

CONSTITUCIONALIZAR LA SECESIÓN PARA ARMONIZAR LA LEGALIDAD CONSTITUCIONAL Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO EN ESTADOS TERRITORIALMENTE DESCENTRALIZADOS COMO ESPAÑA

Benito Aláez Corral

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. Por qué constitucionalizar un derecho a la secesión. – 1.1. El bloqueo del debate territorial en el Estado español. – 1.2. Derecho a la secesión como mecanismo de refuerzo de la eficacia normativa de la Constitución. – 2. Cómo constitucionalizar el derecho a la secesión. – 2.1. La función de la reforma constitucional en la preservación de la existencia diferenciada del ordenamiento jurídico español. – 2.2. Inexistencia de límites materiales absolutos a la reforma de la Constitución española, en particular la unidad nacional. – 2.3. La necesidad de aplicar el procedimiento agravado de reforma constitucional para constitucionalizar un procedimiento de secesión. – 3. Contenido de una hipotética cláusula constitucional de secesión. – 3.1. Adecuación de la cláusula de secesión a los principios estructurales del sistema constitucional y objeto de la misma. – 3.2. El procedimiento de secesión. – 3.3. ¿Imposición de condiciones materiales al ejercicio del derecho de secesión?. – Referencias bibliográficas. – *Resumen – Resum – Abstract.*

Artículo recibido el 21/03/2015; aceptado el 30/06/2015.

1. Por qué constitucionalizar un derecho a la secesión

1.1 El bloqueo del debate territorial en el Estado español

No creo que quepa duda a día de hoy de que España es un Estado pluriétnico,¹ en el sentido no de que sea el contenedor de una pluralidad de naciones soberanas, sino en el de que en él existen –y han existido históricamente bajo diversas formas de organización política– colectividades territoriales con una identidad propia que se materializa en diversas aspiraciones de autogobierno, desde la descentralización autonómica hasta la autodeterminación independentista, aunque esta identidad nunca se haya manifestado históricamente en la forma de una nación política soberana, y solo la nación española, en tanto patria común de todos los ciudadanos españoles, haya sido el sujeto colectivo moderno de imputación de la soberanía estatal.

La CE de 1978 recoge en buena medida este planteamiento de pluriétnicidad en su actual artículo 2 con el reconocimiento del derecho de las nacionalidades y regiones a acceder a la autonomía política dentro de la unidad de la nación española, así como con el reconocimiento y amparo de unos derechos históricos de los territorios forales (disposición adicional 1ª CE), todo ello con la consideración de que la nacionalidad o región que puede ejercer ese derecho a la autonomía viene definida en el artículo 143.1 CE por una conjunción del elemento voluntarista con el elemento étnico: “las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica” que impulsan, a través de las preexistentes instituciones democráticas, la voluntad de su ciudadanía de acceder al autogobierno y convertirse en Comunidades Autónomas.

Ciertamente, en los más de treinta y cinco años de vigencia de la CE de 1978 se ha avanzado mucho en el desarrollo del Estado autonómico a través de su concreción política por las normas del bloque constitucional, del que forman parte esencial los Estatutos de autonomía, las leyes del artículo 150 CE y la propia jurisprudencia constitucional.² Sin

1. Siguiendo el concepto de etnicidad de J. Peoples y G. Bailey, *Humanity: An Introduction to Cultural Anthropology*, Wadsworth Cengage Learning, Belmont, 2011, p. 387 ss., conforme al cual “un grupo étnico en esencia es una denominada categoría social basada en la percepción de una experiencia o tradición compartida”.

2. El término “bloque constitucional” se toma con el significado que le ha dado P. Requejo Rodríguez, *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1997, p. 57-105.

embargo, una vez más en nuestra historia, este proceso de desarrollo del Estado autonómico no ha servido para resolver de forma definitiva el debate territorial que secularmente ha caracterizado nuestro Estado desde los albores del constitucionalismo hispánico, y se ha llegado a un punto en el cual las pretensiones de autodeterminación de algunas partes del territorio nacional no encuentran acomodo en el actual marco de autonomía política, no sirviendo entonces ni el bloque constitucional ni las mutaciones constitucionales utilizadas hasta el momento como mecanismos de desarrollo del proceso autonómico.³ Desde este punto de vista parece, pues, lógico tratar de buscar instrumentos constitucionales con los que abordar de nuevo la cuestión territorial para darle una estabilidad a largo plazo. Por otra parte, a tenor de los estudios de opinión, no parece seguro que una transformación constitucional hacia un modelo federal –incluso aunque se construya sobre la base del federalismo asimétrico– vaya a ser suficiente para colmar la expectativa de autodeterminación de una parte significativa de la ciudadanía de algunas entidades territoriales,⁴ que identifican “derecho a decidir” con derecho a separarse de la organización político-jurídica en la que están actualmente integrados.⁵ Tienen parte de razón quienes dicen que este derecho a decidir lo ejercieron los catalanes el 6 de diciembre de 1978 cuando votaron masivamente (más del 90%) en favor de la CE de 1978, que amparaba sus expectativas de autogobierno con el modelo autonómico, o que lo ejercen cada vez que eligen a sus representantes

3. Mutación constitucional entendida como “la modificación del contenido de las normas constitucionales sin que haya un cambio en el texto constitucional por el procedimiento a tal efecto previsto”, E. W. Böckenförde, “Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel”, en Badura/Scholz (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, C. H. Beck, München, 1993, p. 6 ss.

4. Incluso aunque haya disminuido el apoyo al independentismo, en los últimos años ha llegado a moverse en algunas CCAA históricas entre el 24% (País Vasco) y el 44% (Cataluña) de la ciudadanía, lo que hace que esta expectativa sea cuando menos merecedora de análisis; cfr. Euskobarómetro de mayo de 2014 (<http://www.ehu.eus/documents/1457190/1525260/EB+mayo+14+web.pdf>), y *Enquesta sobre context polític a Catalunya* del Centre d'Estudis d'Opinió de diciembre de 2014 (REO 760 <http://ceo.gencat.cat/ceop/AppJava/loadFile?fileId=23053&fileType=1>). Sobre la evolución y el crecimiento de la opción secesionista desde 2002, véase M. Grau, “Self-government reforms and public support for Spain's territorial model”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 13, 2011, p. 200 ss.

5. Sin embargo, *sensu contrario* de lo dispuesto por la STC 42/2014, de 25 de marzo, FFJJ 3º.b)-4º, el derecho a decidir (como el incluido en la Declaración 5/X del Parlamento de Cataluña de 23 de enero de 2013) solo equivaldría a autodeterminación, y por tanto sería a día de hoy inconstitucional, si su desarrollo se encauzase fuera de los procedimientos de reforma constitucional previstos pretendiendo el ejercicio de la soberanía para separarse unilateralmente del resto del Estado español.

tanto en el Parlamento autonómico como en las Cortes Generales, aunque el objeto de la decisión sea distinto del que pretenden ahora, pues entonces se trataba de mecanismos de autodeterminación interna para permanecer dentro del Estado español bajo unas u otras fórmulas de descentralización política. Pero no es menos cierto que también sería expresión de ese derecho a decidir, ahora ya en su vertiente de autodeterminación externa, el que los ciudadanos de las distintas colectividades territoriales que integran el Estado español pudieran expresar su voluntad de dejar de pertenecer al mismo y establecer un Estado soberano e independiente, es decir, que pudieran ejercer un derecho a la secesión.⁶

Sin embargo, este derecho a la secesión unilateral de una parte del territorio nacional no está contemplado en el texto constitucional de 1978, ni puede ejercerse sin una previa reforma constitucional, dada su incompatibilidad con la imputación de la soberanía al pueblo español y con la afirmación de la insoluble unidad de la nación española de los artículos 1 y 2 CE.⁷

Además, como bien puso de relieve la Corte Suprema de Canadá en su decisión sobre la cuestión de la secesión de Quebec,⁸ el mencionado derecho a la secesión tampoco encuentra reconocimiento con carácter general en el derecho internacional,⁹ aunque no es me-

6. Como manifestación política concreta del intento de plasmar esta expectativa, recuérdese la Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi (más conocida como "Plan Ibarretxe"), que aprobó el pleno del Parlamento vasco el 30 de diciembre de 2004 y decidió su envío al Congreso de los Diputados por mayoría absoluta, con 39 votos a favor y 35 en contra, quien no obstante la rechazó el 1 de febrero de 2005. Fue igualmente declarada inconstitucional, por la STC 103/2008 de 11 de septiembre, la Ley 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política.

También debe recordarse que el 23 de enero de 2013 el Parlamento de Cataluña aprobó con 85 votos a favor, 41 en contra, 2 abstenciones y 5 diputados que se negaron a votar, la "Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña", aunque la misma fuese declarada parcialmente inconstitucional por la STC 42/2014, de 23 de marzo.

7. Véase al respecto la STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3º.

8. Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217.

9. En este mismo sentido, J. Rodríguez-Zapata Pérez, "Sobre el derecho de autodeterminación y su compatibilidad con la Constitución", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 3, 1999, p. 107-108; en contra, R. Viciano Pastor, "El derecho de autodeterminación en nuestra reciente vida constitucional: análisis y problemática", *Revista de Derecho Político*, núm. 34, 1991, p. 147-153, que se opone a esta interpretación negadora del derecho a la secesión con base en el tenor literal de los artículos 1 de los pactos de derechos humanos de las Naciones Unidas, que reconocen el derecho a la autodeterminación de "todos los pueblos", confundiendo, en nuestra opinión, el sujeto legitimado con el objeto y contenido del derecho a la autodeterminación de los pueblos, que en unos casos se plasmará

nos cierto que, de igual modo, no existe en el derecho internacional una expresa prohibición de su ejercicio,¹⁰ lo que implica que no existe un obstáculo jurídico internacional a su constitucionalización por los Estados. En este sentido, conforme a la interpretación mayoritaria,¹¹ el ejercicio del derecho de autodeterminación de todos los pueblos previsto por el artículo 1 de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el caso de los pueblos no coloniales, ni sometidos a una potencia extranjera (como sería el caso de los integrados en Canadá, Bélgica o España), se agota en su vertiente de “autodeterminación interna” (participación democrática en el proceso político-decisorio del Estado en el que están integrados, es decir, para nuestro caso, en su autonomía política), no requiriendo su “autodeterminación externa” (la formación de un Estado soberano propio o la integración en otro distinto de aquel al que pertenece, es decir, la secesión).¹² Esta interpretación halla su justificación, de acuerdo con lo dispuesto en la Declaración 2625 (XXV) sobre los principios de derecho internacional relativos a las relaciones de paz y a la cooperación entre Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en la necesidad de conciliar el principio de autodeterminación de los pueblos con el principio de respeto a la integridad territorial de los Estados, que solo cede ante el primero y admite la autodeterminación externa (y por tanto la secesión) de pueblos no coloniales cuando el Estado matriz no respete el derecho de autodeterminación interna de los

en la autodeterminación interna y la autodeterminación externa (secesión) de estos, y en otros casos solo en la primera.

10. S. Mancini, “Secession and Self-Determination”, en Rosenfeld y Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 487 ss.

11. Véase, por todos, D. Raic, *Statehood and the Law of Self-Determination*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2002, p. 228-234, 316-324. En un sentido similar, en España, Ridao i Martí, J., “La juridificación del derecho a decidir en España. La STC 42/2014 y el derecho a aspirar a un proceso de cambio político del orden constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 91, 2014, p. 96-101, y M. Medina Ortega, *El derecho de secesión en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 154 ss.

12. Pero incluso aunque no fuese así y reconociese el derecho a la autodeterminación externa de todos los pueblos, dicho reconocimiento sería inconstitucional, dada la posición infraconstitucional de estos tratados y la contradicción existente, a día de hoy, entre semejante derecho de secesión y la afirmación expresa de la indisoluble unidad de la nación y la integridad territorial del Estado que realiza el texto constitucional de 1978. En un sentido semejante aunque desde planteamientos teórico-constitucionales diferentes, J. RUIPÉREZ ALAMILLO, “La nueva reivindicación de la secesión de Cataluña en el contexto normativo de la Constitución Española de 1978 y el Tratado de Lisboa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, p. 111-112.

pueblos que lo componen y la igualdad de derechos humanos de sus ciudadanos. Y ello sin que la Opinión consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre Kosovo A/64/881, de 2008, haya cambiado las cosas, dado que el Tribunal, al tiempo que afirma la no ilicitud internacional de la secesión de Kosovo, no afirma su licitud en términos generales,¹³ por lo que ella dependerá de su licitud desde el punto de vista del derecho constitucional interno. En otras palabras, el derecho a la secesión solo se aceptaría en el derecho internacional como un derecho-remedio¹⁴ frente a una situación de injusticia y falta de autodeterminación interna, lo cual no es el caso de las colectividades territoriales en España, que desde 1978 han gozado de un amplio nivel de autonomía política.

De lo anterior se desprende, por tanto, que el debate territorial se encuentra en la actualidad en una situación de bloqueo jurídico,¹⁵ pues algunas entidades territoriales tratan de expresar, a través de sus instituciones democráticas, una expectativa de autodeterminación externa, que solo se vería satisfecha si pudieran decidir unilateralmente acerca de su secesión, cosa que el vigente sistema constitucional no permite. Esta situación resulta peligrosa para la vigencia de la legalidad constitucional democrática, ante la posibilidad de que dichas entidades territoriales traten de estabilizar al margen del sistema constitucional vigente (aunque sea pacíficamente) aquella expectativa de autodeterminación externa, y frente a ello las instituciones nacionales se enroquen en la actitud inmovilista de negar la existencia de un mecanismo jurídico de garantía de aquella expectativa y amenazar únicamente con el uso de la coacción para imponer el sistema legal vigente. Poco importa a estos efectos, desde el punto de vista de la eficacia del sistema constitucional de 1978, que la expectativa identitaria de algunas partes del territorio español tenga una base histórica real o que sea meramente imaginada por la ciudadanía que la sostiene. No se trata de juzgar la oportunidad política de constitucionalizar un derecho a la autodeterminación de las entidades territo-

13. Cfr. Medina Ortega, *El derecho de secesión...*, p. 167.

14. Sobre las distintas teorías justificativas filosófico-políticamente del derecho a la secesión (entre las que se encuentran las teorías del derecho-remedio y de la justa causa), véase A. Buchanan, "Theories of Secession", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 26, 1997, p. 34-37; W. Norman, "Domesticating Secession," en Macedo y Buchanan, *Secession and Self-Determination*, New York / London, New York University Press, 2003, p. 198 ss.

15. Cfr. A. López Basaguren, "La secesión de territorios en la Constitución española", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25, 2013, p. 99 ss.

riales existentes en España, ni la legitimidad moral o filosófico-política de reconocerles un derecho a secesionarse, sino tan solo de analizar la necesaria correlación existente entre el principio de legalidad y el principio democrático a la hora de buscar una salida constitucional que sea funcionalmente adecuada para canalizar el debate territorial en ordenamientos, como el español, en los que *de facto* existe un problema de identidad territorial.¹⁶

1.2 Derecho a la secesión como mecanismo de refuerzo de la eficacia normativa de la Constitución

Ante esta situación de bloqueo, un sistema constitucional democrático como el español no debería cerrarse cognitivamente, negando la existencia de esta expectativa (pues no es esa su función), sino que debería evaluar el impacto que sobre su estabilidad y eficacia podría tener la pretensión de imponer dicha expectativa de autodeterminación externa al margen de los procedimientos legales previstos, y correlativamente el impacto que puede tener sobre la legitimidad del sistema jurídico la negación de aquella expectativa no prevista por el ordenamiento y la imposición coactiva del ordenamiento estatal sobre un amplio número de instituciones y de ciudadanos que la respaldan. Si la conclusión es que cabe un cierto riesgo de intento de satisfacción ilegal de dicha expectativa, que solo se podría conjurar con una imposición coactiva del marco legal vigente frente a un número significativamente elevado de ciudadanos, un sistema jurídico democrático debería, con el fin de su positividad (en el sentido de una realidad temporal efectivamente existente que garantiza expectativas a través de la coacción),¹⁷ tratar de buscar vías jurídico-positivas que permitan ejercer de forma constitucionalmente lícita el derecho de autodeterminación externa, es decir, el derecho a la secesión, siempre que exista una mayoría clara y suficiente de ciudadanos de una entidad territorial del Estado español para la que el actual marco constitucional de descentralización política no da adecuada satisfacción a sus expectativas identitarias.

16. En un sentido semejante, requiriendo diferenciar las distintas cuestiones que plantea el análisis del derecho a la secesión, cfr. D. Weinstock, "Constitutionalizing the right to secede", *The Journal of Political Philosophy*, vol. 9, 2001, p. 182-183.

17. Cfr. K. Larenz, *Das Problem der Rechtsgeltung* (1929), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967, p. 26 ss.

La estabilidad fáctica de un sistema jurídico democrático no puede basarse en la represión de una presumible mayoría territorial consolidada en torno a la idea de separación, sino que debe buscarse en soluciones democráticas, abriendo cauces de deliberación y formación de la voluntad popular en torno a fórmulas de conservación de la convivencia común, pero también de decisión del cese unilateral de la convivencia, siempre que se cumpla con el procedimiento que al efecto se establezca. En todo caso, la propuesta que aquí se hace de constitucionalizar el derecho de secesión se realiza desde un entendimiento exclusivamente normativista de la Constitución y a partir de su función en el sistema jurídico, es decir, desde la perspectiva de la Constitución como norma jurídico-positiva que trata de canalizar el uso de la coacción como mecanismo de garantía normativa de expectativas en una sociedad altamente compleja y cambiante, y no desde la perspectiva de los objetivos políticos atribuidos al constitucionalismo, es decir, desde un concepto material de Constitución.¹⁸ En este sentido, un sistema jurídico autorreferente y positivo¹⁹ tiende a organizarse democráticamente para preservar su legalidad, es decir, su propia existencia. El debate territorial no ha de conducir, por tanto, necesariamente a una confrontación entre el respeto a la legalidad constitucional y el desarrollo del principio democrático, salvo desde un entendimiento pre- y meta-jurídico de la democracia y de sus sujetos de imputación (sean el pueblo español o las colectividades catalana, vasca, gallega, etc.).²⁰ La democracia es el principio de estructuración del sistema legal que mejor impele las condiciones de positividad (apertura cognitiva a las nuevas expectativas que surgen en el entorno) y autorreferencialidad (eventual interiorización de esas expectativas, únicamente a través de procedimientos legales

18. Para un análisis del problema de la secesión en el ordenamiento español desde esa perspectiva material, véase Ruipérez Alamillo, "La nueva reivindicación...", 2013, p. 89 ss.

19. Sobre la positividad y la autorreferencialidad como características diferenciadoras del sistema jurídico respecto de otros sistemas sociales, véase N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1993, p. 131 ss. Y sobre su aplicación a la CE de 1978, véase B. Aláez Corral, *Los límites materiales a la reforma de la CE de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 101-126.

20. Paradigmático ejemplo de esa forma de entender la democracia en torno a un sujeto colectivo prejurídico es la de J. Isensee, "Abschied der Demokratie vom Demos. Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie und Verfassung", en Schwabe (ed.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft: Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, p. 705 ss.

previstos por el propio sistema jurídico).²¹ Por tanto, dado que el principio democrático existe por y para la preservación de la existencia diferenciada del sistema jurídico, no puede identificarse con la simple regla de la mayoría, ni puede ser insensible a la potencialidad de los incumplimientos de la legalidad por parte de una minoría mayoritaria en una colectividad territorial determinada. Es preciso buscar un equilibrio entre la imposición de la legalidad y que esa legalidad trate de acomodar el máximo posible de expectativas minoritarias, es decir, entre el gobierno de la mayoría y el respeto a las minorías.²² La búsqueda de ese equilibrio se hace más perentoria, si cabe, si en el territorio en el que se manifiesta esa expectativa colectiva de autodeterminación late la idea de que ésta es mayoritaria en su población.

La soberanía políticamente hablando termina en el ejercicio de la coacción, pero enmarcada en un sistema jurídico democrático debe tratar de evitar llegar a ella cuando se trata de regular las expectativas de autodeterminación de las colectividades con identidad territorial que la componen y sustituirla por la fuerza de la razón surgida del diálogo, la transacción y el pacto.²³ Jurídicamente esto se traduce en que un ordenamiento jurídico solo puede mantener su legitimidad en sociedades altamente complejas, como las occidentales del siglo XXI, si cuenta con los procedimientos normativos adecuados para dar respuesta al reto que colectivamente y de forma institucional se presente contra su aplicabilidad general y su eficacia en un determinado territorio. La imposición contramayoritaria de la eficacia del ordenamiento en esa parte del territorio (utilizando la coacción estatal del artículo 155 CE, con recurso incluso a las fuerzas armadas al amparo del artículo 8 CE) es una alternativa que no garantiza la legitimidad y, con ello, la estabilidad del propio ordenamiento,²⁴ porque reprime

21. F. J. Bastida Freijedo, "La soberanía borrosa: la democracia", *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, vol. 1, 1998, p. 389 ss.

22. Respecto de la imposibilidad de concebir el principio de mayoría como la instauración de la dictadura de la mayoría sobre la minoría, cfr. H. Kelsen, "Demokratie" (1927), en Klecatsky, Marcic y Schambeck (Hrsg.), *Die wiener rechtstheoretische Schule*, Wien, Europa Verlag, 1968, p. 1766.

23. Tal y como pone de relieve la Corte Suprema de Canadá equilibrando los principios de *rule of law and democracy* en su decisión Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, 254 ss.

24. La legitimidad se entiende aquí no en el sentido de la aceptación de un concreto contenido normativo como moral o políticamente correcto, sino en el de la predisposición generalizada a aceptar el contenido indeterminado de las decisiones normativas;

la manifestación de ese reto, pero no elimina el reto en sí, máxime cuando este mecanismo extraordinario de solución de conflictos territoriales no ha sido configurado en la CE de 1978 de forma arbitral, como un mecanismo de la "Constitución total" que, tras la decisión de un órgano imparcial en representación paritaria de las partes, permita restablecer el respeto del orden jurídico que vincula al Estado central y las CCAA.²⁵ Utilizando estos instrumentos el sistema jurídico se convierte en más rígido, pero no necesariamente en más estable, y su pervivencia queda lastrada por la necesidad de imponer su eficacia por la fuerza. A la par, su caracterización como sistema democrático se oscurece, porque la soberanía no se pone al servicio del principio democrático, o sea, al servicio de una convivencia colectiva basada en la garantía de las expectativas de la mayoría ciudadana con el máximo respeto posible a la mayoría existente en una colectividad territorial minoritaria, sino al servicio de una convivencia forzada.

En este sentido, la soberanía de la CE de 1978 cumple mejor esa función democrática si su encarnación jurídica (el poder de reforma constitucional) crea los procedimientos adecuados para que aquellas colectividades territoriales cuenten con la posibilidad de separarse del ordenamiento jurídico vigente,²⁶ pero al mismo tiempo ello se regula por el sistema jurídico creado por la mayoría mediante un procedimiento en el que se garantice el respeto a los derechos de quienes pueden ser minoría dentro de esas colectividades territoriales. Esto se concretaría en la necesidad de que, por medio de una reforma constitucional, se proceda al establecimiento del derecho de autodeterminación externa de las entidades territoriales existentes en España, es decir, a la constitucionalización de un procedimiento de secesión jurídicamente reglado por el ordenamiento global del Estado español que permita a aquellas, bajo ciertas condiciones, separarse formal²⁷ y

cfr. N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt und Neuwied, Luchterhand, 1978, p. 28.

25. Apartándose del acertado modelo propuesto por H. Kelsen, "Die Bundesexekution: ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs und der österreichischen Bundesverfassung", en *Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 1927, p. 127 ss.

26. Sobre la vinculación entre soberanía y poder de reforma constitucional, véase B. Aláez Corral, "La reforma constitucional como cauce de las transformaciones actuales del Estado español," en Varios Autores, *La constitución democrática ayer y hoy: Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. I, Madrid, Editorial Universitas, 2012, p. 415 ss.

27. Cfr. J. R. Wood, "Secession: A Comparative Analytical Framework", *Canadian Journal of Political Science*, vol. 16, 1981, p. 110.

no violentamente de éste,²⁸ y sustraerse a la eficacia obligatoria del ordenamiento del Estado matriz.²⁹ Las razones que pueden llevar a dicha secesión pueden ser de muy diversa índole, pero en cualquier caso reflejarán la pérdida de importancia del sentimiento de solidaridad entre la comunidad territorial que pretende la secesión y el resto de las colectividades integradas en el Estado matriz.³⁰ La implantación de tal derecho de secesión implicaría la apertura democrática del sistema jurídico para poder encauzar la pretensión secesionista en los términos establecidos por el propio ordenamiento jurídico, lo cual dota al sistema de flexibilidad –porque impide el recurso a la fuerza física para ahogar la pacífica reivindicación secesionista– y de estabilidad –porque deslegitima las hojas de ruta hacia la secesión fuera de los cauces legales. La supuesta soberanía del pueblo vasco, catalán o de cualquier otro reconocido como entidad territorial en el Estado español solo podría invocarse como un derecho a la secesión por el procedimiento constitucionalmente previsto, e inversamente la soberanía del pueblo español solo podría invocarse para que tal derecho se ejerza en los términos constitucionalmente previstos.

Ciertamente, desde la doctrina constitucional se han esgrimido argumentos en contra de constitucionalizar un derecho a la secesión³¹ (esté o no justificado moralmente),³² entre los que se encuentra principalmente su contraposición con la voluntad de estabilidad y permanencia de toda Constitución, que la existencia de tales cláusulas puede generar conflictos más graves que los provocados por los problemas que se pretenden afrontar, o, en fin, la naturaleza eminentemente política del derecho a la secesión y su imposible justiciabilidad. Respecto al primer argumento en contra de constitucionalizar un derecho de secesión, se puede decir que quienes lo sostienen piensan en la perpetuación de una Constitución material, es decir, de unos contenidos normativos concretos (fundamentales), obligatorios en un determinado espacio y para una determinada colectividad humana a la que

28. Conforme a la clasificación de formas de secesión que expone A. Buchanan, *Secesión. Causas y consecuencias del divorcio político*, Barcelona, Ariel, 2013.

29. D. E. Tosi, *Secessione e Costituzione tra prassi e teoria*, Napoli, Jovene Editore, 2007, p. 293.

30. Tosi, *Secessione e Costituzione...*, 2007, p. 293-398.

31. En nuestro país, véase ya A. Sáiz Arnáiz, "Constitución y secesión", *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 10, 2006-2007, p. 36 ss.

32. Cuestión sobre la que no entramos aquí, y en la que se remite para una conclusión afirmativa de su justificación moral a Buchanan, "Theories of Secession" ..., 1997, p. 41 ss.

constituyen, no en la perpetuación de la Constitución como forma jurídica suprema, que utiliza su positividad y su autorreferencialidad para preservarse con independencia de su contenido o de su ámbito territorial o personal de aplicación. Respecto al segundo argumento, puede que haya coyunturas históricas –como pudo ser la española de la transición de 1978– en las que la introducción de la cláusula de secesión hubiese sido arriesgada o incluso contraproducente en términos de estabilidad política, pero transcurridos más de treinta y cinco años de democracia constitucional, y no resuelta aún de forma completamente satisfactoria la cuestión territorial, no parece temerario explorar en la segunda década del siglo XXI la constitucionalización de la secesión como una posible vía de canalización de dicho debate territorial. Por último, respecto del argumento de la naturaleza política y no justiciable de la secesión, sin perjuicio de que se aborde con un poco más de detalle cuando se hable de la necesaria adecuación estructural de la cláusula de secesión al resto del texto constitucional, baste decir ahora que toda cuestión constitucional es una cuestión política, y que el mayor o menor grado de consenso constituyente sobre las cuestiones políticas no determina la justiciabilidad de las disposiciones constitucionales. Baste como ejemplo de ello la deliberada apertura política del bloque constitucional en nuestro vigente Estado autonómico, que no ha impedido que las disposiciones del artículo 2 y el título VIII CE sean justiciables ante el Tribunal Constitucional, ni, inversamente, que las concretísimas disposiciones constitucionales relativas a la Corona carezcan de un cauce procedimental específico para su garantía por el Tribunal Constitucional y sean difícilmente justiciables ante éste. Por otra parte, inversamente, la ausencia de una cláusula de secesión en el texto constitucional no impide, como la práctica judicial de los últimos tiempos pone de relieve, que se judicialicen, y por tanto sean justiciables, los efectos normativos (impeditivos) del silencio constitucional respecto de la secesión (posibilidad o no de convocar una consulta de autodeterminación, competencia para dicha convocatoria, etc.), que son cuestiones tan políticas como la de la secesión misma.³³

33. Como prueban la STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4º, y la STC 42/2014, de 25 de marzo, FFJJ 3º-4º, así como la reciente STC 31/2015, de 25 de febrero, que declara inconstitucionales diversos preceptos de la Ley 10/2014 del Parlamento de Cataluña, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, y la STC 32/2015, de 25 de febrero, que declara inconstitucionales y nulos el Decreto 129/2014 de la Generalitat de Cataluña, de 27 de septiembre, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña y sus anexos.

También desde la perspectiva de la teoría política se ha argumentado en contra de la constitucionalización del derecho de secesión sobre la base de la contraposición que existiría entre tal derecho y los objetivos generales del constitucionalismo, debido a que implicaría un potencial incremento de los riesgos de conflicto étnico, una reducción de las posibilidades de compromiso y debate deliberativo en la toma de decisiones de gobierno, con el correlativo incremento de las situaciones de bloqueo en la adopción de la toma de decisiones políticas cotidianas, o la creación de riesgos de chantaje político y comportamiento político estratégico por parte de las entidades territoriales con derecho a secesionarse, que pondrían en peligro la gobernabilidad a largo plazo.³⁴ Sin embargo, como lúcidamente ha puesto de relieve Weinstock,³⁵ dichos argumentos se pueden ver contrarrestados si lo que se constitucionaliza es una cláusula de secesión cualificada (no accesible a cualquier mayoría existente en la entidad territorial que quiere secesionarse) y la misma se diseña bien desde el punto de vista técnico jurídico, de modo que se conjuren esos peligros y se obligue a los partidarios de la secesión a realizar un análisis racional y no meramente coyuntural de los costes y los beneficios de secesionarse frente a mantenerse en el Estado, teniendo en cuenta los obstáculos constitucionales que deben superar para secesionarse y el impacto que los mismos pueden tener en su propia posición política dentro de la minoría territorial que representan.³⁶

Quede claro que de lo que se está hablando aquí es de la articulación jurídico-constitucional de un proceso democrático decisorio en el que –por cauces de participación directa y representativa– los ciudadanos de una parte de lo que constitucionalmente constituye hoy el pueblo/nación español se puedan autodeterminar jurídicamente expresando su voluntad de separarse del Estado español. No se trata, pues, de analizar la viabilidad de referendos consultivos, a través de los cuales las instituciones representativas del pueblo español en su

34. C. Sunstein, "Constitutionalism and secession", *The University of Chicago Law Review*, vol. 58, 1991, p. 634-635; también, aunque menos desarrollado, Sáiz Arnáiz, "Constitución y secesión", 2006-2007, p. 42.

35. Weinstock, "Constitutionalizing the right...", 2001, p. 182 ss.

36. Un análisis detallado de los distintos tipos de chantajes (cínicos unos y realmente explotables los otros) que podrían plantear las entidades territoriales a las que se reconociese un derecho de secesión y su superabilidad con una adecuada configuración constitucional de dicho derecho puede verse en A. Shorten, "Constitutional Secession Rights, Exit Threats and Multinational Democracy", *Political Studies*, vol. 62, 2014, p. 99 ss.

conjunto pueden conocer la opinión de los ciudadanos de una parte de dicho pueblo respecto de su identidad territorial, para que aquellas después decidan en consecuencia, ni tampoco de que las instituciones representativas nacionales y el cuerpo electoral español en su conjunto, mediante el referéndum de reforma constitucional del artículo 168 CE, accedan a las pretensiones de autodeterminación externa de una parte del territorio y reformen la Constitución española para hacer directamente efectiva la secesión de aquella, variando con ello *pro futuro* el ámbito territorial y personal de vigencia de la Constitución.³⁷ Eso no dejaría de ser una heterodeterminación respecto de los territorios que pretendan secesionarse.

2. Cómo constitucionalizar el derecho a la secesión

2.1. La función de la reforma constitucional en la preservación de la existencia diferenciada del ordenamiento jurídico español

La hipótesis que se ha avanzado hasta ahora es que la reforma constitucional de la CE de 1978 es la vía adecuada para la constitucionalización de un derecho a la secesión. En nuestro sistema constitucional de poderes constitucionales (constituyentes y constituidos) explícitamente tasados no cabe una tercera vía entre el inmovilismo y la constitucionalización de un derecho de secesión (o la secesión misma directamente mediante una reforma constitucional desmembradora), como se ha sugerido respecto del planteamiento de la Corte Suprema de Canadá en el caso de la secesión de Quebec.³⁸ La mera apelación al principio democrático en los términos en los que lo hizo la Corte Suprema de Canadá³⁹ no es suficiente para construir interpretativamente esta tercera vía en España, dado que las consecuencias normativas de este principio vienen determinadas por la Constitución española misma, y no pueden consistir en la imputación a las entidades territoriales de competencias o potestades no previstas por nuestro sistema legal,⁴⁰ y

37. Opciones exploradas y propuestas también como mecanismos de desbloqueo; véase por todos, López Basaguren, "La secesión de territorios...", 2013, p. 100 ss.

38. H. Aronovitch, "Seceding the canadian way", *Publius*, vol. 36, 2006, p. 556 ss.

39. Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217.

40. Cfr. López Basaguren, "La secesión de territorios...", 2013, p. 95.

así lo han venido a certificar las recientes STC 31/2015 y STC 32/2015, de 25 de febrero, junto con la ya mencionada STC 42/2014, de 25 de marzo.

El debate sobre una posible reforma constitucional que introduzca una cláusula de secesión está íntimamente ligado al propio concepto y función de la reforma, y a su vez al concepto y función de la Constitución misma. Desde una caracterización formal-funcional de la Constitución, que define su posición jerárquico-positiva suprema a partir de la función que ésta cumple en el interior del sistema jurídico, la reforma constitucional aparece como una *consecuencia estructural* de éste que pretende desarrollar autorreferencialmente su "*positividad*", permitiendo interiorizar a través de procedimientos jurídicamente reglados cualesquiera nuevas expectativas que surjan en el entorno social, incluidas las que afectan a aspectos nucleares del sistema constitucional, para así preservar su diferenciación funcional respecto del resto de los sistemas sociales.⁴¹ La existencia diferenciada del ordenamiento jurídico y su propia validez dependen en buena medida de su grado de "*positividad*", una de cuyas manifestaciones es la inserción eficaz del sistema en el medio, y ésta requiere la institucionalización de la posibilidad de cambio,⁴² pues la misma pacifica el proceso de garantía de expectativas encauzándolo a través del derecho y domestica incluso el ejercicio del poder constituyente originario o revolucionario⁴³ sometiéndolo a reglas formales. Por ello, cualquier contenido constitucional debería, en principio, poder ser objeto de una reforma constitucional,⁴⁴ consista esta en la adición, sustitución o supresión de una, varias o todas las normas constitucionales.⁴⁵

Para saber si una operación normativa dirigida a alterar el contenido primario del código de validez del sistema jurídico, como podría ser la constitucionalización de un procedimiento de secesión, puede y/o debe discurrir por el cauce de la reforma constitucional, se requie-

41. Cfr. Aláez Corral, *Los límites materiales...*, 2000, p. 133 y ss.

42. Cfr. D. S. Lutz, "Toward a theory of constitutional amendment", *American Political Science Review*, vol. 88, 1994, p. 357.

43. Cfr. W. Dellinger, "The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process", *Harvard Law Review*, vol. 97, 1983, p. 431.

44. Ya I. de Otto y Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 22.

45. Sobre los posibles contenidos de la reforma constitucional, véase la exhaustiva clasificación de K. Löwenstein, *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung*, Aalen, Scientia Verlag, 1968 (reimpresión de la edición de 1931), p. 110 ss.

re determinar, en primer término, si la Constitución ha previsto dicha operación, y con qué posible extensión material. En este sentido, cuanto más positivo y autorreferencial pretenda ser el sistema jurídico, es decir, cuanto más pretenda preservar su existencia diferenciada, tanto más se convertirá su dinamismo en el principal contenido de su código binario, es decir, de su núcleo constitucional, un dinamismo que solo podrá ser eliminado mediante una previsión expresa y autorreflexiva que petrifique ciertos contenidos constitucionales.

La afirmación de la supremacía formal (no material ni axiológica) de la Constitución, que nuestro texto constitucional lleva a cabo en el artículo 9.1 CE,⁴⁶ es, sin duda, un elemento significativo de la plena positividad del sistema jurídico español, que se ve corroborada por la expresa previsión en el título X de dos procedimientos de reforma constitucional, uno de los cuales permite la revisión total de la Constitución y la reforma de los contenidos nucleares del sistema constitucional, entre los que está la indisoluble unidad de la nación española y su integridad territorial, así como la imputación de la soberanía nacional al pueblo español (art. 168 CE). Por tanto, se puede decir que el ordenamiento jurídico español tiende *funcionalmente* a admitir la absoluta modificabilidad *estructural* del código constitucional para su mantenimiento, incluida la constitucionalización de una cláusula de secesión.

2.2. Inexistencia de límites materiales absolutos a la reforma de la Constitución española, en particular la unidad nacional

Ciertamente, igual que la "*positividad*" del sistema constitucional implica la posibilidad de que la Constitución adopte cualquier contenido, este también podría serlo uno que restringiese la propia "*positividad*" del ordenamiento, limitándola mediante la prohibición de alterar determinados preceptos constitucionales, esto es, mediante la introducción de límites materiales a la reforma constitucional, en función del grado de apertura y adaptabilidad al entorno que considere necesario cada sistema jurídico.⁴⁷ Estos límites materiales pueden haber sido

46. Tal y como ha afirmado claramente nuestro Tribunal Constitucional en su DTC 1/2004, de 1 de noviembre, FJ 4º.

47. Cfr. Luhmann, *Das Recht...*, 1993, p. 116.

constitucionalizados expresamente, de lo cual son ejemplos el artículo 79.3 de la Constitución alemana (respecto de la dignidad humana y los principios estructurales de Estado social y democrático de derecho y de Estado federal), el 139 de la Constitución italiana o el artículo 89 de la Constitución francesa (respecto de la forma republicana de gobierno), el artículo 193.4 y el artículo 194.2 de la Constitución Suiza (respecto de las normas internacionales de *ius cogens*) o el artículo 288.a) de la Constitución portuguesa (respecto de la unidad del Estado), pero también pueden ser deducidos implícitamente a partir de la interpretación de ciertos enunciados del texto constitucional⁴⁸ que se refieren a la inviolabilidad o la indisolubilidad de algún principio o valor constitucional.⁴⁹ Lo que en ningún caso cabría es deducir implícitamente dichos límites materiales a la reforma constitucional, ahora ya con carácter necesario y no meramente contingente, de la existencia de últimas certidumbres morales o políticas de las cuales traería su fundamento el sistema jurídico,⁵⁰ pues ello solo es posible desde un concepto material de Constitución que disuelve la normatividad diferenciada del ordenamiento jurídico en la política o la moral.⁵¹ Solo desde la percepción del ordenamiento jurídico como un sistema operativamente cerrado es posible adquirir una comprensión adecuada de la función estrictamente jurídica que cumple el poder de reforma constitucional y de cuáles pueden ser los límites materiales que este tenga en su actuación.

Estas prohibiciones materiales de cambio conllevan la imposibilidad de una reforma constitucional que afecte a todo o a parte del contenido primario del código, es decir, a parte de las expectativas normativas que se hayan podido garantizar en el texto constitucional –como los principios estructurales, los derechos individuales o la uni-

48. Lo que no hay que confundir con los límites que se consideran inmanentes a unos valores o principios constitucionales metapositivos, al margen de que se hallen plasmados en el texto constitucional; al respecto de estos, véase Y. Roznai, "Unconstitutional Constitutional Amendments — The Migration and Success of a Constitutional Idea", *The American Journal Of Comparative Law*, vol. 61, 2013, p. 670 ss.

49. En el ordenamiento español, véase J. Jiménez Campo, "Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución", *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980, p. 95 ss.

50. J. R. Vile, "The Case against Implicit Limits on the Constitutional Amending Process", en Sanford Levinson (edit.), *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*, Princeton, Princeton University Press, 1995, p. 201.

51. Véase Aláez Corral, *Los límites materiales...*, 2000, p. 246 ss.

dad territorial del Estado—. ⁵² Aunque el recurso a los límites materiales a la reforma constitucional se haya extendido en los últimos decenios en múltiples ordenamientos liberal-democráticos, ⁵³ en todo caso, para que las mismas tengan plena eficacia obligatoria será necesario que gocen de carácter absoluto, ⁵⁴ esto es, que se trate de prohibiciones reflexivas o autorreferenciales que impliquen su aplicación a sí mismas, ⁵⁵ pues de lo contrario sería posible sustituir aquel contenido prohibitivo del código por uno permisivo con la sola reforma constitucional de la prohibición. ⁵⁶ Así, por ejemplo, aunque es notorio que desde *Texas v. White* ⁵⁷ la Corte Suprema de los EEUU estableció la inexistencia en la Constitución de 1787 de un derecho constitucional a la secesión por parte de los Estados, ⁵⁸ no es menos cierto que también desde *Dillon v. Gloss* ⁵⁹ se abandona el planteamiento de que el poder de reforma del artículo V esté sometido a límites materiales implícitos (distintos de los temporales expresamente previstos por el propio artículo V), y por tanto sería factible introducir, mediante una reforma constitucional, un derecho a la secesión.

Precisamente por el peligro que para la propia "positividad" del sistema encierra la *desinstitucionalización de la posibilidad de cambio* son problemáticas las prohibiciones absolutas de reforma constitucional, cuyo carácter reflexivo excluiría también del ámbito material de la reforma su propia supresión y el retorno a la apertura cognitiva del

52. Sobre el concepto de límite material a la reforma constitucional, cfr. Aláez Corral, *Los límites materiales...*, 2000, p. 166 ss.

53. Véase el exhaustivo estudio de Roznai "Unconstitutional Constitutional...", 2013, p. 665-670.

54. Cfr. Aláez Corral, *Los límites materiales...*, 2000, p. 211-221.

55. Es lo que H. L. A. Hart, *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 149 ss., denomina "soberanía auto-comprensiva" (*self-embracing omnipotence*), por oposición a la "soberanía continuada" (*continuing omnipotence*). Sobre la relación entre ambos tipos de soberanía y su articulación con respecto a las cláusulas de reforma, véase Suber, P., *The paradox of self-amendment*, New York, Peter Lang, 1990, p. 74 ss.

56. En favor de admitir la posibilidad de superar las cláusulas de intangibilidad a través de una reforma constitucional en dos grados, uno primero para eliminar la cláusula de intangibilidad y otro después para modificar el contenido afectado por la derogada cláusula de intangibilidad, véase ya P. Biscaretti Di Ruffia, "Sui limiti della revisione costituzionale", *Annali del Seminario Giuridico della Università de Catania*, vol. III, Napoli, 1949, p. 165.

57. *Texas v White*, 74 U.S. 700 (1869).

58. Sobre el derecho de secesión en los EEUU, véase J. de Miguel Bárcena, "Secesión y Constitución en los Estados Unidos", *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 8, 2014, p. 20 ss.

59. *Dillon v. Gloss*, 256 U.S. 368 (1921).

sistema. Si existen determinados contenidos que se desea sustraer a la "positividad" del sistema, ello normalmente es debido a la elevadísima inestabilidad de determinadas expectativas, algunas de las cuales pueden ser trascendentales para el sistema social, como es el caso de los principios estructurales, incluido el relativo a la unidad territorial del Estado, mientras que otras pueden tener un carácter simbólico (bandera, lengua, himno, etc.). Con todo, se trata por regla general de prohibiciones de cambio que se revelan inadecuadas y huérfanas de eficacia, pues se mantienen solo mientras exista una opinión pública que no dé ninguna oportunidad política de éxito a las violaciones de estos límites jurídicos a la "positividad". Por ello, contra los riesgos de la absoluta "positividad" del sistema jurídico solo se puede luchar desde dentro de aquel, no con la imposición de límites materiales a la reforma constitucional. Solo comprendiendo mejor dichos riesgos, es decir, evaluando la probabilidad de que los mismos generen complejidad social, absorbiendo dicha complejidad y previendo su grado de probabilidad mediante el aprovechamiento del potencial inherente a la autoestabilización del sistema, será posible evitarlos sin crear operaciones dentro del sistema, como los límites a la reforma constitucional o las agravaciones procedimentales desproporcionadas, cuya utilidad marginal es mínima.⁶⁰

Con todo, desde un concepto material de Constitución, que distingue entre el poder constituyente originario (metajurídico), en manos siempre de un pueblo prejurídico, y el poder constituyente-constituido (jurídicamente reglado como poder de reforma constitucional), en manos de los órganos constitucionales que temporalmente representan al pueblo, se ha esgrimido en contra de una reforma constitucional que pretendiese constitucionalizar un derecho de secesión la existencia de un límite material implícito a la reforma constitucional derivado de la afirmación contenida en el artículo 2 CE,⁶¹ conforme al cual la descentralización del Estado ha de tener lugar dentro del respeto a la indisoluble unidad de la Nación española. Para quienes sostienen esto, la indisoluble unidad nacional sería una decisión constituyente que solo se podría suprimir para reconocer un derecho a la secesión mediante un proceso constituyente revolucionario, a través

60. N. Luhmann, "Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft", en *Die Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1981, p. 144-145.

61. Ver por todos, con base en un concepto (político) racional-normativo de Constitución, J. Tajadura Tejada, "Referéndum en el País Vasco (Comentario a la STC 103/2008, de 11 de septiembre)", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, 2009, p. 380-382.

del cual el pueblo español cambiase la Constitución y no simplemente la reformase.⁶²

Más allá de los argumentos teórico-constitucionales expuestos respecto de la disfuncionalidad de los límites materiales para la preservación de la eficacia diferenciada del ordenamiento jurídico, que la unidad de la Nación española represente un límite material absoluto a la reforma constitucional ha de quedar descartado *prima facie* por dos razones. De un lado, por la ausencia de mención expresa a cualesquiera límites materiales absolutos a la reforma constitucional en el título X de la Constitución española, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos de nuestro entorno que sí han incluido expresamente (art. 288.a) de la Constitución portuguesa)⁶³ o implícitamente (artículo 5, en relación con el artículo 139 de la Constitución italiana),⁶⁴ la unidad territorial del Estado entre los límites materiales al poder de reforma constitucional. De otro lado, porque su deducción implícita del texto del artículo 2 CE se enfrentaría en una disfuncional "discordancia práctica" con la expresa previsión en el artículo 168 CE de la posibilidad de una reforma constitucional total o una reforma que afecte a los principios estructurales del título preliminar, de la que se desprende que nada obsta a que, siguiendo el procedimiento de reforma constitucional, se altere también la unidad normativa de la Constitución (personificada en la Nación) y se constitucionalice un procedimiento que permita la secesión de parte del territorio sobre el que tiene vigencia.⁶⁵ Además, ninguna interpretación del texto constitucional en clave histórica o teleológica debiera enfrentarse a la interpretación adecuada al cumplimiento por parte de este de su función de canalización de expectativas desde el medio social hacia el interior del ordenamiento estatal. La unidad de la nación española puede operar, como lo ha hecho, como límite a la validez de una norma in-

62. Cfr. Ruipérez Alamillo, *La nueva reivindicación....*, 2013, p. 131-133.

63. No es el caso del artículo 89.4 de la Constitución francesa, que (en contra de lo que sostiene Sáiz Arnáiz, "Constitución y secesión", 2006-2007, p. 37) establece únicamente un límite temporal, no uno material, a la reforma constitucional, al modo y manera de lo que hace el artículo 169 CE, pues prohíbe iniciar o tramitar cualquier procedimiento de reforma constitucional mientras sufra menoscabo la integridad territorial, no que ese pueda ser el objeto de la reforma.

64. Tal y como la ha interpretado la Corte Costituzionale; cfr. Corte Costituzionale, Sentencia núm. 1146 de 1988.

65. Cfr. en la doctrina ya Rodríguez-Zapata Pérez, "Sobre el derecho...", 1999, p. 118, y en la jurisprudencia constitucional, la STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4º.

fraconstitucional como un Estatuto de autonomía,⁶⁶ pero no frente al poder constituyente constituido que se ejerce por el procedimiento del artículo 168 CE,⁶⁷ de modo que se trate de una unidad normativa que no se oponga a la posible segregación (división) territorial, siempre que discorra por los cauces constitucionalmente previstos.⁶⁸

Por tanto, el carácter fundamentador que la dicción literal del artículo 2 CE atribuye a la unidad de la Nación española no convierte a ésta en una entidad pre- y suprapositiva de la cual derivan su validez la Constitución misma y, con ella, su forma de organización territorial. La unidad de la Nación española no es jurídico-constitucionalmente la unidad de una entidad metafísica, cuya existencia se basa en una identidad sustancial (sea cultural, sea económica, racial, etc.), sino en una unidad normativa que halla su expresión en la CE de 1978, puesto que, aunque la nación española (y el pueblo español, que a estos efectos es la formulación democrática de la misma) puedan considerarse realidades históricas preexistentes (como también el pueblo catalán o el pueblo vasco) a la propia Constitución, se constituyen en el mundo jurídico como sujetos solo en virtud de ese reconocimiento constitucional.⁶⁹ De ahí que su carácter fundamentador solo pueda referirse, al igual que sucede con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE), a que la unidad nacional preside la existencia del sistema jurídico en su conjunto e impide que, sin su reforma previa, se realicen determinadas formas de estructuración de la creación normativa incompatibles con dicha unidad nacional, como la secesión o la confederación, pero ello no impide que por el adecuado procedimiento de reforma constitucional también esta unidad pueda ser modificada.⁷⁰

Por último, tampoco cabe utilizar como argumento en favor de dicha comprensión de la unidad de la Nación el que el artículo 8 CE atribuya a las Fuerzas Armadas la "misión de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el orde-

66. STC 31/2010, de 28 de junio, FFJJ 3º, 7º y 12º.

67. Cfr. STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3º.

68. Respecto de Italia, en este mismo sentido, F. Modugno, "Unità-indivisibilità della Repubblica e principio di autodeterminazione dei popoli (Riflessioni sull'ammissibilità-ricevibilità di un disegno di legge costituzionale comportante revisione degli artt. 5 e 132 Cost.)", en A. Pace (edit.), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 1013.

69. Cfr. STC 42/2014, de 25 de marzo, F.J. 3º.

70. En este sentido, también Sáiz Arnáiz, "Constitución y secesión", 2006-2007, p. 37, y López Basaguren, "La secesión de territorios...", 2013, p. 88.

namiento constitucional". La distinción entre la función de garantizar la soberanía y la independencia de España y la función de defender su integridad territorial y del ordenamiento constitucional no pone de relieve la existencia de una unidad metafísica ni metaconstitucional que haya de ser defendida al margen del propio ordenamiento jurídico-positivo, simplemente se refiere a las funciones que la propia CE atribuye a las Fuerzas Armadas en atención a conceptos cuya determinación corresponde a los niveles normativos infraconstitucionales. Por consiguiente, en qué consista la integridad territorial del Estado español es algo constitucionalmente modificable en vía de reforma constitucional, que podría prever la secesión de parte del territorio existente en el momento de entrada en vigor de la CE de 1978 o procedimientos de autodeterminación y posterior secesión de aquel.⁷¹

2.3. La necesidad de aplicar el procedimiento agravado de reforma constitucional para constitucionalizar un procedimiento de secesión

De lo expuesto hasta el momento se deduce que nada obsta *de constitutione ferenda* a la constitucionalización de un derecho a la secesión a través del procedimiento de reforma constitucional. Ahora bien, es preciso preguntarse cuál ha de ser el procedimiento de reforma por el que debe discurrir la hipotética constitucionalización de un mecanismo que permita la desmembración de parte del territorio nacional.

En primer término, es preciso aclarar que la transformación territorial que conlleva la secesión no puede llevarse a cabo sin reforma constitucional por la vía de la actualización de un concepto histórico-material de Constitución, subyacente al texto constitucional, que la contempla como un pacto entre cuerpos políticos: los territorios forales (entre los que se encuentra el País Vasco) de un lado, y el Reino de España de otro, preexistentes a la misma CE de 1978.⁷² Semejante concepción no solo es inadecuada para el cumplimiento de la función de la Constitución respecto de la diferenciación del sistema jurídico, sino que, además, resulta profundamente antidemocrática, al basarse en presupuestos desde los que difícilmente puede definirse en términos

71. Cfr. STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4º.

72. Sobre este entendimiento de la CE de 1978, véase M. Herrero de Miñón, *Derechos históricos y Constitución*, Madrid, Taurus, 1998, p. 88 ss., 320 ss.

de igual y plural participación quién ha de componer dichos cuerpos políticos y adoptar la decisión de segregarse o asociarse.

Ciertamente, los derechos históricos de los territorios forales vienen amparados por la disposición adicional primera de la CE de 1978, pero conforme a la misma su actualización solo puede tener cabida en el marco de lo dispuesto por la propia CE y los Estatutos de autonomía, y nunca de forma que resulte irreconocible su imagen histórica y tradicional.⁷³ Ello no significa ni que hayan de ser necesariamente actualizados ni que su actualización implique *ex constitutione* o *ex historia* un determinado régimen competencial. Lo que garantiza la disposición adicional primer CE es una "*foralidad*" conforme con el texto constitucional y no supraconstitucional,⁷⁴ que además necesita de una actualización a través de los Estatutos de autonomía.⁷⁵ Ni siquiera aunque se aceptase que los territorios forales, en su caracterización actual como CCAA, hubiesen sido en alguna ocasión Estados independientes y se hubiesen asociado libremente al Estado español, lo que, como se ha visto, no se corresponde con la configuración constitucional de sus derechos históricos,⁷⁶ cabría que éstos variasen su estatus a través de un nuevo pacto político celebrado al margen de los procedimientos de reforma constitucional previstos por el texto de 1978, ni mediante una decisión unilateral de secesión, pues ello implicaría, o bien la falta de supremacía de la CE de 1978 sobre esos territorios durante sus más de treinta años de vigencia, o bien la vulneración de unos procedimientos de reforma que obligarían también a los territorios asociados.

Por ello, en segundo lugar la elección del procedimiento de reforma adecuado para la constitucionalización de un derecho a la secesión se reconduce a los dos procedimientos previstos en el título X CE y está en función de los efectos que dicha transformación tendría sobre el ordenamiento constitucional. No cabe duda alguna de que la constitucionalización de un derecho a la secesión, con su consiguiente procedimiento conducente a la afirmación de la independencia jurídica de una parte del territorio nacional, conllevaría

73. STC 32/1981, de 2 de febrero, FJ 4º; STC 76/1988, de 26 de abril, FFJJ 4º y 5º, y STC 159/1993, de 6 de mayo, FJ 6º.

74. J. Corcuera Atienza, "La constitucionalización de los derechos históricos. Fueros y autonomía", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 1984, p. 37-38.

75. Sobre esto, véase J. J. Solozábal Echavarría, "Problemas constitucionales de la autonomía vasca", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2, 1989, p. 124.

76. En un sentido semejante, Rodríguez-Zapata Pérez, *Sobre el derecho...*, 1999, p. 120.

permitir la parcial disolución de la soberanía del Estado español, como consecuencia de la pérdida de supremacía de la CE de 1978 en aquella parte del territorio que se ha secesionado. La aspiración de algunas partes del territorio nacional de convertirse en entes jurídicos soberanos, secesionándose del Estado español, presupone la disolución de la supremacía de la CE de 1978 sobre los poderes públicos y ciudadanos implícitamente afirmada en el artículo 9.1 CE, afecta al principio estructural de Estado autonómico y a la unidad de la nación española del artículo 2, así como a la atribución de la soberanía nacional al pueblo español (art. 1.2).⁷⁷

Dado que la secesión afecta al ámbito personal y territorial de vigencia del sistema jurídico, es preciso que la secesión se introduzca en el texto constitucional a través del mecanismo extraordinario de reforma constitucional. Como el ámbito personal y territorial de vigencia de la CE de 1978 están regulados en los artículos 1, 2, 8 y 9 CE, es decir, en el título preliminar, la introducción de un procedimiento de secesión que implique alterar estos ámbitos "afecta" al título preliminar, y por tanto requiere que la modificación de la CE de 1978 se realice por el procedimiento superagravado del artículo 168, aunque el mismo no altere textualmente ningún precepto de dicho título. En este sentido, no se puede considerar adecuada la vía de utilizar el artículo 167 en un doble grado o secuencia, de modo que en un primer grado se modificase el artículo 168 para excluir de su ámbito de aplicación los artículos del título preliminar afectados y, en un segundo grado, igualmente por el artículo 167 CE introducir un procedimiento de secesión o proceder a la segregación misma de parte del territorio español.⁷⁸ El término "afectar" del artículo 168 CE obliga a utilizar el procedimiento previsto en dicho artículo –y *sensu contrario* proscribire el uso del procedimiento del artículo 167– para llevar a cabo toda modificación constitucional que altere directa o indirectamente el núcleo esencial identificativo de los preceptos constitucionales en aquel referidos, entre los que se encuentra el principio de Estado autonómico del artículo 2 CE.⁷⁹

El artículo 168 CE diseña un procedimiento agravado de reforma en el que se concilian de forma peculiar las exigencias democráticas de

77. STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 12º.

78. Como, sin embargo, sugiere L. Payero López, "El enfrentamiento entre dos ideas nacionales: la España unitaria vs. la España plural", en Calvo García, Arlettaz y Gracia Ibáñez (eds.), *Derecho y sociedad. Reflexiones sobre Sociología Jurídica, Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2014, p. 24.

79. Cfr. Aláez Corral, *Los límites materiales...*, 2000, p. 333 ss.

respeto a las minorías y de autodeterminación de los individuos y los grupos con las exigencias normativo-funcionales de la soberanía del Estado, tanto del viejo, reducido en su ámbito territorial de vigencia, como del nuevo, fruto de una futura secesión. En efecto, de un lado, la iniciativa para introducir esta cláusula de secesión puede corresponder a las entidades territoriales, conforme a los artículos 166 y 87.2 CE, a través de las Asambleas Legislativas de las CCAA afectadas.⁸⁰ Pero, de otro lado, la decisión última sobre la constitucionalización del procedimiento de secesión es una decisión que, al afectar a intereses comunes y, sobre todo, a los derechos fundamentales de todos los habitantes del Estado español, solo puede corresponder a los órganos del Estado en su conjunto, por mayorías altamente cualificadas, y no, por consiguiente, solo a los territorios que pudieran aspirar a la secesión.

Con todo, debe dejarse somera constancia de que el procedimiento de reforma constitucional arbitrado por el artículo 168 CE presenta algunos déficits, no solo desde el punto de vista de la falta de representatividad de los intereses territoriales en adopción de la decisión de la reforma, dado que el Senado por su composición no alcanza a expresar los intereses territoriales que el artículo 69 CE le encomienda representar, sino también desde la perspectiva de la democracia participativa. Así, una hoy injustificada desconfianza hacia la participación democrática directa de los ciudadanos, de un lado, veda a estos el impulso político directo de una reforma constitucional, incluida la que trate de introducir un procedimiento de secesión (al excluir la remisión del artículo 166 al artículo 87.1 y 2 la iniciativa popular en la reforma),⁸¹ y de otro lado deja en manos exclusivas del Estado (art. 149.1.32ª CE) que las instituciones de las comunidades autónomas puedan consultar a los ciudadanos acerca de la conveniencia de impulsar la reforma constitucional que articule un procedimiento consensuado y reglado a escala nacional de su autodeterminación externa.⁸² Es más, de la STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4º, se

80. STC 42/2014, de 25 de marzo, FFJJ 3º-4º.

81. El Parlamento asturiano, en ejercicio de la iniciativa que le confieren los artículos 166 y 87.2 CE, aprobó el 18-19 de septiembre de 2014 una proposición de reforma constitucional por la cual, entre otros aspectos de democracia directa, se insta a las Cortes a modificar el artículo 166 CE de modo que quepa también la iniciativa popular en materia de reforma, ahora excluida (*Boletín Oficial de la Junta General del Principado de Asturias*, núm. 16-14, de 25 de septiembre de 2014).

82. Sobre las fórmulas para descentralizar los mecanismos de democracia directa que permiten conocer la expectativa de los ciudadanos de una parte del territorio de modi-

puede deducir incluso que esa consulta no sería posible, ni siquiera convocada con la autorización del Estado, y que solo cabe en la fase de ratificación de la posible reforma mediante el referéndum del conjunto del pueblo español.⁸³

3. Contenido de una hipotética cláusula constitucional de secesión

3.1. Adecuación de la cláusula de secesión a los principios estructurales del sistema constitucional y objeto de la misma

Antes de centrarnos en el objeto que podría tener una hipotética cláusula constitucional de secesión, la primera exigencia con la que debería cumplir aquella es que la misma esté en consonancia con las señas de identidad del sistema jurídico modificado,⁸⁴ es decir, *que se adecue a los principios estructurales del ordenamiento constitucional*, pues de lo contrario le faltaría coherencia interna.

De un lado, desde el punto de vista de la función de mejorar la vigencia estable del sistema jurídico democrático de 1978, no tendría sentido constitucionalizar un derecho a la secesión si al mismo tiempo no se reconfigurase la organización territorial del Estado de forma que disuada del recurso a algo tan radical para el propio ordenamiento jurídico como el ejercicio de ese derecho. De otro lado, y coherentemente con lo anterior, el derecho de secesión en tanto expectativa jurídicamente reglada de alteración por voluntad unilateral de una parte del territorio de las condiciones de vigencia territorial y personal del ordenamiento fundado por la CE de 1978,⁸⁵ es decir, en tanto expectativa referida a la competencia sobre las competencias, requiere que la soberanía no se impute políticamente a un ente colectivo uni-

ficar la Constitución (lo cual incluiría la expectativa de constitucionalizar un derecho de secesión), cfr. Ridao i Martí, "La juridificación...", 2014, p. 115 ss.

83. Sobre ello en detalle, J. M. Castellá, "Derecho a decidir, secesión y formas de democracia. Un diálogo constitucional entre Italia y España", en L. Cappuccio y M. Corretja Torrents (ed.), *El derecho a decidir. Un diálogo italo-catalán*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 2014, p. 45 ss.

84. Cfr. Buchanan, *Secesión...*, 2013, p. 208.

85. En el sentido del *Gesamtstaat* kelseniano; cfr. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Julius Springer Verlag, 1925, p. 199 ss.

tario, étnicamente homogéneo e indisoluble. Vinculado a eliminar la indisolubilidad de la nación española estaría también matizar la función que el artículo 8 CE atribuye a las Fuerzas Armadas de garantizar la integridad territorial del Estado, en el sentido de que esa garantía debe llevarse a cabo en el marco del ordenamiento constitucional (aunque ello obviamente ya se deriva implícitamente del mandato de sujeción a la CE previsto en el artículo 9.1), que pasaría a incluir ese derecho de secesión y cuyo ejercicio adoptaría la fórmula de una reforma constitucional.

En otras palabras, sería incongruente constitucionalizar el derecho de secesión y mantener el actual Estado de las autonomías en que la soberanía nacional reside en el pueblo español. Por ello sería preciso hacer un expreso reconocimiento constitucional de las entidades territoriales que podrán ejercer el derecho de secesión como entidades constitutivas del vigente ordenamiento constitucional.⁸⁶ Pero también sería necesario suprimir la adjetivación “nacional” de fórmula de atribución de la soberanía popular, así como la mención a la “indisoluble unidad” de la nación española, incompatibles una y otra con la federalización de la soberanía y con la constitucionalización del derecho a la secesión respectivamente. Como pone de relieve nuestro Tribunal Constitucional,⁸⁷ conforme al vigente artículo 1.2 CE “en el actual ordenamiento constitucional solo el pueblo español es soberano, y lo es de manera exclusiva e indivisible, a ningún otro sujeto u órgano del Estado o a ninguna fracción de ese pueblo puede un poder público atribuirle la cualidad de soberano. Un acto de este poder que afirme la condición de ‘sujeto jurídico’ de soberanía como atributo del pueblo de una Comunidad Autónoma no puede dejar de suponer la simultánea negación de la soberanía nacional que, conforme a la Constitución, reside únicamente en el conjunto del pueblo español. Por ello, no cabe atribuir su titularidad a ninguna fracción o parte del mismo”. *Sensu contrario*, solo cabrá constitucionalizar un derecho de secesión de manera coherente con el resto del sistema constitucional si, manteniendo la afirmación de que todo el poder emana del pueblo y por tanto tiene un carácter igualitario-participativo, se afirma simultáneamente el carácter constituyente de las entidades territoriales y se suprime la caracterización nacional de dicha soberanía popular.

86. Tal y como propuso el Consejo de Estado en su *Informe sobre las modificaciones de la Constitución*, de febrero de 2006, p. 128 ss.

87. STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3º.

Lo anterior implica que la constitucionalización de un proceso de secesión solo sería sistémicamente congruente con un Estado formalmente federal, pero no necesariamente confederal. Dado que, como se ha dicho, el derecho de secesión que se pretende constitucionalizar no halla su fundamento en el derecho internacional, su constitucionalización no tiene por qué ir pareja a la consideración de los entes políticos que lo vayan a poner en práctica como Estados soberanos confederados, sino que puede ser la expresión de la voluntad constituyente de un Estado federal que prevé la variación de su ámbito territorial y personal de vigencia a impulso de las entidades federadas que lo componen, aunque la someta a los requisitos procedimentales y/o materiales que la propia Constitución federal quiera establecer.⁸⁸ Por tanto, el derecho a la secesión del que aquí se habla no pretende ser un derecho prejurídico que conserven las entidades territoriales federadas como inherente a una soberanía de la que carecen, ni al ejercicio de un poder constituyente originario por parte de estas,⁸⁹ sino la expresión democrática de la voluntad popular de secesionarse bajo ciertas condiciones legales, reconocida por un sistema constitucional federal a una parte de los ciudadanos del Estado, como mecanismo para garantizar la máxima estabilidad y eficacia del ordenamiento jurídico.

De las anteriores reflexiones ya se desprende que el *objeto de la cláusula de secesión* será establecer un derecho de las entidades territoriales constitutivas del Estado español a expresar democráticamente, a través de un procedimiento constitucionalmente reglado, su voluntad de poner unilateralmente fin a la vigencia de la CE de 1978 en su territorio. La cuestión a decidir por la entidad que inste la secesión ha de ser, por consiguiente, la de "si pretende la independencia normativa de esa entidad territorial respecto del Estado matriz", y no otra.⁹⁰ Solo como consecuencia de una respuesta positiva a la misma

88. En un sentido semejante respecto del poder de veto unilateral que algunas Constituciones federales pueden preservar a los Estados federados, G. Jellinek, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Berlin, Verlag von O. Haering, 1882, p. 272.

89. En un sentido diverso, Tosi, *Secessione e Costituzione...*, 2007, p. 308 ss.

90. Tal y como han puesto de relieve los procesos de consulta en Quebec y en Escocia. En el primero, la Sec. 1.3 de la *Clarity Act*, Sc. 2000, c. 26, establece que la pregunta debe tener por objeto reflejar una clara expresión de la voluntad de la población de una provincia canadiense acerca de si esa provincia debe dejar de formar parte de Canadá y convertirse en un Estado independiente. Por su parte, en el caso de Escocia, de conformidad con el *Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland* de 15 de octubre de 2012, la pregunta

se planteará fácticamente la cuestión de su constitución en un Estado soberano e independiente o su integración en otro Estado. Precisamente por estos potenciales efectos del proceso de secesión para la eficacia territorial y personal de la Constitución del Estado matriz, la cláusula de secesión tendría una virtualidad reformadora de la CE de 1978, que haría que su ubicación sistemática natural debiera ser el título X, como un procedimiento extraordinario específico de reforma constitucional.⁹¹

La consideración de la cláusula de secesión como un procedimiento extraordinario de reforma constitucional conduce, además, a dar respuesta a una objeción que se ha hecho a la constitucionalización de la secesión, la relativa a la imposibilidad de su justiciabilidad ante la jurisdicción constitucional por su naturaleza de cuestión eminentemente política.⁹² Con independencia de que, como ya se dijo, toda cuestión constitucional es una cuestión política, y las normas sobre reforma constitucional en tanto núcleo de toda Constitución formal son las disposiciones que expresan la decisión política más básica de las reguladas por el sistema jurídico (la competencia sobre las competencias), el mayor o menor grado de apertura política de las disposiciones constitucionales no determina su justiciabilidad, e inversamente la ausencia de una cláusula de secesión en el texto constitucional no impide, como la práctica judicial de los últimos años ha puesto de relieve, que se judicialice y por tanto sean justiciables los efectos normativos del silencio constitucional respecto de la secesión. Piénsese en el control de constitucionalidad de la convocatoria de una consulta de autodeterminación, de la competencia para dicha convocatoria, etc., que son cuestiones tan políticas como la de la secesión misma. Por otro lado, como ya se ha argumentado en otro lugar,⁹³ que el resultado de una reforma constitucional sea una norma del mismo rango y valor normativo que la Constitución enmendada únicamente obstaría desde

del referéndum que tuvo lugar el 18 de septiembre de 2014 fue la de si Escocia debía convertirse en un Estado independiente.

91. Sin perjuicio de que la cláusula de secesión, además de implicar el ejercicio del poder constituyente-constituido para poner fin a la vigencia del ordenamiento del Estado matriz en el territorio secesionado, implique como consecuencia fáctica –que no jurídica– la de constituir la *Grundnorm* que fundamenta lógicamente el ejercicio del poder constituyente originario que elabore la Constitución del nuevo Estado soberano, siempre que como consecuencia de la secesión se produzca la exitosa constitución del mismo; cfr. Tosi, *Secessione e Costituzione...*, 2007, p. 313 ss.

92. Sáiz Arnáiz, “Constitución y secesión”, 2006-2007, p. 50-51 ss.

93. Cfr. Aláez Corral, *Los límites materiales...*, 2000, p. 385 ss.

un punto de vista lógico-jurídico a que sea enjuiciable jurisdiccionalmente ese resultado,⁹⁴ pero no a que puedan serlo, a través de un procedimiento de control de constitucionalidad preventivo, los actos de tramitación de esa reforma, que en el caso de la secesión serían las condiciones orgánico-procedimentales contenidas en la cláusula de secesión constitucionalizada.

3.2. El procedimiento de secesión

Aunque en estas páginas no se pretende dar una fórmula textual concreta a una hipotética cláusula de secesión en la CE de 1978, es claro que, presupuesto su objeto normativo y su adecuación estructural al resto del sistema constitucional, la definición del procedimiento que conduzca a la secesión requeriría concretar, al menos, tres extremos⁹⁵ a los que nos referiremos brevemente: quién estaría legitimado para impulsar y decidir la secesión de una parte del territorio del Estado, cuáles deberían ser los órganos y las mayorías requeridas para la adopción de tan drástica decisión, y si deben existir o no plazos y negociaciones previas como condiciones procedimentales para secesionarse.

La respuesta a estas tres cuestiones debe estar presidida, a nuestro entender, por la idea de que la secesión debe garantizar a un tiempo tanto la articulación de un procedimiento autorreferente, y por tanto legal, para la garantía de la expectativa secesionista, como el respeto a las expectativas de las minorías (internas a la colectividad que decida secesionarse) y de las mayorías (el resto de los ciudadanos del pueblo español) afectadas por la decisión, evitando que el derecho a la secesión se utilice como un chantaje para la negociación de las decisiones políticas ordinarias.⁹⁶

94. En un sentido diverso, defendiendo el control de constitucionalidad de las (leyes) de reforma constitucional, R. Punset Blanco, "Normas impugnables y motivos impugnatorios en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 43, 1995, p. 209-210.

95. Habría muchas más cuestiones que concretar, como, por ejemplo, los requisitos para participar como elector en la decisión acerca de la secesión, los términos de una posible reversión de la secesión, el formato de las negociaciones sobre la secesión, o en fin los procedimientos jurisdiccionales adecuados para garantizar ante el Tribunal Constitucional el correcto desarrollo del procedimiento de secesión, pero su estudio excede con mucho los objetivos de este trabajo.

96. Weinstock, "Constitutionalizing the right...", 2001, p. 196 ss.

Además, se trata de un derecho que debe poder ser instado sin causalidad,⁹⁷ es decir, sin que los sujetos legitimados para poner en marcha el procedimiento tengan que acreditar ninguna causa justificativa de la secesión que vaya más allá de la existencia de una voluntad ciudadana, expresada por el procedimiento de secesión constitucionalmente reglado,⁹⁸ y sin que sea preciso acudir a una instancia arbitral como el Tribunal Constitucional que decida sobre el cumplimiento o no de la causa, sino solo de las condiciones orgánico-procedimentales del ejercicio del derecho de secesión, máxime teniendo en cuenta que en nuestro país la posición del Tribunal Constitucional como árbitro de las disputas territoriales ha tendido en los últimos tiempos a verse deslegitimada desde la óptica de algunas entidades territoriales, que tienden a considerarle un árbitro parcial.⁹⁹

Por lo que se refiere a la *identificación del sujeto que puede impulsar y decidir la secesión* se trata, ciertamente, de una cuestión de difícil solución, sobre todo habida cuenta de la histórica y heterogénea pluriétnicidad de nuestro Estado. Dicha cuestión plantea dos problemas: qué entidades deben estar legitimadas para instar la secesión y cómo se expresa la voz auténtica de esa entidad acerca de impulsar y decidir la secesión,¹⁰⁰ es decir, qué órganos de las entidades territoriales deberían adoptar las decisiones de impulsar y acordar la secesión.

Respecto de la primera cuestión, tanto el impulso como la decisión final sobre la secesión, si se quiere que ésta siga siendo la constitucionalización del derecho a la autodeterminación externa de los pueblos, deben corresponder a las *entidades territoriales integradas en el Estado (federal) español, y no al conjunto de las instituciones de este Estado*, puesto que el procedimiento debe servir a la autodeterminación de las colectividades territoriales que lo integran, no a la autodeterminación del pueblo español en su conjunto. Combinado esto con las exigencias procedimentales que luego se expondrán, parece

97. Siguiendo el modelo procedimental y el modelo sin culpa de secesión y apartándose del modelo sustantivo y del modelo culposo de secesión. Sobre ellos., cfr. Buchanan, *Secesión...*, 2013, p. 212 ss.

98. Esta opción por un modelo procedimental, no causal, es la tónica general en los pocos ejemplos históricos de cláusulas de secesión constitucionalizadas, como las de la URSS, la Checoslovaquia comunista, la Etiopía de 1994, la de Saint Kitts y Nevis de 1983, o finalmente la solución de la Corte Suprema de Canadá; sobre ello en detalle, Tosi, *Secessione e Costituzione...*, 2007, p. 304-307.

99. Sobre el argumento del árbitro parcial como una dificultad en la constitucionalización del derecho de secesión, véase Buchanan, *Secesión...*, 2013, p. 221-222.

100. Buchanan, *Secesión...*, 2013, p. 223.

razonable, por su congruencia con el propio sistema constitucional,¹⁰¹ seguir el modelo de identificación de las entidades territoriales adoptado por nuestro texto constitucional para el acceso a la autonomía política y atribuirle esa capacidad de iniciativa de secesión a *las existentes* CCAA (se denominen así o futuros Estados federados). Este criterio logra, a nuestro entender, un equilibrio adecuado en la autoafirmación de la propia identidad territorial entre un criterio objetivo o étnico, preferido seguramente por las CCAA históricas, y un criterio subjetivo o voluntarista, al que por equiparación democrática deberían ser acreedoras las demás CCAA. Además, a diferencia de lo que sucede actualmente con el ejercicio del derecho a la autonomía del artículo 2 CE como consecuencia de la generalización del café para todos, la generalización del derecho de secesión a todas las entidades territoriales existentes en el actual Estado autonómico no tendría por qué ser insatisfactoria para aquellas entidades territoriales de fuerte identidad étnica e histórica, porque su realización se configurará y desarrollará con independencia de la voluntad de las demás entidades territoriales, y su resultado exitoso producirá el máximo beneficio a la entidad territorial secesionista, con independencia de que otras entidades puedan alcanzar idéntico objetivo.

Respecto de la segunda cuestión, la de quién expresaría la voz auténtica de impulso y decisión sobre la secesión dentro de las entidades territoriales, se puede decir que, con carácter general, debería corresponder a sus Parlamentos y sus cuerpos electorales, aunque ello se pone en relación con la cuestión de las mayorías requeridas y de las fases del proceso de secesión. En este sentido, para que la cláusula de secesión no banalice la unidad política del Estado matriz, garantice suficientemente la reflexión y debate al respecto de la secesión y los derechos de los ciudadanos implicados, y al mismo tiempo canalice la expectativa de una mayoría clara y suficiente de ciudadanos de una unidad territorial que no desean continuar integrados en el marco de una entidad política soberana superior, el procedimiento de secesión debería discurrir en *dos fases, distanciadas entre sí por un período de negociación*.

Una primera *fase de impulso o iniciativa de la secesión* requeriría la expresión de dicha voluntad secesionista por una mayoría parlamentaria cualificada de la entidad territorial, que refleje su voluntad clara y suficiente de impulsar la secesión, y siempre que la cuestión de emprender esta iniciativa haya estado expresamente incluida en el

101. Cfr. Buchanan, *Secesión...*, 2013, p. 225.

programa electoral de los grupos políticos con representación parlamentaria que la promueven en la elección del parlamento territorial inmediatamente anterior. Aún partiendo del hecho de que la expectativa de la secesión no es fácil de alcanzar en sociedades democráticas bien consolidadas,¹⁰² una *mayoría de 2/3 del Parlamento de la entidad territorial* se podría considerar una mayoría adecuada en esta fase de impulso para evitar el uso de la secesión como mecanismo de chantaje político por parte de la entidad territorial con respecto al conjunto federal,¹⁰³ y a fin de garantizar que no se trata de propuestas insuficientemente consensuadas dentro del ente territorial. También serviría para que la minoría disidente con la secesión que pudiera existir dentro de la entidad territorial proponente tenga un cierto poder de bloqueo que proteja sus derechos dentro del Estado matriz al que aún pertenecen. Es decir, una mayoría cualificada (tanto en el impulso como en la decisión de la secesión) funcionaría como mecanismo de protección del elemento democrático-deliberativo del sistema jurídico.¹⁰⁴ Con todo, sería inadecuado el recurso en esta fase de impulso a la exigencia adicional de una consulta al cuerpo electoral del territorio secesionista, porque, al tratarse de una cuestión políticamente tan trascendente y sensible, una consulta referendaria sería traumática y generadora de muchas tensiones en el interior de la comunidad territorial que aspira a la secesión,¹⁰⁵ y el recurso a la voluntad popular directamente expresada debería ser la *ultima ratio* ratificadora de la decisión de secesionarse cuando el proceso haya agotado todas las opciones negociadas de evitar la secesión.

Adoptada la decisión de impulsar la secesión y una vez trasladada a las instituciones centrales (federales) del Estado matriz, antes de pasar a la segunda fase decisoria definitiva sobre la secesión, sería razonable que se exigiese a los representantes del Gobierno territorial que impulsa la secesión y del Gobierno central (federal) que desarrollen una *negociación paritaria para tratar de buscar una so-*

102. Cfr. S. Dion, "Why is secession difficult in well-established democracies? Lessons from Quebec", *British Journal of Political Science*, vol. 26, 1996, p. 269 ss.

103. Cfr. Weinstock, "Constitutionalizing the right...", 2001, p. 196 ss.

104. Cfr. Norman, "Domesticating Secession", 2003, p. 217-218. En sentido diverso, Sunstein, "Constitutionalism and secession", 1991, p. 666 ss.

105. Como pone de relieve, por ejemplo, la experiencia de Quebec, en palabras de uno de sus más cualificados observadores, S. Dion, "Un referéndum independentista es un trauma para la sociedad", *El País*, 11 de abril de 2013, http://internacional.elpais.com/internacional/2013/04/11/actualidad/1365705035_291906.html.

lución alternativa a través de otro tipo de reforma constitucional del modelo de organización territorial que evite la secesión, y *en caso de no encontrarla que negocien los términos económicos, políticos y jurídicos en los que debe tener lugar la secesión*. Un plazo de dos años para desarrollar dicha negociación, al modo y manera de lo que disponía el artículo I-60.3 del no-nato Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 2004 y dispone el vigente artículo 50.2 y 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) respecto de la retirada voluntaria de la Unión Europea de algún Estado miembro, parecería más que razonable.

No obstante, a fin de que el posible estancamiento en la negociación no se convierta en un obstáculo que paralice la funcionalidad constitucional de la cláusula de secesión, la falta de acuerdo no debería impedir que se pasase a la segunda fase decisoria y que el territorio secesionista pudiese convocar a su cuerpo electoral para la adopción de la decisión definitiva. Aunque la obligación constitucional de negociar sería jurídicamente vinculante, parece difícil admitir un control de constitucionalidad del resultado de la negociación por el Tribunal Constitucional, pues, mas allá de las dificultades para que dicho control sea reconocido como legítimo,¹⁰⁶ tratándose de una cuestión política, solo parecería admisible que el Tribunal Constitucional pudiese controlar que no ha habido una negativa formal y expresa de una de las partes a negociar, o que se hayan roto las negociaciones antes del plazo constitucionalmente previsto.

En este sentido, se podría pensar en las bondades de convocar a una instancia arbitral distinta del Tribunal Constitucional para decidir las cuestiones conflictivas que estancan la negociación. Sin embargo, esta opción tendría dos riesgos muy difíciles de soslayar que la convertirían en inidónea. De una parte, estaría la dificultad de encontrar una instancia arbitral ajena a las instituciones del Estado que pueda ser reconocida como legítima por ambas partes, dada la fundamentalidad política de la controversia. De otra parte, aunque se aceptase que esa instancia pudiera ser la Unión Europea, dado que el Estado español forma parte de ella y el futuro Estado secesionado pretendería con toda probabilidad la pertenencia a la misma, resulta poco imaginable que la Unión acepte un rol semejante en el proceso de secesión que experimenta de un Estado miembro. No ya solo

106. En un sentido parecido, la Corte Suprema de Canadá en Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, 271-272.

porque ello queda fuera de su ámbito competencial, sino también porque iría incluso en contra de uno de los principios establecidos en el Tratado de la Unión, concretamente la obligación que impone el artículo 4.2 TUE de respetar la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional, así como las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial.¹⁰⁷ Bastaría, pues, que una de las partes (el Estado español) se opusiera para que ello no fuera viable.

Por tanto, si transcurrido el plazo de negociación de dos años no se llegase a un acuerdo que evitase la secesión, se pasaría a la *segunda fase del proceso de secesión o fase decisoria*, en la que la entidad territorial que inició el proceso de secesión podría decidir unilateralmente la misma, y por tanto la pérdida de vigencia de la CE de 1978 para esa parte del territorio.¹⁰⁸ Es en esta fase en la que tiene mayor sentido atribuir la competencia decisoria última al cuerpo electoral de la entidad territorial mediante un referéndum que sea expresión directa de la voluntad ciudadana de ese territorio de secesionarse, pues pocas cuestiones son tan profundamente constitucionales como ésta.¹⁰⁹ Ello estaría, además, en consonancia con la actual regulación del procedimiento de reforma constitucional del título X, que en su artículo 168 CE hace preceptiva la consulta referendaria al cuerpo electoral (nacional en este caso) para decidir las modificaciones que afecten al título preliminar, entre las que están las relativas a la unidad territorial. Lo anterior no obstante, se plantean nuevamente, al menos, dos cuestiones problemáticas a resolver respecto de una hipotética consulta referendaria del cuerpo electoral de la entidad territorial que quiera secesionarse: de un lado, ¿qué mayoría debería alcanzarse en este re-

107. En un sentido similar, cfr. M. Medina Ortega, *El derecho de secesión en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 106.

108. La eficacia personal de las normas constitucionales y del resto del ordenamiento español sería otra cuestión distinta, porque la misma depende del estatuto personal que confiere la nacionalidad y, aunque la entidad territorial secesionante se convirtiese en un nuevo Estado y atribuyese nacionalidad a sus ciudadanos, ello no implicaría que los mismos vayan a perder la nacionalidad española, sobre todo si son españoles de origen, dado que el art. 11.3 CE dispone que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad; sobre ello con respecto a la hipótesis de la secesión de Cataluña cfr. E. Sagarra i Trias, "Nacionalidad catalana, nacionalidad española y ciudadanía de la Unión ¿serían compatibles?", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 36, 2014, p. 13 ss.

109. López Basaguren, "La secesión de territorios...", 2013, p. 101.

feréndum para que tenga el efecto decisorio de la secesión? Y, de otro, una vez decidida esta mayoría, hay que determinar si la misma se exige al cuerpo electoral conjunto de esa entidad territorial que pretende separarse, o se exige además idéntica mayoría en algunas circunscripciones en las que se puede descomponer dicho cuerpo electoral.

Respecto de la primera cuestión, al igual que sucedió con la iniciativa y por idénticas razones, que excuso repetir de nuevo, debe exigirse una mayoría cualificada de los electores con derecho de voto en el referéndum, la cual también podría ser de dos terceras partes, pues la misma logra que esa decisión se adopte por la mayoría clara y suficiente de la que hablaba la Corte Suprema canadiense, equilibrando democráticamente el respeto a la voluntad de la mayoría y los derechos de la minoría.¹¹⁰

Respecto a la segunda cuestión, sin embargo, si la constitucionalización del derecho de secesión pretende servir para canalizar jurídicamente la pretensión de las colectividades territoriales de ejercer su derecho a la autodeterminación externa, no debe romperse el criterio de que la relevante es la voluntad de esa colectividad territorial, y no la de sus partes. Estas podrán, si lo desean (antes de la secesión), instar un procedimiento de reorganización territorial dentro del Estado federal (al modo y manera de lo que prevé la vigente disposición transitoria cuarta CE respecto de la incorporación de Navarra al País Vasco).¹¹¹ Pero no parece razonable proteger las pretensiones de identidad diferenciada de algunas minorías existentes dentro de una entidad territorial de forma que se desnaturalice la función específica que debe cumplir una cláusula de secesión (manejar jurídicamente la pluriétnicidad organizada dentro de un Estado constitucional democrático), introduciendo en el proceso de secesión la voluntad de entidades territoriales distintas y ajenas al cuerpo electoral de la entidad territorial federada. Por otra parte, la exigencia de una mayoría de dos terceras partes del cuerpo electoral de la entidad territorial que quiera separarse, tras dos años de deliberación y negociación, y una mayoría previa de dos terceras partes de los representantes de su Parlamento, ya conlleva la posibilidad de un alto grado de consenso expresivo de la generalización dentro de la entidad territorial de su voluntad de secesionarse.

110. Sobre esta función de la rigidez constitucional respecto del principio democrático, véase I. de Otto y Pardo, *Derecho constitucional...*, 1987, p. 58 ss.

111. O al modo y manera que prevén algunos Estados federales para la reorganización de sus entidades territoriales, como por ejemplo el artículo 29 de la *Grundgesetz* alemana o el artículo 53 de la Constitución suiza.

De no alcanzarse la mayoría requerida en esta fase decisoria, sería razonable pensar en establecer un límite temporal a la posibilidad de volver a intentar la iniciativa de secesión, a fin de evitar las indeseables consecuencias de la inevitable tensión social que genera un proceso de estas características. Una posible propuesta sería que al menos transcurra el plazo de la incorporación de una nueva generación de electores, es decir, 16 o 18 años, según la edad a la que se fije el ejercicio del derecho de sufragio, dada la naturaleza constituyente de la decisión a tomar con el procedimiento de secesión.

Adoptada en esta segunda fase la decisión de la secesión por la mayoría cualificada del electorado, ha de tenerse en cuenta, como ha puesto de relieve la Corte Suprema de Canadá en relación con la secesión de Quebec,¹¹² que la cuestión del éxito ulterior de la secesión (y por tanto la viabilidad del nuevo Estado fruto de la misma) es para el Estado matriz una cuestión eminentemente fáctica, no jurídica,¹¹³ que depende de factores como el futuro control efectivo del territorio o el reconocimiento como Estado por la comunidad internacional.¹¹⁴ Aunque la aplicación de la cláusula de secesión sea el producto del ejercicio del poder constituyente-constituido del Estado matriz que lo regula a través de una competencia decisoria atribuida a una parte de su ciudadanía, y en ese sentido el reconocimiento de la secesión de esa parte del territorio sería un acto jurídico del Estado español, sus efectos normativos terminan en la separación de ese territorio del ordenamiento matriz, que deja de tener vigencia sobre él, y no pueden alcanzar jurídicamente a la creación de un nuevo Estado efectivamente soberano sobre el territorio secesionado. No forma parte del objeto de la constitucionalización del derecho de secesión por el Estado matriz el establecimiento de las condiciones orgánicas, procedimentales ni

112. Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, 274.

113. Sobre la consideración del resto de los ordenamientos estatales que rodean al ordenamiento de un Estado como meros hechos desde una perspectiva monista (con primacía del ordenamiento estatal), cfr. T. Schilling, *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 1994, p. 300 ss.

114. Al respecto téngase en cuenta que, en el ámbito de la Unión Europea –aunque con carácter meramente consultivo y jurídicamente no vinculante–, las opiniones emitidas por el Comité de Arbitraje Badinter (en cumplimiento del mandato recibido por la Conferencia de Paz para Yugoslavia el 20 de noviembre de 1991) establecen que la cuestión de la existencia o desaparición de un Estado es una cuestión de hecho vinculada a la existencia de un poder político organizado sobre un territorio y una población determinados, y que el reconocimiento por otros Estados es meramente declarativo (Opinión n.º 1), en la línea de lo que establece también para el ámbito americano la Convención de Montevideo de 26 de diciembre de 1933, sobre derechos y deberes de los Estados (art. 1).

materiales de validez de la futura Constitución de un nuevo Estado soberano surgido de la secesión, pues si las mismas se estableciesen solo podrían operar una vez acordada la secesión, y con ello se opondrían a la función de facilitar la autodeterminación externa que reclama para sí la cláusula de secesión. Ello, sin perjuicio de que el acto de secesión constituya, al tiempo que una reforma de ámbito espacial y personal de validez de la Constitución del Estado matriz, también la *Grundnorm* que confiere validez jurídica al ejercicio del poder constituyente originario por parte de la ciudadanía y de las instituciones de la entidad territorial secesionista,¹¹⁵ y que será exitosa, fácticamente hablando, si a partir de dicho ejercicio la entidad secesionada logra dotarse de un ordenamiento jurídico soberano efectivo, y luego este es reconocido por la comunidad internacional como Estado independiente.

3.3. ¿Imposición de condiciones materiales al ejercicio del derecho de secesión?

Para concluir, cabe preguntarse si sería aconsejable que la cláusula de secesión estableciese algún tipo de condicionante material a la propuesta y decisión final de secesionarse por parte de una de las entidades territoriales, especialmente como mecanismo de salvaguarda hacia el futuro de los derechos democráticos de las minorías perdedoras en el proceso deliberativo que se haya podido desarrollar dentro de aquella. Se está pensando en algún tipo de exigencia de respeto a los derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos, de los ciudadanos del futuro Estado secesionado. Ciertamente, dado que, como se ha dicho, la cláusula de secesión se configura como un elemento normativo de reforma del Estado matriz previsto por su propia Constitución y no como el ejercicio de un derecho prejurídico de las colectividades territoriales que quieren secesionarse, nada obstaría jurídicamente a que se pudieran establecer esas condiciones en el diseño del procedimiento de secesión. La ausencia de límites materiales a la reforma constitucional da absoluta libertad al poder constituyente-constituido a la hora de configurar la cláusula de secesión.

De un lado, se puede decir que las garantías democráticas que deben caracterizar el procedimiento de secesión, especialmente las relativas a las mayorías parlamentarias y populares cualificadas exigi-

115. En un sentido semejante, Tosi, *Secessione e Costituzione...*, 2007, p. 313 ss.

das, la necesidad de un plazo de reflexión y de negociación, así como el recurso al mecanismo de democracia directa (referéndum decisorio) solo en la última fase del proceso de secesión, pueden servir para garantizar los derechos fundamentales de las minorías y el desarrollo democrático del proceso en el presente, pero no suponen ninguna garantía jurídica de que ello vaya a ser así en el futuro, si el ejercicio del derecho de secesión resulta exitoso.

Sin embargo, de otro lado, condicionar materialmente el ejercicio de este derecho de secesión a partir de la Constitución del Estado matriz no sería compatible con la naturaleza y función que se pretende atribuir a la cláusula constitucional de secesión.¹¹⁶ Y ello por dos razones fundamentales. La primera se refiere a que, como se ha visto, el *leitmotiv* de una cláusula constitucional de secesión es que la misma sirva para canalizar constitucionalmente la expectativa democrática de autodeterminación externa de las colectividades territoriales que constituyen el Estado federal, y por eso debe ser constitucionalizada como una decisión unilateral de las entidades legitimadas para impulsar la secesión. Esta unilateralidad, y con ello el derecho mismo a la autodeterminación externa, se vería condicionada si el ejercicio del derecho de secesión se subordinase al compromiso por parte de dicha entidad a, una vez secesionada, adecuar a determinados valores o principios el ejercicio de su poder constituyente originario para darse su futura Constitución como Estado soberano.

La segunda razón, vinculada a la primera, hace referencia a la dificultad para hacer efectiva la obligatoriedad jurídica de semejantes condiciones materiales, puesto que, aún en el hipotético supuesto de que se estableciese la necesidad de comprometerse a elaborar una Constitución sobre la base de ciertos principios y valores democráticos (piénsese en aquellos a los que se refiere el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, y el respeto a los derechos humanos tal y como los garantiza el CEDH), no hay forma jurídica de que el Estado matriz pueda controlar *a posteriori* que dicho compromiso se cumple, sin al mismo tiempo negar tautológicamente la eficacia de la cláusula

116. Otra cosa es que se quiera considerar al poder constituyente originario del naciente Estado tras la secesión como sometido a límites implícitos derivados del derecho natural o del derecho internacional de los derechos humanos. Más allá de las objeciones de dogmática jurídica que se han expresado en otro lugar (Aláez Corral, *Los límites materiales...*, 2000, p. 246 ss) no parece que sea posible su coerción eficaz sin la colaboración de las instituciones de dicho Estado en formación: cfr. Y. Roznai, "The Theory And Practice Of 'Supra-Constitutional' Limits On Constitutional Amendments", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, 2013, p. 557, 571 ss., 583 ss.

constitucional que regula la secesión. Y un control *a priori*, antes de que se apruebe definitivamente la decisión de la secesión por el cuerpo electoral de la entidad territorial, no tendría sentido, dado que el momento en el que se necesita poner a prueba el cumplimiento de las condiciones materiales de la secesión sería posterior a ésta, es decir, en el momento del ejercicio del poder constituyente por la entidad territorial ya secesionada.

A lo más que se podría aspirar es a condicionar la decisión última de la secesión que se someta a referéndum a que simultáneamente se apruebe en el mismo –como consecuencia de la respuesta afirmativa a la secesión– la automática solicitud de ingreso en la Unión Europea de la entidad territorial secesionada, con el consiguiente reconocimiento de los principios y valores democrático-constitucionales que ello conlleva (artículo 2 en relación con el artículo 49 del Tratado de la Unión Europea).¹¹⁷ Pero ello no tendría más que un efecto simbólico, porque, de un lado, una vez aprobada la secesión, el ordenamiento del Estado matriz dejaría de tener vigencia en el territorio secesionado, dado que ese es el efecto de la cláusula de secesión. Y, de otro lado, el naciente Estado secesionado podría inmediatamente y de forma lícita retirar dicha solicitud de incorporación a la Unión Europea, y de igual manera la propia Unión podría rechazar la solicitud de integración, con la consiguiente ineficacia de aquel compromiso de asunción de ciertos principios y valores democráticos por la vía de la integración en la Unión.¹¹⁸

Referencias bibliográficas

Libros

- ALÁEZ CORRAL, B. *Los límites materiales a la reforma de la CE de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- . "La reforma constitucional como cauce de las transformaciones actuales del Estado español," en Varios Autores, *La constitución democrática*

117. Sobre los términos en los que la Unión Europea podría exigir el respeto a estos valores democráticos, cfr. M. Medina Ortega, *El derecho de secesión...*, p. 97 ss.

118. Sobre los efectos de la secesión de territorios en el derecho de la Unión Europea, véase A. Mangas Martín, "La secesión de territorios en un estado miembro: efectos en el derecho de la Unión Europea", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25, 2013, p. 47 ss.

- ayer y hoy: Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. I. Madrid: Editorial Universitas, 2012.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. "Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel", en Badura y Scholz (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, München: : C. H. Beck, 1993.
- BUCHANAN, A. *Secesión. Causas y consecuencias del divorcio político*. Barcelona: Ariel, 2013.
- CASTELLÀ, J. M. "Derecho a decidir, secesión y formas de democracia. Un diálogo constitucional entre Italia y España", en L. Cappuccio y M. Corretja Torrents (ed.), *El derecho a decidir. Un diálogo italo-catalán*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2014.
- HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. *Derechos históricos y Constitución*. Madrid: Taurus, 1998.
- ISENSEE, J. "Abschied der Demokratie vom Demos. Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie und Verfassung", en Schwabe (ed.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft: Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.
- JELLINEK, G. *Die Lehre von den Staatenverbindungen*. Berlin: Verlag von O. Haering, 1882.
- KELSEN, H. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Julius Springer Verlag, 1925.
- . "Die Bundesexekution: ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs und der österreichischen Bundesverfassung", en *Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag*. Tübingen: Mohr, 1927.
- . "Demokratie" (1927), en Klecatsky, Marcic y Schambeck (Hrsg.) *Die wiener rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968.
- LARENZ, K. *Das Problem der Rechtsgeltung*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967 [1929].
- LÖWENSTEIN, K. *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung*. Aalen: Scientia Verlag, 1968 (reimpresión de la edición de 1931).
- LUHMANN, N.. *Legitimation durch Verfahren*. Darmstadt und Neuwied: Luchterhand, 1978.
- . "Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft", en *Die Ausdifferenzierung des Rechts. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1981*.
- . *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1993.
- MANCINI, S. "Secession and Self-Determination", en Rosenfeld y Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- MEDINA ORTEGA, M. *El derecho de secesión en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 2014.

- MODUGNO, F. "Unità-indivisibilità della Repubblica e principio di autodeterminazione dei popoli (Riflessioni sull'ammissibilità-ricevibilità di un disegno di legge costituzionale comportante revisione degli artt. 5 e 132 Cost.)", en Alessandro Pace (ed.). *Studi in onore di Leopoldo Elia*. Milano: Giuffrè, 1999.
- NORMAN, W. "Domesticating Secession," en Macedo y Buchanan. *Secession and Self-Determination*. New York / London: New York University Press, 2003.
- OTTO Y PARDO, I. de. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987.
- PAYERO LÓPEZ, L. "El enfrentamiento entre dos ideas nacionales: la España unitaria vs. la España plural", en Calvo García, Arlettaz y Gracia Ibáñez (ed.). *Derecho y sociedad. Reflexiones sobre Sociología Jurídica, Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2014.
- PEOPLES, J., y BAILEY, G. *Humanity: An Introduction to Cultural Anthropology*. Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2011.
- RAIC, D. *Statehood and the Law of Self-Determination*. The Hague / London / New York: Kluwer Law International, 2002.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P. *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*. Oviedo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1997.
- SCHILLING, T. *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 1994.
- TOSI, D. E. *Secessione e Costituzione tra prassi e teoria*. Napoli: Jovene Editore, 2007.
- VILE, J. R. "The Case against Implicit Limits on the Constitutional Amending Process", en Sanford Levinson (ed.). *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*. Princeton: Princeton University Press, 1995.

Artículos de revista

- ARONOVITCH, H. "Seceding the canadian way". *Publius*, vol. 36, 2006.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J. "La soberanía borrosa: la democracia". *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, vol. 1, 1998.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P. "Sui limiti della revisione costituzionale". *Annali del Seminario Giuridico della Università de Catania*, vol. III, Napoli, 1949.
- BUCHANAN, A. "Theories of Secession". *Philosophy and Public Affairs*, vol. 26, 1997.
- CORCUERA ATIENZA, J. "La constitucionalización de los derechos históricos. Fueros y autonomía". *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 1984.

- DELLINGER, W. "The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process". *Harvard Law Review*, vol. 97, 1983.
- DION, S. "Why is secession difficult in well-established democracies? Lessons from Quebec". *British Journal of Political Science*, vol. 26, 1996.
- GRAU, M. "Self-government reforms and public support for Spain's territorial model". *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 13, 2011.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. "Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución". *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980.
- LÓPEZ BASAGUREN, A. "La secesión de territorios en la Constitución española". *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25, 2013.
- LUTZ, D. S. "Toward a theory of constitutional amendment". *American Political Science Review*, vol. 88, 1994.
- MANGAS MARTÍN, A. "La secesión de territorios en un estado miembro: efectos en el derecho de la Unión Europea". *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25, 2013.
- MIGUEL BÁRCENA, J. de. "Secesión y Constitución en los Estados Unidos". *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 8, 2014.
- PUNSET BLANCO, R. "Normas impugnables y motivos impugnatorios en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes". *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 43, 1995.
- RIDAO I MARTÍ, J. "La juridificación del derecho a decidir en España. La STC 42/2014 y el derecho a aspirar a un proceso de cambio político del orden constitucional". *Revista de Derecho Político*, núm. 91, 2014.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J. "Sobre el derecho de autodeterminación y su compatibilidad con la Constitución". *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 3, 1999.
- ROZNAI, Y. "Unconstitutional Constitutional Amendments — The Migration and Success of a Constitutional Idea". *The American Journal Of Comparative Law*, vol. 61, 2013.
- . "The Theory And Practice Of 'Supra-Constitutional' Limits On Constitutional Amendments". *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, 2013.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J. "La nueva reivindicación de la secesión de Cataluña en el contexto normativo de la Constitución Española de 1978 y el Tratado de Lisboa". *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013.
- SAGARRA I TRIAS, E. "Nacionalidad catalana, nacionalidad española y ciudadanía de la Unión ¿serían compatibles?". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 36, 2014.
- SÁIZ ARNÁIZ, A. "Constitución y secesión". *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 10, 2006-2007.
- SHORTEN, A. "Constitutional Secession Rights, Exit Threats and Multinational Democracy". *Political Studies*, vol. 62, 2014.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRIA, J. J. "Problemas constitucionales de la autonomía vasca". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2, 1989.

- SUNSTEIN, C. "Constitutionalism and secession". *The University of Chicago Law Review*, vol. 58, 1991.
- TAJADURA TEJADA, J. "Referéndum en el País Vasco (Comentario a la STC 103/2008, de 11 de septiembre)". *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, 2009.
- VICIANO PASTOR, R. "El derecho de autodeterminación en nuestra reciente vida constitucional: análisis y problemática". *Revista de Derecho Político*, núm. 34, 1991.
- WEINSTOCK, D. "Constitutionalizing the right to secede". *The Journal of Political Philosophy*, vol. 9, 2001.
- WOOD, J. R. "Secession: A Comparative Analytical Framework". *Canadian Journal of Political Science*, vol. 16, 1981.

Legislación

- Declaración 2625 (XXV) sobre los Principios de Derecho Internacional relativos a las Relaciones de Paz y a la Cooperación entre Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.
- Convención de Montevideo de 26 de diciembre de 1933, sobre derechos y deberes de los Estados.
- Ley 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política.
- Ley 10/2014 del Parlamento de Cataluña, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana.
- Decreto 129/2014 de la Generalitat de Cataluña, de 27 de septiembre, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña.
- Canada Clarity Act, Sc. 2000, c. 26.
- Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland de 15 de octubre de 2012.

Jurisprudencia

- STC 32/1981, de 2 de febrero
- STC 76/1988, de 26 de abril
- STC 159/1993, de 6 de mayo
- DTC 1/2004, de 1 de noviembre
- STC 103/2008, de 11 de septiembre
- STC 31/2010, de 28 de junio
- STC 42/2014, de 25 de marzo
- STC de 25 de febrero de 2015 (recurso de inconstitucionalidad 2014-05829)

STC de 25 de febrero de 2015 (impugnación de disposiciones autonómicas 2014-05830)

Informe del Consejo de Estado sobre las modificaciones de la Constitución, febrero de 2006

Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217

Texas v White, 74 U.S. 700 (1869)

Dillon v. Gloss, 256 U.S. 368 (1921)

Corte Costituzionale, Sentencia núm. 1146 de 1988

Publicaciones electrónicas

DION, S. "Un referéndum independentista es un trauma para la sociedad". *El País*, 11 de abril de 2013, http://internacional.elpais.com/internacional/2013/04/11/actualidad/1365705035_291906.html (consultado el 3 de febrero de 2015).

Euskobarómetro de mayo de 2014 <http://www.ehu.eus/documents/1457190/1525260/EB+mayo+14+web.pdf> (consultado el 3 de febrero de 2015).

Enquesta sobre context polític a Catalunya del Centre d'Estudis d'Opinió, de diciembre de 2014 – REO 760, <http://ceo.gencat.cat/ceop/AppJava/loaddFile?fileId=23053&fileType=1> (consultado el 3 de febrero de 2015).

RESUMEN

Este artículo se propone analizar la constitucionalización de un procedimiento de secesión como vía para conciliar la funcionalidad del respeto a la legalidad constitucional y al principio democrático en el momento de dar solución al secular debate territorial español. La principal razón para ello radica en el bloqueo del debate territorial en el Estado pluriétnico español y la visión del derecho a la secesión como un mecanismo que el propio sistema jurídico puede introducir para reforzar la eficacia normativa de la Constitución española, amenazada por los movimientos separatistas. Dado que la función de la reforma constitucional es coadyuvar a la preservación de la existencia diferenciada del ordenamiento jurídico, dando un cauce de expresión jurídica a la voluntad del poder constituyente originario bajo la forma de poder constituyente-constituido, y habida cuenta sobre todo de que en nuestro sistema legal no existen límites materiales absolutos a la reforma de la Constitución española, y en particular a la unidad nacional, cabría introducir ese derecho a la secesión a través del procedimiento agravado de reforma constitucional del art. 168. La hipotética cláusula constitucional de secesión, que debería estar en consonancia con los principios estructurales que mantenga el sistema constitucional, tendrá por objeto canalizar el derecho a la autodeterminación externa de las entidades territoriales en las que se organiza el Estado español, a día de hoy las CCAA, permitiéndoles mediante su decisión unilateral poner fin a la vigencia de la Constitución en el territorio que abarcan. Y se articulará a través de un procedimiento con dos fases decisivas: una de iniciativa por mayoría cualificada de los representantes parlamentarios de las entidades territoriales que opten a la secesión, y otra decisoria por mayoría cualificada de los electores de dicha entidad territorial, separadas por una fase intermedia de negociación de dos años en la que la entidad territorial secesionista y el Estado matriz deberían negociar una alteración del marco constitucional como alternativa para evitar la secesión y los concretos términos de la secesión.

Palabras clave: secesión; derecho a la autodeterminación; teoría constitucional; reforma constitucional; debate territorial; federalismo.

RESUM

Aquest article es proposa d'analitzar la constitucionalització d'un procediment de secessió com a via per conciliar la funcionalitat del respecte a la legalitat constitucional i al principi democràtic a l'hora de donar solució al secular

debat territorial espanyol. La principal raó per a això rau en el bloqueig del debat territorial en l'Estat pluriètnic espanyol i la visió del dret a la secessió com un mecanisme que el mateix sistema jurídic pot introduir per reforçar l'eficàcia normativa de la Constitució espanyola, amenaçada pels moviments separatistes. Atès que la funció de la reforma constitucional és coadjuvar a la preservació de l'existència diferenciada de l'ordenació jurídica, donant via d'expressió jurídica a la voluntat del poder constituent originari sota la forma de poder constituent-constituït, i a la vista sobretot que en el nostre sistema legal no hi ha límits materials absoluts a la reforma de la Constitució espanyola, i en particular a la unitat nacional, es podria introduir aquest dret a la secessió a través del procediment agreujat de reforma constitucional de l'art. 168. La hipotètica clàusula constitucional de secessió, que hauria d'estar d'acord amb els principis estructurals que mantingui el sistema constitucional, tindrà per objecte canalitzar el dret a l'autodeterminació externa de les entitats territorials en les quals s'organitza l'Estat espanyol, a dia d'avui les comunitats autònomes, permetent-los, mitjançant la seva decisió unilateral, posar fi a la vigència de la Constitució en el territori que inclouen. I s'articulà a través d'un procediment amb dues fases decisives: una d'iniciativa per majoria qualificada dels representants parlamentaris de les entitats territorials que optin a la secessió, i una altra decisòria per majoria qualificada dels electors de l'esmentada entitat territorial, separades per una fase intermèdia de negociació de dos anys en la qual l'entitat territorial secessionista i l'Estat matriu haurien de negociar la modificació del marc constitucional com a alternativa per evitar la secessió, i els termes concrets de la secessió.

Paraules clau: secessió; dret a l'autodeterminació; teoria constitucional; reforma constitucional; debat territorial; federalisme.

ABSTRACT

This article aims to analyze whether constitutionalizing a secession procedure is an adequate way to harmonize the roles of constitutional legality and democracy in regard to the secular territorial debate in Spain. The main reason for a positive answer to that question is the present blocking of the territorial debate in the multi-ethnic Spain and the view of the right to secession as a legal tool to strengthen the binding force of the Spanish Constitution, threatened by separatist movements. As long as the constitutional amendment procedure helps democratic States to preserve and safeguard the differentiation of the legal system, becoming a legal path to express the will of the people's constituent power as a legally constituent-constituted

amendment power, and as long as the Spanish Constitution lacks absolute substantial limitations upon the constitutional amendment, in particular the national unity, a right to secede may be constitutionalized using the aggravated constitutional amendment procedure of art. 168 Sp. Const. The future constitutional clause on secession, which should be coherent with the remaining constitutional principles and values, will constitutionalize the external right to self-determination of the peoples composing Spain, nowadays organized in Autonomous Communities, and will allow them to unilaterally stop the binding force of the Spanish Constitution over their territories. This secessionist decision shall take place through a constitutional amendment procedure in two decisive steps: the initiative one by a qualified majority of the regional Parliament's representatives; and the deciding one, voted in a referendum by a qualified majority of voters in the territory. In between there should take place an intermediate negotiation phase of two years, in which the seceding territory and the Spanish central Government must negotiate in order to find another non-secessionist type of constitutional amendment that could avoid secession or, if not possible, specific terms for secession.

Keywords: secession; right to self-determination; constitutional theory; constitutional amendment; territorial debate; federalism.