y que es necesaria su reforma para evitarlo, siendo los inconvenientes de la pérdida de eficacia de la legalidad mayores que los inconvenientes de la secesión de una entidad infraestatal. A este respecto, la *Reference* argumentó que los conflictos políticos como la secesión sólo podían ser resueltos por la política y no por el Derecho⁸⁹. No obstante, sí estableció

⁸⁵ F. RUBIO LLORENTE, “Un referéndum para Cataluña”, *El País*, 2012, Documento disponible online en https://elpais.com/elpais/2012/10/03/opinion/1349256731_659435.html [Último acceso: 1 de abril de 2020].

⁸⁶ F. RUBIO LLORENTE, *op. cit.*

⁸⁷ B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, 273.

⁸⁸ B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, 257.

⁸⁹ El *amicus curiae* que defendía a la Provincia de Quebec en el procedimiento de la *Reference*

un marco jurídico para que las decisiones políticas se adoptasen, dejando que algunos elementos fuesen fijados por la propia política⁹⁰. La legalidad será el cauce para encontrar una solución a la secesión, pero nunca proveerá de dicha solución, pues la política será quien lo haga.

Una Constitución funda una vida en común e intenta garantizar su continuidad. El reconocimiento de un derecho de secesión que posibilite la ruptura de dicha convivencia desnaturalizaría la Constitución, la cual no lograría que perdure dicha convivencia, por lo que es discutible que una Constitución que reconoce un derecho de secesión pueda ser considerada como tal. Esta contradicción de la secesión con el constitucionalismo sugiere la imposibilidad de reconocer un derecho de secesión, siendo la secesión una aspiración política que por su naturaleza no podría ser satisfecha por el Derecho y que debería colmarse por la vía de los hechos. Sin embargo, el constitucionalismo no debe mostrarse impasible ante la posibilidad de que las aspiraciones secesionistas nunca puedan ser satisfechas por el Derecho, pues la continuidad y validez de un sistema constitucional dependerá de su adaptación a las nuevas expectativas sociales mediante su reforma. La reforma constitucional para el reconocimiento de un derecho de secesión servirá en determinadas circunstancias para garantizar la validez y continuidad del sistema constitucional, adoptándose una postura proactiva en la defensa de la Constitución al atender sus problemas de legitimidad⁹¹. En este capítulo planteamos que el constitucionalismo se enfrenta al dilema de en qué circunstancias debe poner en juego su desnaturalización al regular un derecho de secesión posible para garantizar su existencia y validez ante las previsiones de una secesión revolucionaria. Respecto a los dos debates planteados al principio del capítulo, proponemos que el constitucionalismo decida en qué circunstancias debe priorizar la conveniencia de reconocer un derecho de secesión a la posibilidad de hacerlo, sacrificar la imposibilidad de constitucionalizar un derecho de secesión por la conveniencia cuando estén en riesgo la validez y continuidad de la Constitución. La conveniencia de acomodar la secesión y de reformar la legalidad viene marcada por el peligro de una secesión unilateral. El encaje de la secesión intentaría evitar así que un independentismo recurra a la vía de los hechos, lo que materializaría la pérdida de legitimidad de la legalidad y la convertiría en una herramienta inútil.

sostuvo que la Corte no era competente para responder las preguntas planteadas por ser cuestiones demasiado teóricas, políticas y no jurídicas. La Corte canadiense rechazó este argumento al decir que, “son de una importancia fundamental para el público, tocan el corazón mismo de nuestro sistema de gobierno constitucional, y no es tan impreciso y ambiguo como para que no puedan responder a ellas de forma ajustada al Derecho” (M. MEDINA ORTEGA, *op. cit.*, 190). Debe decirse aquí que toda cuestión constitucional es al fin y al cabo una cuestión política, por lo que, aun siendo cuestiones políticas son perfectamente justiciables (B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, 259).

⁹⁰ A. CALONGE VELÁZQUEZ, *op. cit.*, 115.

⁹¹ B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, 272-273; X. Arbós Marín, *op. cit.*, 3.

Deben aclararse dos elementos que pueden parecer contradictorios. Esta investigación sostiene que las razones que justifican la imposibilidad de acomodar la secesión tienen que ceder cuando haya grandes argumentos que defiendan su conveniencia. Por ello, debe superarse la contradicción entre la secesión y el concepto de Constitución para garantizar la eficacia y continuidad de esta. Por tanto, se reforma la Constitución para encontrar encaje a la secesión y garantizar así la validez del sistema constitucional, amenazada por fenómenos de desobediencia independentistas que no observaban la legalidad que impedía la secesión. Sin embargo, cuando se ha encontrado encaje constitucional a la secesión y esta tiene lugar, su contradicción con los conceptos de Constitución y reforma constitucional impiden reformar la Constitución, siendo necesario aprobar una nueva Constitución. Estas contradicciones se han omitido para encontrar encaje a la secesión y garantizar la continuidad de la legalidad, pero cuando se ejerce el derecho de secesión se descarta la continuidad de la legalidad por las contradicciones de la secesión con los conceptos de Constitución y de reforma constitucional y se aprueba una nueva Constitución ¿Por qué en el primer caso estas contradicciones se omitieron para garantizar la continuidad de la legalidad y en el segundo supuesto no se omiten e impiden la continuidad de la legalidad, haciendo necesario aprobar una nueva Constitución?

Estos dos planteamientos no son contradictorios. La secesión se acomoda cuando la eficacia y continuidad de la legalidad están amenazadas por fenómenos de desobediencia. El sector independentista deja de considerar legítima la legalidad que obstruye la secesión, por lo que deja de cumplirla, pudiendo perder aquella su eficacia y validez. Por ello, la Constitución debe reformarse para anticiparse a esta pérdida. Sin embargo, la contradicción de la secesión con el concepto de Constitución sugiere que esta no puede reformarse para reconocer un derecho de secesión. Esta investigación opta por que estas contradicciones deben ceder cuando haya argumentos que apoyen la conveniencia de acomodar la secesión. Cuando la eficacia y continuidad de una Constitución están amenazadas, esta deberá reformarse y omitirse las contradicciones teóricas de dicha reforma. El encaje constitucional de la secesión se produce mediante una reforma constitucional y no mediante un nuevo proceso constituyente. La secesión se acomoda para garantizar la continuidad de la legalidad, por lo que aprobar una nueva Constitución que acabe con la continuidad de la legalidad no puede ser la solución, al ser el mismo problema que se pretendía evitar. No tendría sentido acomodar la secesión para garantizar la eficacia de la legalidad cambiando esta y acabando con su continuidad. Esta paradoja no se produce cuando un derecho de secesión ya regulado se ejerce. En este caso, las contradicciones entre la secesión y los conceptos de Constitución y de reforma constitucional no se pueden omitir, debiendo llevarse a cabo un nuevo proceso constituyente y no una reforma constitucional. Además, si se adoptase también una Constitución para

encontrar encaje a la secesión, habría tres Constituciones en un corto periodo de tiempo. Como dijimos anteriormente, el peligro de un proceso constituyente consensuado para acomodar la secesión sería el de legitimar violaciones de la legalidad por el propio sistema, y en este supuesto se estarían legitimando dos veces en un corto periodo de tiempo, al haber también un segundo proceso constituyente tras una secesión exitosa. Este segundo proceso no podría ser sustituido por una reforma constitucional por las contradicciones entre la secesión y los conceptos de Constitución y reforma constitucional, las cuales no pueden omitirse, puesto que la paradoja producida cuando se acomodaba la secesión no tendría lugar aquí.

4. *Conclusiones*

Los independentismos han recurrido recientemente al argumento democrático para legitimar sus reivindicaciones, olvidando la interconexión del principio democrático con el resto de principios constitucionales de la que derivan importantes condicionantes. En primer lugar, los efectos jurídicos de una manifestación democrática solo pueden ser aquellos previstos legalmente, por lo que debe rechazarse de plano la posibilidad de una secesión unilateral. Para que una voluntad democrática a favor de la secesión tenga efectos jurídicos la secesión debe encontrar encaje constitucional. A priori este encaje tendría lugar bien mediante una reforma constitucional que regule un derecho de secesión y que salve las contradicciones con la Constitución, o bien sin necesidad de una reforma por la ausencia de contradicciones y mediante un acuerdo democrático que regule un concreto proceso de secesión. No obstante, en este capítulo se ha constatado la necesidad de la reforma constitucional para acomodar la secesión en todos los casos. Dicha necesidad se justifica bien por la contradicción con preceptos constitucionales, como es el caso de las prohibiciones implícitas o explícitas de la secesión, o bien por la contradicción con principios constitucionales subyacentes al texto, como la contradicción con el concepto de Constitución, lo que haría la reforma también necesaria para las Constituciones que guardan silencio sobre la secesión. Hemos constatado que el encaje constitucional de la secesión es imposible únicamente en aquellos sistemas en los que la prohibición de la secesión es una cláusula de intangibilidad, siendo posible en el resto de casos. No obstante, de la contradicción de la secesión con el concepto de Constitución puede derivar la interpretación de la secesión como un concepto metaconstitucional. La secesión nunca podría ser constitucionalizada al suponer el fin de la vida de una Constitución, por lo que la reforma constitucional para el encaje de la secesión siempre sería imposible, independientemente del diseño constitucional respecto a la secesión. Aquellos casos en los que sea imposible

acomodar la secesión esta siempre equivaldrá a revolución, por lo que será una cuestión de hecho cuyo eventual reconocimiento por el Derecho dependerá de su éxito, es decir, de la consolidación del poder de las nuevas autoridades en la región secesionista y su reconocimiento internacional.

Una Constitución funda la convivencia de una sociedad y trata de garantizar su perdurabilidad. La regulación de un derecho de secesión que permita quebrar dicha convivencia desnaturalizaría la Constitución, que ha fundado la convivencia, pero que no está garantizando que perdure. Por tanto, es discutible si una norma que se hace llamar Constitución pero que reconoce un derecho de secesión, puede considerarse realmente una Constitución. Esta contradicción de la secesión con el constitucionalismo apoya la hipótesis de la imposibilidad de constitucionalizar un derecho de secesión. La secesión sería una aspiración social que, por su propia naturaleza, no podría ser satisfecha por el Derecho y que debería encontrar solución por la vía de los hechos como una secesión revolucionaria. No obstante, el constitucionalismo no debe mostrarse imperturbable ante el hecho de que la secesión sea un conflicto irresoluble por el Derecho que pueda frustrar el fin último de este, el de la paz social. La existencia y validez del sistema constitucional dependerá de su adecuación a las nuevas expectativas sociales mediante su reforma. La reforma constitucional para el reconocimiento de un derecho de secesión servirá en última instancia para garantizar en determinadas circunstancias la validez y continuidad del sistema constitucional, adoptándose una postura proactiva y no reactiva en la defensa de la Constitución al atender sus problemas de legitimidad⁹². Lo que planteamos en este capítulo es que el constitucionalismo se enfrente con la secesión al dilema de en qué circunstancias debe ceder y poner en juego su desnaturalización al regular un derecho de secesión para garantizar su existencia y validez ante las previsiones de una secesión revolucionaria. De este modo, se impide que una interpretación teleológica de la Constitución limite una interpretación de esta adecuada a su función de canalización jurídica de expectativas sociales⁹³. Proponemos, por tanto, respecto a las dos cuestiones planteadas en este trabajo, que el constitucionalismo decida en qué condiciones priorizar la conveniencia de constitucionalizar un derecho de secesión a la posibilidad de hacerlo, sacrificar la imposibilidad de constitucionalizar un derecho de secesión por la conveniencia cuando estén en riesgo la validez y continuidad del sistema constitucional.

La idoneidad de constitucionalizar la secesión y de reformar la legalidad viene marcada por el riesgo de una secesión unilateral. El encaje de la secesión equivaldría a racionalizar un proceso inevitable para así anticiparse a que un movimiento secesionista recurra a la vía de los hechos, lo que materializaría la pérdida de legitimidad de la legalidad y la convertiría en una herramienta inútil. Si

⁹² B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, 272-273; X. Arbós Marín, *op. cit.*, 3.

⁹³ B. ALÁEZ CORRAL y F. J. BASTIDA FREIJEDO, *op. cit.*, 275-276.

se regula un derecho de secesión, los independentismos no necesitarán recurrir a la vía de los hechos y tenderán a someterse a las reglas de juego establecidas. Las demandas de secesión tendrán lugar haya o no haya cauce legal, pero si se produce en una situación de vacío legal las consecuencias serán peores. Aunque regular un derecho de secesión en la Constitución suponga una mayor probabilidad de que la independencia se produzca, se garantiza que los independentismos tiendan en menos ocasiones a la vía de los hechos⁹⁴. Lo importante es a partir de qué amplitud una opinión popular a favor de la secesión que dote a esta de legitimidad democrática sería capaz de salvar incluso las contradicciones entre constitucionalismo y secesión para reconocer un derecho de secesión, centrando el debate en su conveniencia y no en la posibilidad de hacerlo. Por tanto, se debe reconocer un derecho de secesión cuando la Constitución corra el peligro de perder su eficacia y vigencia, suponiendo un grave peligro para la gobernabilidad de un país, a pesar del riesgo que conlleve contradecir el propio concepto de Constitución y desnaturalizar esta. La única solución para evitar que la legalidad acabé siendo una herramienta inservible y garantizar su eficacia será su reforma, consiguiendo así su adaptación a nuevas exigencias sociales, en este caso, unas aspiraciones secesionistas cargadas de legitimidad democrática. La valoración de la Constitución como inservible y falta de adaptabilidad a los nuevos tiempos y, por tanto, la necesidad de su reforma será una decisión de oportunidad política. La política es la encargada de abordar la aparición de aspiraciones secesionistas, aunque siempre actuando por los cauces legales establecidos.

⁹⁴ T. GINSBURG y M. VERSTEEG, *op. cit.*, 28-39.

Abstract

Possibilità e opportunità di un nuovo diritto di secessione nelle democrazie costituzionali

Nei numerosi studi in materia di secessione è possibile rintracciare due questioni attorno alle quali si è concentrato il dibattito dottrinale. In questo capitolo si approfondisce, infatti, la prima questione, ossia, la possibilità per una democrazia di riconoscere in Costituzione un diritto di secessione. Più specificamente, ci si è interrogati sulla possibilità che la secessione possa essere costituzionalmente ammissibile e sulla relazione tra il principio democratico e gli altri principi costituzionali che sono coinvolti da tale riconoscimento; inoltre, si è approfondita l'ipotesi della secessione come idea meta-costituzionale. In merito alla seconda questione emersa nei dibattiti, ovvero, quella dell'utilità di rintracciare una base costituzionale alla secessione e del riconoscimento di un diritto autonomo, fondamentale in tal senso è la risoluzione del conflitto tra legalità e legittimità. I due grandi dibattiti richiamati sono le questioni che frequentemente giustificano la decisione del potere costituente di vietare la secessione; scelta che si basa sia sulla considerazione che la secessione è una opzione politica che un sistema costituzionale non può tollerare, sia su considerazioni strategiche e di carattere pratico-politico che portano alla sua esclusione.

Feasibility and convenience of a right to secede in constitutional democracies

Many studies on secession and the acknowledgement of a right to secede for sub-state entities in a constitution discuss two major topics. These are the two main questions that scholars contemplate when starting a research work and often seek to clarify. This dissertation is no exception. This section delves into the debate on the capacity of a constitutional democracy to acknowledge a right to secede for sub-state entities, and into the debate on the convenience of this constitutional scheme, whether it is advisable to recognise a right to secede. These two questions are at the centre of academic disputes and will structure this chapter. In addition, these two issues are basically the main reasons that usually underlie the constituent power's decision to prohibit secession. This constitutional scheme choice stems from the consideration of secession as a political option that a constitutional system cannot accommodate, but also from the fact that it is seen as undesirable during the constituent debates.