

# Conflictos territoriales: cómo crear reglas y procedimientos desde el constitucionalismo

Francesco Palermo



Com a exemple de bona gestió per part de la UE, l'autor fa referència al referèndum de Montenegro de l'any 2006. A la imatge, una dona prepara el seu vot en un col·legi electoral de Podgorica. Il·lustració: César Cromit

Cuando surgen conflictos, la alternativa binaria es o combatirlos o (intentar) adaptarse. El desafío legal consiste en encontrar métodos procesales para canalizar los conflictos. El artículo analiza los diferentes métodos posibles basándose en la práctica comparativa. También defiende que la UE, a pesar de no ser la más adecuada para adoptar estas normas, tendría que fomentar su adopción con el objetivo de promover el estado de derecho.

## La pregunta y la respuesta legal

Los conflictos territoriales surgen de un hecho real y requieren una respuesta jurídica. Cómo lo muestran los hechos, la secesión tiene lugar independientemente de que una constitución lo permita o no. A pesar de que la mayoría de las constituciones no mencionan o prohíben explícitamente la secesión (normalmente protegiendo la integridad territorial de los estados), y que solo algunas contienen cláusulas (que intentan) regularla (Ginsburg y Versteeg 2019), se han creado unos 30 estados nuevos desde 1990 (especialmente después

de la caída del telón de acero), casi 60 en los últimos 50 años y 129 desde 1941 (Baldacchino y Hepburn 2013).

Los conflictos de soberanía territorial tienen una carga política y emocional. Determinar que un conflicto esté justificado y quien tiene la razón son cuestiones que comportan argumentos morales y políticos. Al mismo tiempo, el contexto general sitúa la legislación en una posición difícil: por un lado, una aplicación estricta del derecho positivo en la mayoría de los casos (es decir, excepto en las circunstancias excepcionales en que se permita la secesión de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario) prohibiría cualquier intento de desafiar legalmente la soberanía sobre un territorio determinado, basada en el principio innato de autoconservación de los estados (Sunstein 1991: 633). Por otro lado, tal como argumentan los defensores del enfoque funcional, «demonizar la secesión, convertirla en un tabú constitucional, a menudo añade combustible a las reivindicaciones secesionistas» (Mancini 2012: 482). Y, de hecho, como la función principal del derecho, en cada una de sus áreas, es resolver conflictos, una simple desestimación de las peticiones puede exacerbar los conflictos en lugar de superarlos. Como la historia del constitucionalismo se ha basado en situar gradualmente bajo el estado de derecho fenómenos que antes se dejaban en manos del estado de la fuerza (al “poder normativo fáctico”, en palabras de Georg Jellinek), no es extraño que el derecho constitucional contemporáneo dedique una atención creciente a los conflictos de soberanía, con el fin de constitucionalizarlos (Haljan 2014, Belov 2021). De hecho, desde un punto de vista legal, la única alternativa a un conflicto son los procedimientos. Por lo tanto, independientemente de la postura que se pueda adoptar para cada conflicto territorial concreto, una respuesta legal no puede tener carácter procesal.

Los conflictos de soberanía territorial comportan argumentos morales y políticos. Al mismo tiempo, el contexto sitúa la legislación en una posición difícil. Como la función principal del derecho es resolver conflictos, una simple desestimación de las peticiones puede exacerbarlos en lugar de superarlos

Este es también el mensaje principal del Tribunal Supremo de Canadá, en su trascendental Dictamen sobre la secesión de Quebec (1998) [1], que constituye el pilar sobre el que se basa la ley contemporánea (y todavía en evolución) de la secesión (Delledonne y Martinico 2019). En el caso de Quebec, no se cumplió ninguno de los criterios que hacen que la secesión sea admisible según el derecho internacional, tampoco la Constitución canadiense admite la secesión, pero habida cuenta la existencia de una voluntad democrática de una “gran mayoría” de los ciudadanos de la provincia en cuestión, los principios dominantes de la Constitución canadiense, como por ejemplo la democracia, el estado de derecho, el federalismo y el respeto a las minorías, requieren que se lleven a cabo negociaciones. El deber de negociar no significa reconocer la secesión: simplemente comporta que se establezca un marco procedimental para situar en el ámbito jurídico una cuestión

potencialmente explosiva. De hecho, el caso de Quebec y el Dictamen del Tribunal Supremo es el ejemplo fundamental de cómo se puede canalizar la cuestión de la secesión, extremadamente politizada y emocional, haci un marco legal (Weinstock 2001). La posterior Ley de claridad (2000) parece secundar esta conclusión, como también lo hacen desde un ángulo opuesto varios casos de secesión denegada que de ninguna forma han erradicado las reivindicaciones (Weller 2008).

## ¿Los procedimientos y su aplicación distorsionada? El caso contra el monopolio de los referéndums

Tras el dictamen referencia canadiense, que inició un enfoque funcional y procedimental de los conflictos territoriales de soberanía, se habría esperado que la mayoría de los países que encaraban peticiones secesionistas hubieran adoptado un marco jurídico complejo similar para limitar la secesión en un sistema procesal sofisticado. Sin embargo, ya han pasado más de veinte años y no se ha dado el caso. De hecho, un número creciente de constituciones recientes incluyen procedimientos para tratar la secesión de una parte del territorio con el objetivo de controlar los conflictos territoriales de soberanía (Haljan, 2014). Pero, en general, en lugar de establecer controles y equilibrios procedimentales y sustanciales que regulen la secesión, se ha producido una proliferación de referéndums sobre la soberanía (Mendez y Germann 2018) a menudo no oficiales y, por lo tanto, impugnados. La petición del Tribunal Supremo canadiense de establecer reglas equilibradas que tuvieran en cuenta los principios del estado de derecho, el federalismo y la protección de las minorías a la hora de determinar el marco legal para posibles negociaciones sobre la secesión se limitó a las fronteras canadienses. En otros lugares, aunque se mencionen ocasionalmente en las resoluciones judiciales sobre reivindicaciones de secesión (Martinico 2017a), se han superado estos principios con el uso del referéndum como la herramienta dominante (si no la única, con diferencia) para el cambio constitucional o, más bien, para la impugnación constitucional; es decir, para las reivindicaciones de secesión.

Siguiendo el enfoque predominante, la inmensa mayoría de las constituciones no contemplan el derecho a la secesión y, muy a menudo, lo descartan explícitamente exigiendo la permanencia, la unidad, la indivisibilidad y la indestructibilidad del Estado (Novic y Priya 2016, Ginsburg y Versteeg 2019). En casos muy raros y excepcionales, las constituciones contienen cláusulas que permiten la secesión. Estas pueden proporcionar un derecho indefinido a escindir libremente, como en el caso del artículo 72 de la Constitución soviética de 1977 [2] o bien (aunque únicamente en teoría) del artículo 74 de la Constitución uzbeka en el caso de Karakalpakia, o un derecho condicional aunque tampoco especifique que se pueda realizar, como para el caso Gagaúsia en Moldavia «en el caso de un cambio de estatus de la República de Moldavia como estado independiente» [3]. Solo en el caso de Etiopía, la Constitución de 1995 (art. 39) establece normas procedimentales sobre cómo conseguir la independencia de alguna unidad subnacional, lo que también incluye un referéndum (Habtu 2005). En unas pocas islas autónomas se han añadido a lo largo del tiempo cláusulas específicas para permitir referéndums sobre la independencia (o casi independencia), como Groenlandia, islas Feroe, Bougainville, islas

Malvinas, Nueva Caledonia (Ellis 2018).

En una perspectiva comparativa, resulta que *todas* las escasas cláusulas explícitas (generales o *ad hoc*) sobre la posible separación de un territorio del estado al que pertenece contemplan la celebración de un referéndum. Solo en Etiopía se incluyen algunas cláusulas procedimentales adicionales, en particular la iniciativa por parte de la mayoría de los dos tercios de la legislatura subnacional (art. 39 párrafo 4 lit a cont.), a pesar de que el referéndum (que se debe organizar en el plazo de los tres años siguientes a la iniciativa) no requiere ninguna mayoría consolidada («apoyado por mayoría simple en el referéndum», art. 39 párrafo 4 lit c cont.). Desde una perspectiva histórica, la última separación que se produjo sin referéndum fue la división de Checoslovaquia en 1992 y, curiosamente, aunque también existía la posibilidad de celebrar un referéndum [4] este no tuvo lugar. Según los sondeos de la época, la razón fue que la mayoría en los dos territorios de la entonces federación checoslovaca, se oponía a la disolución [5]. Desde entonces, todos los intentos para conseguir la independencia, tanto los que fueron un éxito como los que fracasaron, recurrieron a un referéndum con la única (y parcial) excepción de Kosovo, debido a su situación entonces particulares de protectorado internacional [6].

Por consiguiente, se puede afirmar que desde la oleada de creación de nuevos estados independientes de 1989 (ver Elster 1995) el referéndum se ha convertido, no solo en el principal, sino también a menudo en el medio exclusivo para hacer frente a las reivindicaciones de soberanía (Şen 2015), independientemente de su tipología (para una categorización de los referéndums constitucionales, ver Tierney 2012). Concretamente, la secesión y los referéndums territoriales difieren en cuanto al alcance, las funciones y el procedimiento, así como por supuesto, en cuanto a los resultados (Qvortrup, 2014). La mayoría de los referéndums celebrados en casi todas las antiguas repúblicas soviéticas y yugoslavas entre 1991 y 1992 fueron momentos plebiscitarios de un proceso que ya estaba en un movimiento imparable (Kössler 2018). En algunos casos, consistieron en aprobar el estatus ya conseguido de Estado Georgia, Ucrania, Uzbekistán (donde tuvo lugar el referéndum tres días después de la disolución oficial de la URSS) y en los casos más conflictivos de Letonia, Estonia y Lituania. En otros casos, surgieron cuestiones más matizadas, ya sea en términos de participación (la comunidad serbia boicoteó el referéndum de independencia del año 1992 en Bosnia y Herzegovina,) o de la participación necesaria para dar validez a los resultados: por ejemplo, en Eslovenia en el referéndum de diciembre de 1990 se estableció que la participación mínima tendría que ser el 50% de todo el electorado, a lo que se llegó fácilmente [7]. Otros referéndums simplemente no tuvieron ninguna consecuencia, al menos en cuanto al reconocimiento internacional de la nacionalidad formalmente proclamada, como en el caso del Alto Karabaj en 1991 y en Somalilandia en 2001.

Desde la oleada de 1989 el referéndum se ha convertido, no solo en el principal, sino también a menudo en el medio exclusivo para hacer frente a las reivindicaciones de soberanía

Los referéndums que tuvieron lugar después de la agitación inmediatamente posterior a 1989 y a la caída del comunismo representaron un verdadero punto de inflexión para los países afectados. En algunos casos, se mantuvieron bajo supervisión internacional como Eritrea en 1993, Timor Oriental en 1999, Montenegro en 2006 o en Sudán del Sur en 2011. Mientras no se preveían requisitos específicos para el caso de Timor Oriental, en cambio, después de largas disputas sobre las reglas del referéndum, la Unión Europea acabó imponiendo a Montenegro una doble mayoría doble para la aprobación de la independencia: 55% de los votos a favor, con una participación mínima del 50% del electorado [8]. También en Sudán del Sur, la validez del referéndum estaba sujeta a un umbral específico, es decir, al 60% de participación. En ambos casos, este requisito se cumplió con éxito.

En los últimos años se han celebrado o se han previsto varios referéndums de independencia varias islas o territorios que ya disfrutaban de autonomía respecto al continente, unas consultas acordadas normalmente entre el gobierno central y el territorio afectado. Tanto en las islas Malvinas (2013) como en Gibraltar (2002) se convocaron referéndums para reiterar el previsible apoyo a favor de la permanencia de estos territorios en el Reino Unido y no requirieron ninguna mayoría especial, puesto que había un apoyo prácticamente unánime al statu quo. En 2019 se llevó a cabo un referéndum (consultivo) en Bougainville sobre la independencia de Papúa Nueva Guinea (Regan 2013) y si bien una mayoría aplastante votó por la independencia, la situación continúa siendo incierta y la decisión final queda a manos del Parlamento de Papúa Guinea. En Nueva Caledonia, después de celebrarse un primer referéndum en 1987 (con menos del 2% de votos favorables a la independencia de Francia), el Acuerdo de Nouméa de 1998 [9], preveía una serie de tres referéndums de independencia después de veinte años en un intervalo de tiempo de dos años. Los dos primeros tuvieron lugar en 2018 (56,67% en contra de la independencia) y en 2020 (53,26% en contra) y el último está previsto para 2022 (Alber 2020). También se había previsto en las islas Feroe un referéndum basado en el acuerdo mutuo entre las partes interesadas para la primavera del 2018, aunque no sobre la plena independencia de Dinamarca, sino sobre una nueva constitución que otorgara un tipo de casi independencia, pero se aplazó indefinidamente.

Sin duda, el ejemplo más conocido de referéndum acordado de independencia ha sido el que tuvo lugar en Escocia en septiembre de 2014. Después de un complejo proceso de negociaciones después de la llegada al poder en Edimburgo del Partido Nacional Escocés (2007-2011) (Mitchell 2014), el llamado Acuerdo de Edimburgo (2012) preveía un referéndum con solo dos opciones: independencia o statu quo, a pesar de que la promesa política de Londres consistía en una nueva transferencia de poderes en caso de voto contrario la independencia (Tierney 2013). A efectos de este artículo, hay que destacar la ausencia de mayoría consolidada para el referéndum, el alcance del derecho a voto y la exclusión de una tercera opción legal entre la independencia y el statu quo. En cuanto al primer aspecto, el concepto mismo de mayorías consolidadas es ajeno a la naturaleza política de la Constitución británica y nunca se consideró como una opción. En cuanto al derecho a voto, el artículo 2 del Proyecto de Ley del Referéndum de Independencia de Escocia (Sufragio) de 2013 lo extendió a las personas mayores de 16 años, residentes en Escocia y a los ciudadanos de la *Commonwealth*, de la República de Irlanda o de la Unión Europea, incrementando de facto las posibilidades de votos en contra. No menos

importante es que el Proyecto de Ley del Referéndum de Independencia de Escocia de 2013 no estipulara de forma legal ninguna tercera opción entre la independencia y el statu quo, a pesar de que al principio se consideró esta posibilidad (Devo Plus Group 2012), posteriormente se prometió en caso de voto negativo y finalmente se llevó a cabo con la adopción de la Ley escocesa de 2016.

Varios referéndums de independencia se han celebrado de manera ilegal en los últimos años, es decir, sin que se hayan acordado entre el territorio afectado y el gobierno central ni siquiera de manera informal. Entre estos, las consultas en línea no oficiales organizadas de manera privada en Catalunya y el Véneto en 2014 y los referéndums más oficiales, aunque cuestionados, en el Kurdistán iraquí en 2017 [10] y en Gagaúsia el 2014 [11]. En 2014 se celebró un referéndum en Crimea sobre la secesión de la península de Ucrania y su integración a la Federación Rusa. El referéndum se celebró a pesar de que su convocatoria había sido declarada ilegal por el Tribunal Constitucional ucraniano [12] y el Parlamento de Crimea había declarado la independencia unilateral tres días antes de la votación. El referéndum resultó ser un plebiscito para la secesión de Ucrania y la anexión a la Federación Rusa (95,7% de votos favorables con una participación del 82%, a pesar de que las minorías tártaras y ucranianas boicotearon el referéndum) o que conllevó la inmediata anexión rusa, independientemente de su ilegalidad según el derecho constitucional tanto internacional como ucraniano (Comisión de Venecia 2014 y Bílková 2016). En la llamada República Serbia de Bosnia se ha esgrimido muchas veces un referéndum sobre la independencia como una amenaza, pero hasta ahora nunca se ha llevado a cabo, aunque sí se han llevado a cabo varias consultadas basadas en la identidad. Su naturaleza política es el punto en común de todos estos referéndums no oficiales: aunque sean legalmente irrelevantes, se utilizan como instrumentos de presión política (a veces están organizados por partidos políticos) [13] y/o para hacer más popular la causa de la independencia y siempre se convierten en plebiscitos a favor de la independencia, incluso cuando la participación es baja [14].

El más significativo y conocido de los referéndums no oficiales de este tipo es la consulta que tuvo lugar en Catalunya el 1 de octubre de 2017. El «referéndum de autodeterminación» fue convocado por una ley del parlamento regional aprobada menos de un mes antes durante un procedimiento que fue impugnado [15] e inmediatamente suspendido por el Tribunal Constitucional, que posteriormente lo declaró inconstitucional [16]. El referéndum se celebró de todos modos, lo que provocó un duro enfrentamiento con el gobierno español y también varios casos de violencia y represión. El Gobierno catalán anunció oficialmente los resultados del referéndum [17] y sobre esta base el Parlamento catalán proclamó por mayoría, en una votación que también fue impugnada, una declaración unilateral de independencia [18]. En respuesta, el Senado español adoptó medidas coercitivas para suspender de facto la autonomía catalana (artículo 155 de la Constitución española) y convocó elecciones regionales anticipadas. Después de las elecciones, la situación legal se “normalizó”, pero se mantuvieron las tensiones políticas (Poggeschi, 2018) así como tras varios cambios de gobierno, tanto en Barcelona como Madrid.

Un último ejemplo *sui generis* de referéndum de independencia lo representa el voto del

Reino Unido para abandonar la Unión Europea (el llamado “Brexit”) en 2016. El Tratado de la Unión Europea establece el procedimiento para salir de la Unión (artículo 50 de los TUE), a pesar de que hace referencia a «sus propios requisitos constitucionales» en cuanto a la forma en que un estado puede decidir la retirada. La Constitución política británica no contenía ninguna disposición sobre los «requisitos constitucionales propios», a pesar de que era evidente que la decisión de abandonar la UE solo era posible mediante un referéndum, puesto que la adhesión británica a la UE, estipulada por la Ley de las Comunidades Europeas de 1972, se confirmó mediante un referéndum en 1975 (67,2% a favor con una participación del 64,6%). Por consiguiente, la Ley de Referéndum de la Unión Europea de 2015 preveía un referéndum consultivo sobre «si el Reino Unido tenía que continuar siendo miembro de la Unión Europea». Igual que para el referéndum sobre la independencia de Escocia, no se requería una mayoría consolidada ni se ofreció una alternativa entre salir o quedarse, a pesar de que el gobierno ya había negociado con Bruselas un nuevo tratado que redefiniera las condiciones de adhesión del Reino Unido a la Unión, que tendría que haber entrado en vigor en caso de que el referéndum fuera a favor de la permanencia (Martinico 2017b). La Ley del referéndum de 2015 también definió el cuerpo electoral de una manera significativamente diferente en comparación con el referéndum escocés: solo personas mayores de 18 años, sin derecho a voto para los ciudadanos de los países de la UE residentes en el Reino Unido y tampoco para los ciudadanos del Reino Unido residentes en el extranjero durante más de 15 años. El referéndum se celebró en junio de 2016 y el 51,9% de los votantes (con una participación del 72,2%) apoyaron la retirada de la UE, lo cosa que condujo a la aprobación de la Ley de la Unión Europea de 2018 y a las negociaciones con la UE según el artículo 50 de los TUE (Bradley 2020).

El impacto político de los plebiscitos supera el de cualquier otra fuente de derecho, como confirma el hecho de que prácticamente no existe ninguna diferencia entre los referéndums consultivos y los referéndums legalmente vinculantes, puesto que todos los referéndums consultivos se han considerado políticamente vinculantes

Todos estos ejemplos señalan una notable aceleración constitucional (Blokker 2018) en cuanto a las reivindicaciones de secesión durante las últimas dos décadas y el recurso sin ninguna excepción a referéndums como instrumento principal (en la mayoría de los casos el único) para decidir o (en caso de referéndums ilegales) para apoyar a la reivindicación de independencia. Esto se debe al hecho de que el impacto político de los plebiscitos supera el de cualquier otra fuente de derecho, como confirma el hecho de que prácticamente no existe ninguna diferencia entre los referéndums consultivos y los referéndums legalmente vinculantes, puesto que todos los referéndums consultivos se han considerado políticamente vinculantes [19]. La democratización del constitucionalismo contemporáneo ha llegado a considerar inevitable un referéndum para establecer un nuevo orden jurídico.

De hecho, como muestra de manera ejemplar el caso catalán, el llamado “derecho a decidir” ha sustituido funcionalmente el “derecho a la autodeterminación” (ver Levrat et al 2017 y los argumentos del Tribunal Constitucional español en la sentencia STC 259/2015). Sabiendo que los defensores de un referéndum de independencia siempre apoyan a la independencia, el campo de batalla sobre el derecho a la autodeterminación (más bien teórico) se ha trasladado al mucho más pragmático y *prima facie* menos polémico derecho a decidir (Ferraiuolo 2016). De este modo, los *checks-and-balances* constitucionales se subordinan a la voluntad soberana de las personas (Martinico 2018).

## Más allá del plebiscitarismo: constitucionalizar y pluralizar los procedimientos de secesión. Algunos consejos de la práctica constitucional comparada

La propagación de referéndums como medio para canalizar las demandas de secesión tiene el gran mérito de institucionalizar desafíos que hasta ahora habían quedado fuera del ámbito de la ley y que, por lo tanto, se dirimían políticamente o en el campo de batalla (Elster 2012). Desde este punto de vista, los referéndums de independencia representan un paso importante en el camino evolutivo del constitucionalismo, que básicamente intenta regular los procesos políticos con instrumentos legales (Hayek 1960, 176). Además, los referéndums también son una manifestación del principio democrático, al menos cuando se acuerdan y se regulan mediante procedimientos legales. En este contexto, se puede concluir que la oleada constitucional posterior a 1989 ha representado un gran paso adelante para el constitucionalismo en cuanto a la secesión, una de las áreas hasta ahora inmunes a la regulación legal.

El límite de los referéndums, pero, es que son demasiado simplistas y “triviales”, sobre todo a la hora de decidir sobre cuestiones existenciales como la secesión y la estatalidad, al menos cuando no están apoyados por consolidaciones procesales ni por procedimientos adicionales. El referéndum de independencia celebrado en Quebec en 1995 no requirió ninguna mayoría especial. La independencia fue rechazada por una estrecha mayoría del 50,58%, menos de 55.000 votos y después de la votación se produjo una controversia significativa sobre el recuento de las papeletas, las personas con derecho a voto y otras reclamaciones. El resultado de los referéndums sobre la independencia de Escocia en 2014 y sobre el Brexit en 2016 se determinó en gran medida por la definición de las personas con derecho a voto. Además, la cuestión de las minorías estructurales siempre es un reto de cara los referéndums. Si las decisiones se tienen que tomar por mayoría (constitucionalismo mayoritario), sobre todo si son sencillas, sin cuórum y extemporáneas (constitucionalismo plebiscitario), ¿cómo se pueden respetar los derechos de las minorías, aún más si estas minorías son mayorías territoriales? En el referéndum sobre el Brexit, el 62% de los votos en Escocia y el 55% en Irlanda del Norte fueron a favor de permanecer en la UE», lo que representa un apoyo mucho más consistente que el 51,9% a favor de la salida en todo el Reino Unido. Al mismo tiempo, en la tercera nación minoritaria del Reino Unido, Gales, la mayoría votó a favor del Brexit (52,5%). El Brexit desencadenó varias controversias y puso en marcha el cambio político, como la creciente demanda de un nuevo referéndum de

independencia en Escocia y un apoyo más fuerte hacia la unificación irlandesa.

El problema del respeto a las minorías continúa siendo irresoluble mientras no se proporcionen contrapesos: el 85% de la población británica es inglesa y cualquier voto mayoritario reflejará inevitablemente el dominio del grupo dominante, frustrando las posiciones minoritarias. Además, ¿aparte de las minorías etno-culturales, se tendrían que considerar otras minorías? Y si es así, ¿cómo? En el área metropolitana de Londres, el 59,9% de los votos han sido para permanecer en la UE, del 73% en Cambridge y del 95,9% en Gibraltar. En Catalunya, tanto el referéndum (informal y no fiable) como los resultados de las elecciones (especialmente la que se celebraron en diciembre de 2017 tras la disolución del Parlamento catalán por el Gobierno español, y que se consideraron políticamente como un equivalente a un referéndum de independencia) muestran un apoyo a la independencia ligeramente inferior al 50% de los votantes [20], con una distribución geográfica desigual (mayor apoyo en el interior, menor en las áreas metropolitanas): ¿se puede tomar una decisión fundamental por parte de una minúscula mayoría allí donde la sociedad esté dividida? De una forma más general, si los referéndums pretenden legitimar la discontinuidad constitucional, no lo hacen cuando la legitimidad se confiere por una mayoría simple.

Para reducir el riesgo de referéndums de carácter mayoritario e incluso plebiscitario (Sáenz Royo i Garrido López Eds. 2017, Martinico 2019), el Dictamen del Tribunal Supremo canadiense sobre la secesión del Quebec (y posteriormente Ley de claridad aprobada por el Parlamento) ha dado el paso natural que sugiere constitucionalismo: diseñó un marco legal para las reivindicaciones de secesión. Estas tienen que incluir un referéndum como expresión democrática inevitable por parte del pueblo, pero sus carencias hacen que el referéndum no sea adecuado para ser el único momento decisivo, sobre todo si no tiene el apoyo de algún arraigo procedimental.

A partir de la experiencia canadiense, los estudiosos del derecho han empezado a prestar una mayor atención a este fenómeno y también a presentar propuestas sobre cómo combinar constitucionalismo y secesión (entre otros, Haljan 2014, Martinico 2018). El denominador común de cualquier fórmula al respecto solo puede ser la combinación de procedimientos que produzcan un efecto que vaya más allá del mayoritarismo rudimentario y plebiscitario y que combine la toma de decisiones populares con el estado de derecho, incluido el respeto a las minorías. Basándose en algunos de los mayores logros del constitucionalismo como el federalismo, los procedimientos de modificación constitucional y la democracia participativa, en la jurisprudencia comparativa sobre secesión y enmienda constitucional y en la «jurisprudencia suave» de organismos internacionales como la Comisión de Venecia, se pueden esbozar algunos elementos para un marco procesal comparativo sobre cómo abordar las reivindicaciones secesionistas.

El *primer* y más simple arraigo es la instauración de cuórum tanto para la participación como para la aprobación en un referéndum de independencia, tal como se preveía en el referéndum de 2006 para la independencia de Montenegro. A pesar de que los cuórum suelen ser problemáticos, puesto que los opositores pueden utilizarlos fácilmente para dificultar la votación fomentando la abstención (tal como sugiere el Código de buenas

prácticas sobre referéndums de la Comisión de Venecia de 2006) [21], la situación es en parte diferente en cuanto a cuestiones existenciales como la secesión y la estatalidad. En estos casos, la abstención es poco probable, no por falta de interés ni de información, y en este sentido el criterio de la “clara mayoría” propuesto en el Dictamen sobre la secesión de Quebec es de máxima importancia y solo se puede determinar si se prevén mayorías arraigadas.

La posición potencialmente desigual entre los partidarios de la independencia y los que están en contra en los referéndums con arraigos especiales también se puede abordar siguiendo el método procedimental. Un ejemplo importante es la experiencia del cantón suizo de Jura. Se creó en la década de 1970 separándose del cantón de Berna, siguiendo una serie de pasos y referéndums que salvaguardaron las posiciones tanto de los defensores como de los críticos. Antes de la serie de referéndums, se modificó la constitución del cantón de Berna, para que permitiera la realización de referéndums sobre el ejercicio del derecho a la autodeterminación por parte de la población de Jura. La enmienda constitucional fue aprobada en referéndum en 1970 por una amplia mayoría (87%). La enmienda introdujo un procedimiento de secesión en la Constitución cantonal que asumió en gran medida las recomendaciones de una comisión creada unos años antes por el Gobierno federal, compuesta por antiguos políticos, con la tarea explícita de desarrollar un procedimiento específico para una posible secesión en el ámbito cantonal. La modificación preveía tres referéndums, uno para cada segmento de la población afectada: regional, de distrito y municipal (Hänni e Iseli 2014). El referéndum para la región de Jura tendría que determinar si se formaría o no un nuevo cantón. En función del resultado, se tendría que hacer un segundo referéndum en el ámbito del distrito: si la mayoría de la región de Jura estaba a favor de la creación de un nuevo cantón, los distritos que votaran en contra podrían decidir si se quedarían en el cantón de Berna o si se adherían al nuevo cantón; si en cambio la mayoría en el ámbito regional estaba en contra de la creación de un nuevo cantón, los distritos que votaran a favor podrían decidir de todos modos si querían abandonar el cantón. Por último, los municipios limítrofes con una circunscripción que decidiera separarse o permanecer en el cantón de Berna podrían votar sobre su adscripción territorial. No se estableció cuórum alguno para ninguno de los referéndums.

Un factor para diluir la rudimentaria lógica en blanco y negro de los referéndums es el elemento temporal. Si no se establece ningún tipo de requisito en cuanto a los cuórum, puede ser aconsejable repetir el referéndum al menos una vez más en un plazo determinado, para determinar mejor la voluntad real de los votantes y no condicionarla a variables puntuales. Existen varios precedentes de referéndums repetidos en los que el resultado fue diferente debido a una información más amplia o a los cambios adoptados después de negociaciones más extensas

Un *segundo* factor para diluir la rudimentaria lógica en blanco y negro de los referéndums es el elemento temporal. Especialmente si no se establece ningún tipo de requisito en cuanto a los cuórums (participación y/o aprobación), puede ser aconsejable repetir el referéndum al menos una vez más en un plazo determinado, para determinar mejor la voluntad real de los votantes y no condicionarla a variables puntuales. Por supuesto, esto es lo más sensato cuanto más ajustado sea el resultado. A pesar de que no hay ninguna garantía que el resultado cambie notablemente, especialmente si se dividen los votantes, existen varios precedentes de referéndums repetidos en los que el resultado fue diferente debido a una información más amplia o a los cambios adoptados después de negociaciones más extensas. Pensamos en los referéndums realizados en algunos países europeos sobre cuestiones relativas a la Unión Europea (Méndez, Méndez y Tarda 2014). Irlanda es la «campeona» de referéndums europeos repetidos. En 2001, los votantes rechazaron el Tratado de Niza (53,9% en contra con una participación del 34,8%), pero el referéndum se repitió en 2002, después de la introducción de algunos cambios en el tratado sobre la posición irlandesa en cuanto a la política de defensa común, y fue aprobado por el 62,9% de los votantes (participación del 49,5%). En 2008, Irlanda fue el único estado miembro de la UE que convocó un referéndum sobre la ratificación del Tratado de Lisboa: la ratificación fue inicialmente rechazada por una mayoría del 53,2% (53,1% de participación) y posteriormente aprobada (sin cambios) en un segundo referéndum en 2009 (67,1% a favor, participación del 59%). Dinamarca celebró dos referéndums sobre la ratificación del Tratado de Maastricht: el primero fue rechazado en 1992 por un 50,7% (83,1% de participación), el segundo, después de renegociar la exclusión voluntaria de algunas políticas significativas como la Unión Económica y Monetaria, la Ciudadanía de la Unión, Justicia y Asuntos Internos y Defensa Común, se aprobó en 1993 por el 56,7% de los votantes (86,5% de participación). También existen varios ejemplos de disposiciones que limitan la convocatoria de un referéndum antes de que haya transcurrido un tiempo determinado [22].

En el ámbito del derecho constitucional nacional, la ya citada experiencia de Nueva Caledonia tiene una gran importancia. Tres referéndums en seis años representan mucho más que una instantánea de la voluntad puntual de la gente y es probable que sean realmente representativos. En Nueva Caledonia, el voto a favor de la independencia en solo uno de los tres referéndums comportaría la separación de Francia y, curiosamente, la tendencia sugiere que el apoyo a la independencia crece con el paso del tiempo (de menos del 2% en 1987 al 46,7% en 2020). También se podría considerar una mayoría ponderada, sumando los votos en los sucesivos referéndums y estableciendo que la media será la decisión definitiva.

Una *tercera* manera de calibrar la opción mayoritaria de un referéndum consiste en votar más de dos opciones, permitiendo así una decisión más matizada, tal como se propuso inicialmente en Escocia (el llamado *Devolution-max*) y que finalmente se llevó a cabo mediante la Ley de Escocia de 2016. De hecho, si solo se hace un referéndum, se trata de un instrumento en blanco y negro, pero se puede matizar más si se ofrecen más alternativas. Esta opción más matizada se podría combinar con la pluralización de referéndums siguiendo el ejemplo de Jura: así, se podría hacer un primer referéndum entre la independencia o el *statu quo* y, si el *statu quo* prevalece, se podrían someter a votación

diversas opciones, como por ejemplo no hacer ningún cambio, más autonomía, más negociaciones en un plazo determinado, etc.

Un *cuarto* elemento de un marco procedimental para abordar los conflictos territoriales de soberanía es evitar que los referéndums de independencia sean los únicos instrumentos de decisión. De hecho, para cada referéndum (legal) de independencia o secesión se requiere un acto del Parlamento, pero a menudo solo refleja acuerdos políticos realizados en otros lugares. Aun así, la implicación del Parlamento podría ser más relevante frente a los posibles abusos por parte de mayorías ocasionales. El artículo 39 de la Constitución etíope exige al menos una mayoría de dos tercios de la legislatura de la entidad interesada para poder introducir una solicitud para iniciar el procedimiento. El referéndum no está sujeto a una mayoría consolidada (artículo 39.4 lit c), pero la constitución requiere una ley posterior que, entre otras cosas, transfiera bienes a «la nación, la nacionalidad o al pueblo que ha optado por la secesión» (artículo 39.4 lit e, Bihonegn 2015). De este modo, los parlamentos de todos los niveles de gobierno afectados deben poder participar en la toma de decisiones, en algunos casos con mayorías arraigadas. Esto puede contrarrestar las mayorías en otros niveles de gobierno, por ejemplo, en el caso de que un grupo minoritario que exija la secesión sea mayoritario en una entidad territorial concreta. En este caso, para equilibrar mayorías de diferentes niveles, que siempre prevalecen en la zona respectiva y evitar así un rompecabezas de legitimidades opuestas, se podría prever que, si un Parlamento subnacional adopta una moción de secesión con mayoría cualificada, el Parlamento nacional solo lo pueda parar con una mayoría igualmente cualificada.

Del mismo modo, en los procesos de secesión normalmente también participan los tribunales (Martinico 2017). El papel de los tribunales puede ser meramente negativo, es decir, afirmando que la secesión de las partes del territorio nacional no es admisible. Este fue el caso, entre otras cosas, de la crucial decisión del Tribunal Supremo de los EE. UU. en *Texas contra White* (1869, justo después de la guerra civil) [23], de la sentencia del Tribunal Constitucional italiano en 2015 sobre la solicitud de la región del Véneto para celebrar un referéndum de independencia [24], de la decisión de 2016 del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la denuncia particular de un grupo político que apoyaba a la independencia de Baviera [25], de la decisión del Tribunal Supremo Federal iraquí de 2017 [26], etc.

Sin embargo, los tribunales también pueden aclarar aspectos importantes en términos de procedimiento y principios constitucionales que deben guiar una demanda de independencia. Esto sucedió particularmente en el caso del Dictamen sobre la secesión de Quebec o de la trascendental Sentencia del Tribunal Constitucional español que aclaró los términos para una posible demanda de independencia según la Constitución española, especificando que no se habían cumplido en el caso de Catalunya [27]. También es importante para nuestros propósitos la importante sentencia Miller por parte del Tribunal Supremo del Reino Unido en 2017 [28], puesto que aclaró el procedimiento que el Reino Unido tenía que seguir para salir de la Unión Europea. Una participación temprana de los tribunales en la determinación de vías y límites de los procesos secesionistas ayudaría, en cualquier caso, a aclarar los contornos legales de las solicitudes, los principios a respetar y las modalidades de toma de decisiones. Esta participación es menos impensable de lo que

era hace unos años la inclusión de los tribunales constitucionales/supremos en los procesos de reforma de la Constitución, lo que ahora es una práctica bastante habitual. (Chen y Poiars Maduro 2013: 103). En algunos casos, los tribunales pueden dar opiniones consultivas (como fue el caso del Dictamen canadiense sobre la secesión de Quebec), lo que es una forma adicional de implicar a los defensores de la ley en estos procesos complejos. A buen seguro, una participación temprana (es decir, antes de una votación en un referéndum) es más útil y menos divisiva políticamente que las resoluciones *ex post*.

Una *quinta* garantía contra los abusos plebiscitarios en los procesos de independencia es el «doble control» del electorado a través de unas elecciones celebradas después de un referéndum. Las elecciones y los referéndums constituyen diferentes categorías de votación, sobre todo porque éstos están mediatizados por partidos políticos y producen un efecto a largo plazo en la configuración de la composición política de los parlamentos. El constitucionalismo ofrece varios ejemplos de procedimientos complejos para la revisión total de las constituciones, lo que constituye un intento similar de regular los cambios de régimen que históricamente solían tener lugar de manera revolucionaria (ver la distinción entre poder constituyente «revolucionario» y «institucionalizado» de Burdeau, 1985). Estos procedimientos a menudo requieren la disolución del Parlamento para que la revisión total de la constitución sea votada (por mayoría cualificada) por dos parlamentos diferentes y secundada por un referéndum. El artículo 168 de la Constitución española establece que las revisiones totales u otras revisiones que afecten los principios fundamentales de la constitución [29] se tienen que aprobar con una mayoría de dos tercios de las dos cámaras del Parlamento; posteriormente, el Parlamento se disuelve y las nuevas cámaras tienen que aprobar el mismo texto también con una mayoría de dos tercios. Después de esto, la revisión se tiene que ratificar mediante un referéndum popular. En Suiza, el artículo 191.3 de la constitución federal establece que «si el pueblo vota por una revisión total, se celebrarán nuevas elecciones a las dos cámaras». En Bulgaria, las enmiendas totales o estructurales de la constitución solo pueden ser adoptadas por una «Gran Asamblea» especial elegida específicamente para este propósito, por una «mayoría de dos tercios de los votos de todos los miembros, en tres votaciones en tres días diferentes» (artículo 161 de Constitución búlgara). La idea es que las decisiones tomadas en los referéndums también sean apoyadas por los parlamentos, y de esta manera la secesión se podría producir de una manera más legítima si hay convergencia entre las decisiones democráticas directas de los referéndums y el apoyo democrático representativo a través de los parlamentos.

Existe una *sexta* forma posible, que es una variación del último enfoque, y que podría consistir en primero pedir al electorado que tomara la decisión fundamental sobre el sí o el no a la independencia, y después implicar a los parlamentos en la definición de los términos más detallados de la cuestión. Un ejemplo interesante es el reciente referéndum que tuvo lugar en Nueva Zelanda junto con las elecciones generales de octubre de 2020. Uno de los dos referéndums consistía en legalizar o no el cannabis. Si los votantes hubieran optado por legalizarlo (cosa que no hicieron, por una escasa mayoría del 50,7%), la pregunta se habría trasladado al Parlamento para tomar decisiones fundamentales sobre, por ejemplo, que significa exactamente “legalización” en lugar de despenalización o sobre la viabilidad de las disposiciones (McLean 2020).

Para reducir el impacto potencialmente desestabilizador de las decisiones mayoritarias únicas se podría pedir al electorado que tomara la decisión fundamental sobre el sí o el no a la independencia, y después implicar a los parlamentos en la definición de los términos más detallados

Se pueden imaginar y utilizar otras garantías procedimentales y otras reglas constitucionales destinadas a reducir el impacto potencialmente desestabilizador de las decisiones mayoritarias únicas, como, por ejemplo, el federalismo y la democracia participativa (véase Fraenkel-Haerberle et al 2015, así como Palermo y Alber 2015). Además, es probable que el debate sobre la soberanía deje de ser un tema en blanco y negro en el futuro, especialmente en algunas áreas, y tenga más tonalidades, como en el caso de los estados de facto, de forma que es verosímil que la estatalidad y la soberanía se verán cada vez más como una cuestión de gradación más que cualquier otra cosa (Harzl 2018). En cualquier caso, desde una perspectiva comparativa, la tendencia esbozada en Dictamen sobre la secesión de Quebec está estableciendo gradualmente un primer conjunto de normas destinadas a regular la secesión mediante procedimientos legales. El embrión de estas normas es sin duda el referéndum, pero se están creando instrumentos más sofisticados y fascinantes, a veces involuntariamente, y se puede predecir que en el futuro habrá mejoras significativas al respecto.

## Observaciones finales: ¿qué papel para la Unión Europea?

En resumen, lo que está en juego es la provisión de reglas de procedimiento para situar los conflictos territoriales de soberanía en un marco legal, apartándolos tanto de la ley del más fuerte como de la regla de las mayorías puntuales (por lo tanto, poco fiables) o estructurales (por lo tanto, inmutables). Esta tendencia parece imparable, puesto que refleja la actitud general del constitucionalismo. El terreno en que se desarrollan la mayoría de estos procedimientos es inevitablemente el nivel constitucional, tanto nacional como subnacional. Aun así, en la medida en que la constitucionalización también afecta el nivel supranacional (Schütze 2012), éste también tiene (o podría tener) un papel importante a la hora de probar y promover procedimientos que aborden conflictos territoriales de soberanía.

Al mismo tiempo, en tanto que organización internacional, aunque *sui generis*, la Unión Europea está condicionada, incluso más que otros niveles, no solo por factores metalegales, sino también por elementos estructurales relacionados con su entorno institucional y su funcionamiento. Algunas decisiones fundamentales de la UE, como la adhesión de nuevos estados, todavía están sometidas a la regla de la unanimidad. Esto quiere decir, sencillamente, que el estado miembro del que un territorio podría separarse conservaría el veto sobre la adhesión de este estado nuevo y lo utilizaría salvo que la separación sea consensuada. Y probablemente también lo harían otros países que temen amenazas secesionistas en sus propios territorios o en los países vecinos. El ejemplo del

reconocimiento de Kosovo por parte de los estados miembros de la UE es revelador, puesto que cinco países no reconocen Kosovo como estado independiente [30]. Al mismo tiempo, la propia estructura institucional de la UE podría favorecer las reivindicaciones secesionistas: a pesar de algún papel atribuido a las entidades subnacionales (Toniatti, Palermo y Dani 2004), las instituciones y, en consecuencia, los procedimientos de toma de decisiones de la Unión se basan en los estados. La estatalidad es importante para su representación a las instituciones de la UE y esto puede ser un incentivo para que las entidades subnacionales fuertes busquen un estado independiente en lugar de buscar mayor autonomía dentro de los estados a los que pertenecen.

A pesar de que parece improbable, por razones institucionales y políticas, que la Unión Europea pueda ejercer un papel activo en el desarrollo de un marco procedimental para resolver conflictos territoriales de soberanía en sus estados miembros, su papel en esta área no tiene por qué ser necesariamente secundario. El Art. 2 del Tratado de la Unión Europea establece los valores sobre los cuales se basa la Unión, que incluyen, entre otros, el estado de derecho. Otros valores relevantes, que se mencionan en el mismo artículo, son el respecto a los derechos de las personas pertenecientes a minorías, el pluralismo y la tolerancia. El estado de derecho también es uno de los principios rectores de la acción exterior de la UE (artículo 21.1 y 21.2 de los TUE), que afectaría la adhesión de nuevos estados miembros, pero también un principio interno sobre el que tiene competencia el Tribunal de Justicia (artículo 263.2 TFUE). Esto quiere decir que, como mínimo, la UE tendría que apoyar y fomentar el desarrollo, a nivel nacional, de disposiciones que hagan cumplir el estado de derecho, incluida el área de conflictos territoriales de soberanía, como los que hemos citado anteriormente.

Además, la UE también ha sido proactiva al facilitar estas soluciones, a pesar de que con distintos grados de éxito y de cuidado. Un ejemplo bastante negativo lo representa su compromiso con Chipre antes de la adhesión de la isla a la Unión en 2004. En aquella ocasión, la UE apoyó el referéndum sobre el plan para la unificación de las Naciones Unidas. El referéndum tenía que obtener una mayoría tanto en la parte griega como en la parte turca de la isla. En caso contrario, solo la parte griega se adheriría a la UE (Ker-Lindsay, 2005). Este compromiso resultó ser un factor que entorpeció el plan, puesto que los grecochipriotas no tenían ningún incentivo para apoyar el plan y en realidad vieron un incentivo para boicotearlo, sabiendo que se adherirían a la UE en cualquier caso y el referéndum proporcionó la oportunidad de dejar fuera “el enemigo». Por lo tanto, no sorprendió que los turco-chipriotas apoyaran en el plan el referéndum y que los grecochipriotas no. El ejemplo proporcionado por el compromiso de la UE con motivo del referéndum de independencia de Montenegro el 2006 (Džankić 2014) es mucho más positivo. La UE fue el principal impulsor del acuerdo sobre un referéndum complejo que requería un doble umbral: 55% de votos favorables para la independencia con una participación mínima del 50% del censo electoral [31]. Más recientemente, la UE ha sido mediadora de acuerdos entre Serbia y Kosovo (en la terminología de la UE, entre Belgrado y Pristina, para evitar el problema del estatus) desde 2011. Ejercer este papel ha producido resultados notables que eran difíciles de esperar cuando empezó el proceso, y consiguieron abordar aspectos prácticos en beneficio de ambas partes, usando con prudencia la “ambigüedad creativa” (Bieber 2015).

En el momento de abordar los conflictos territoriales de soberanía, lo más importante es que se desarrollen procedimientos con el apoyo de diferentes actores, tal como requiere la democracia contemporánea multinivel y multiactoral

En resumen, difícilmente se puede esperar que la UE se convierta en el adalid del desarrollo de procedimientos para abordar los conflictos territoriales de soberanía. Aun así, es un actor importante en el sistema multinivel del estado de derecho, y es por medio de este papel que se basa su contribución, potencialmente clave, en la cuestión. Finalmente, lo que realmente importa es que se desarrollen estos procedimientos con el apoyo de diferentes actores y niveles, tal como requiere la democracia contemporánea multinivel y multiactoral. La trayectoria histórica del constitucionalismo y su vocación general para establecer reglas legales para los fenómenos sociales, así como la proliferación, en pocas décadas, de numerosos ejemplos de procedimientos cada vez más sofisticados en el ámbito de estos conflictos, muestran un camino sin alternativas. Al fin y al cabo, el papel de la ley es prever, prevenir y resolver conflictos.

#### NOTAS Y REFERENCIAS

- 1 — *Referencia sobre la secesión del Quebec*, [1998] 2 SCR 217.
- 2 — Este artículo se concretó en una ley en 1990 en medio de la disolución de la Unión Soviética (Bowring 2015).
- 3 — Art. 1 Ley sobre el estatus jurídico especial de Gagaúsia, 1994.
- 4 — Si así lo solicita la Asamblea Federal o uno o dos de los parlamentos subnacionales: art. 1 Ley Constitucional 327/1991.
- 5 — Según una encuesta hecha para el gobierno el verano del 1992, «solo el 37 por ciento de los eslovacos y el 36 por ciento de los checos dijeron que votarían por una división en un referéndum, pero más del 80 por ciento dijo que consideraban inevitable una rotura». [Disponible en línea](#).
- 6 — Cabe recordar que la Asamblea Provincial de Kosovo declaró la independencia el 1991 e inmediatamente después se convocó un referéndum, en que el 99% de los votantes (con una participación del 87%) apoyó la independencia. Serbia bloqueó todo el proceso. Después de la intervención militar de la OTAN en 1999 y del siguiente protectorado internacional, Kosovo declaró la independencia unilateral el febrero de 2008.
- 7 — El apoyo total a la independencia fue del 88,5% de los votantes elegibles, de un 94,8% de participantes. En consecuencia, la independencia se proclamó en 1991.
- 8 — Ley del referéndum, 2006. El entonces primero ministro Milo Đukanović prometió que declararía la independencia unilateral si los votos pasaban del 50%, independientemente de la doble mayoría solicitada por la ley mediada por la Unión Europea. Finalmente se logró el doble umbral, no sin dificultades.

- 9 — Véase la Ley Orgánica Francesa n.º 99-209 (1999).
- 10 — A pesar de que el Tribunal Supremo Federal iraquí ordenó la suspensión del referéndum, el presidente del Kurdistán iraquí siguió adelante con la votación el 25 de septiembre de 2017. Con una participación del 72%, el 92,7% de los votantes se mostraron a favor de la independencia. El Tribunal Supremo Federal declaró la votación inconstitucional el mismo día y reiteró en noviembre de 2017 que el artículo 1 de la Constitución iraquí impide la separación de cualquier región (decisión en árabe: [disponible en línea](#)).
- 11 — Con una participación superior al 70%, el 98,9% de los votantes apoyó la declaración de independencia de Gagaúsia si Moldavia perdiera finalmente su soberanía, una situación hipotética que podría implicar la fusión de Moldavia y Rumanía en un estado soberano único, opción que se estipula en la Ley sobre el estatus jurídico especial de Gagaúsia de 1994. Del mismo modo, el 98,4% de los votantes dijo que prefiere estrechar los lazos con la unión aduanera dirigida por Rusia en lugar de encararse hacia la integración de la UE.
- 12 — Veredicto n.º 2-rp / 2014, caso n.º 1-13 / 2014.
- 13 — El año 2013, un partido político independentista del Trentino-Südtirol que disfruta actualmente del apoyo del 7,2% del electorado organizó un referéndum sobre la independencia de Italia, en el cual participó menos del 15% del electorado y que resultó en un 92% de votos a favor por la independencia. En el Kurdistán iraquí, el Movimiento del Referéndum del Kurdistán organizó un referéndum informal de independencia, que produjo un resultado del 99% de los votos por la independencia.
- 14 — Normalmente, la participación es baja cuando los referéndums informales son organizados por partidos o movimientos políticos, mientras que tiende a ser elevada cuando los gobiernos subnacionales los convocan, como en el caso de Gagaúsia (Fn14) y el Kurdistán iraquí (72,6% de participación, 92,7%). También se lograron fuertes participaciones en los referéndums ilegales a pesar de que organizados localmente en Somalilandia (2001) y al enclave serbio de Krajina en Croacia (1992).
- 15 — Ley n.º 19/2017, del 6 de septiembre, del Referéndum de Autodeterminación. Junto con la Ley n.º 20/2017, de Transición Jurídica, la ley se adoptó siguiendo un procedimiento especial que recorta el debate y se modifica la propuesta a un solo día. Para más detalles Castellà Andreu 2017.
- 16 — STC 114/2017. La sentencia posterior a la STC 124/2017 prohibió también la Ley de Transición. Para el Tribunal, ambas leyes vulneraban los derechos de participación de la minoría en el Parlamento e introdujeron un nuevo orden jurídico contra los cimientos de la Constitución española sin seguir los procedimientos de modificación constitucional.
- 17 — Según el Gobierno catalán (22 de octubre de 2017), la participación fue del 43,03% del electorado y el apoyo a la independencia fue del 92,01% de los que participaron en la votación. Datos [disponibles en línea](#).
- 18 — Resolución del 27 de octubre de 2017.

- 19 — Véase los argumentos interesantes que se plantean en el caso “Brexit” del Tribunal Supremo del Reino Unido *R (Miller) contra el secretario de Estado para la salida de la Unión Europea* (2017) UKSC 5.
- 20 — El apoyo es supervisado constantemente por el centro de encuestas de la Generalitat de Catalunya (Barómetro de Opinión Pública del Centro de Estudios de Opinión), que muestra un apoyo que oscila entre el 43% y el 48% en 2018 ([véase datos del CEO](#)). Véase también López-Basaguren 2018.
- 21 — CDL-AD (2007) 008, esp. párrafos 51 y 52. Ver también las opiniones y los informes de la Comisión de Venecia sobre la compilación de referéndums, CDL (2017) 002.
- 22 — Además de varias constituciones que establecen plazos, en particular, para reformas constitucionales, hay que citar el anexo 1 del Acuerdo de Viernes Santo / de Belfast de 1998. En cuanto a la posibilidad de convocar un referéndum sobre la unificación de Irlanda, afirma: “1. El Secretario de Estado puede ordenar la celebración de una votación a los efectos del artículo 1 en una fecha especificada en la orden. 2. [...] si una mayoría de los votantes expresara su deseo de que Irlanda del Norte deje de ser parte del Reino Unido y de que forme parte de Irlanda unida. 3. *El Secretario de Estado no podrá dictar una orden en virtud del apartado 1 antes de que hayan transcurrido siete años desde la celebración de una consulta anterior en virtud de este anexo*» (se ha añadido la cursiva).
- 23 — *Texas contra White*, 74 US 700 (1869).
- 24 — Resolución n.º 118/2015.
- 25 — BVerfG, 2. Kammer, 2. Senado, veredicto del 16 de diciembre de 2016 - 2 BvR 349/16. El veredicto solo tiene 3 frases. Dos de ellos simplemente afirman: “en la ley fundamental no hay lugar para las reclamaciones de secesión de *Länder particulares*. Estas violan el orden constitucional”.
- 26 — Véase nota 13.
- 27 — STC 42/2014 y sentencias posteriores: ver Castellà Andreu 2016.
- 28 — *R (sobre la solicitud de Miller y otro) contra el Secretario de Estado para salir de la Unión Europea*, [2017] UKSC 5.
- 29 — El Tribunal Constitucional español explicó de manera convincente el cimiento de la revisión total. En la resolución 48/2003 se afirmaba que la Constitución española no contiene ninguna limitación sustancial del poder modificador (a diferencia de la mayoría de las otras constituciones europeas) y precisamente por lo que contiene un procedimiento detallado (y extremadamente rígido) para regular legalmente los cambios que sean considerablemente significativos para modificar los rasgos básicos de la constitución actual.
- 30 — España, Eslovaquia, Chipre, Rumanía y Grecia.
- 31 — El referéndum se celebró en mayo de 2006 y el umbral se logró con solo 2000 votos sobre cerca de medio millón de votos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alber, Elisabeth (2020), *New Caledonia Rejects Once Again Full Independence, but the Die Is Not Yet Entirely Cast*, IACL Blog, 6 d'octubre de 2020. [Disponible en línia](#).
- Baldacchino, Godfrey and Hepburn, Eve (2012), "A different appetite for sovereignty? Independence movements in subnational island jurisdictions", a *Commonwealth and Comparative Politics*, 50 (4), 555-568.
- Belov Martin (Ed.) (per al proper 2021), *Territorial Politics and Secession - Constitutional and International Law Dimensions*, Londres, Palgrave.
- Bieber, Florian (2015), "The Serbia-Kosovo Agreements: An EU Success Story?", a *Review of Central and East European Law*, 40:3-4, 285-319.
- Bihonegn, Tesfa (2015), "Federalization with a Constitutional Guarantee to Secession: Controversies, Paradoxes and Imponderables in Ethiopia", a *Regional & Federal Studies*, 25 (1), 45-70.
- Bílková, Veronika (2016), "Territorial (Se)Cession in Light of Recent Events in Crimea", a *Law, territory and Conflict Resolution*, Matteo Nicolini, Francesco Palermo i Enrico Milano (Eds.), *Law as a Problem and Law as a Solution*, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, 194-218.
- Blokker, Paul Ed. (2018), *Constitutional Acceleration within the European Union and Beyond*, Routledge, Londres.
- Bowring, Bill (2015), "From Empire to Multilateral Player: The Deep Roots of Autonomy in Russia", a *Minority Accommodation through Territorial and Non-Territorial Autonomy*, Tove Malloy i Francesco Palermo (Eds.), Oxford University Press, Oxford, 133-157.

- Bradley, Kieran (2020), "Agreeing to Disagree : The European Union and the United Kingdom after Brexit", a *European Constitutional Law Review*, 16 (2020), 1-38.
- Burdeau, Georges (1985), *Traité de Science Politique, Tome V, Les régimes politiques*, 3a ed., Librairie générale de droit et de jurisprudence, París.
- Castellà Andreu, Josep Maria (2016), "Tribunal constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional", a *Teoría y Realidad Constitucional*, (37), 561-592.
- Castellà Andreu, Josep Maria (2017), "Sobre el encaje constitucional del pretendido referéndum de secesión en Cataluña", a *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, Sáenz Royo, Eva i Garrido López, Carlos Eds., Tirant lo Blanc, Valencia, 129-153.
- Chen, Albert HY i Poiares Maduro, Miguel (2013), "The judiciary and constitutional review", a *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Mark Tushnet, Thomas Fleiner and Cheryl Saunders (Eds.), Routledge, Londres, 97-109.
- Delledonne, Giacomo i Martinico, Giuseppe (Eds.) (2019), *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession*, Londres, Palgrave.
- Devo Plus Group (2012), *A New Union. Third Report of the Devo Plus Group*. [Disponible en línia](#).
- Džankić, Jelena, "The role of the EU in the statehood and democratization of Montenegro", a Keil, Soeren i Arkan, Zeynep (Eds.), *The EU and Member State Building: European Foreign Policy in the Western Balkans*, Londres, Routledge, 83-102.
- Ellis, Andrew (2018), *Research Report "Administration of Referendums". A Comparative*

*Study of Independence Referendums*, Institut Nacional de Recerca, Boroko.

- Elster, Jon (1995), "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process", a *Duke Law Journal* 45(2), 364-396.
- Elster, Jon (2012), "Constitution-making and violence", a *Journal of Legal Analysis* (4), 1, 7-39.
- Ferraiuolo, Gennaro (2016), *Costituzione federalismo secessione. Un itinerario*, ES, Nàpols.
- Fraenkel-Haeberle, Cristina, Kropp, Sabine, Palermo, Francesco i Sommermann, Karl-Peter Eds. (2015), *Citizen Participation in Multi-Level Democracies*, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston.
- Ginsburg, Tom i Versteeg, Mila (2019), "From Catalonia to California: Secession in Constitutional Law", a *Alabama Law Review*, vol. 70:4 [2019], 923-985.
- Habtu, Alem (2005), "Multiethnic Federalism in Ethiopia: A Study of the Secession Clause in the Constitution", a *Publius* 35(2), 313-335.
- Haljan, David (2014), *Constitutionalising Secession*, Hart, Oxford.
- Harzl, Benedikt (2018), *The Law and Politics of Engaging De Facto States: Injecting New Ideas for an Enhanced EU Role*, Center for Transatlantic Relations, Washington D. C.

- Hänni, Peter i Iseli, Tamara, "Territoriale Veränderung im Bundesstaat: Das Beispiel des Kantons Jura", a *Jahrbuch des Föderalismus 2014*, Baden-Baden, Nomos, 2014, 344-361.
- Hayek, Friedrich A. (1960), *The Constitution of Liberty*, Chicago University Press, Chicago.
- Ker-Lindsay, James (2005), *EU Accession and UN Peacemaking in Cyprus*, Palgrave McMillan.
- Kössler, Karl (2018, properament), "Territorial Referendums from a Constitutionalist Perspective: Functions, Justifications and Legal Design", a *Claims for Secession and Federalism. A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, Alberto Lopez Basaguren i Leire Escajedo San Epifanio (Eds.), Springer, Berlín.
- Levrat, Nicolas, Antunes, Sandrina, Tusseau, Guillaume i Williams, Paul (2017), *Catalonia's Legitimate Right to Decide. Paths to Self-Determination*, informe encarregat pel Ministeri d'Afers Exteriors, Relacions Institucionals i Transparència de la Generalitat de Catalunya, Barcelona.
- López-Basaguren, Alberto (2018), "The Secession Issue and Territorial Autonomy in Spain: Bicameralism Revisited", a *Perspectives on Federalism*, vol. 10 (2), E-238-267.
- Mancini, Susanna (2012), "Secession and Self-Determination", a *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 481-500, Michael Rosenfeld i Andrés Sajó (Eds).
- Martinico, Giuseppe (2017), "Identity Conflicts and Secession before Courts: Three Case Studies", a *Revista general de derecho público comparado*, (21), 1-30.
- Martinico, Giuseppe (2017b), "Considerazioni comparatistiche sul referendum alla luce del caso britannico", a *Diritto Pubblico* (2), 429-467.

- Martinico, Giuseppe (2018), *How can Constitutionalism deal with Secession in the Age of Populism? The case of Referendums*. Treballs d'investigació STALS 5. [Disponible en línia](#).
- Martinico, Giuseppe (2019), "Preserving Constitutional Democracy from Populism - The Case of Secession Referendums", a *National Journal of Constitutional Law*, 39:2, 139-157.
- Mendez, Fernando and Germann, Micha (2018), "Contested Sovereignty: Mapping Referendums on Sovereignty over Time and Space", a *Revista britànica de Ciències Polítiques*, 48 (1), 141-165.
- Mendez, Fernando, Mendez, Mario i Triga, Vasilika (2014), *Referendums and the European Union: A Comparative Inquiry*, Cambridge University Press, Cambridge.
- McLean, Janet (2020) "Referendums on Public Policy Questions: The Case of New Zealand" Blog IACL-AIDC (novembre de 2020). [Disponible en línia](#).
- Mitchell, James (2014), *The Scottish Question*, Oxford University Press, Oxford.
- Novic, Elisa and Priya, Urs, "Secession", a *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford.
- Palermo, Francesco i Alber, Elisabeth Eds. (2015), *Federalism as Decision-Making. Changes in Structures, Procedures and Policies*, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston.
- Poggeschi, Giovanni (2018), *La Catalogna: dalla nazione storica alla repubblica immaginaria*, ES, Nàpols.

- Qvortrup, Mads (2014), *Referendums and Ethnic Conflict*, University of Pennsylvania Press, Filadèlfia.
- Regan, Anthony J (2013), "Autonomy and Conflict Resolution in Bougainville, Papua New Guinea", a *Practising Self-Government. A Comparative Study of Autonomous Regions*, Yash Ghai i Sophia Woodman (Eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 412-448.
- Schütze, Robert (2012), *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Şen, İlker Gökhan (2015), *Sovereignty Referendums in International and Constitutional Law*, Springer, Berlín.
- Sunstein, Cass R. (1991), "Constitutionalism and Secession", *University of Chicago Law Review* 58(2), 633-670.
- Tierney, Stephen (2012), *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford University Press, Oxford.
- Tierney, Stephen (2013), "Legal Issues Surrounding the Referendum on Independence for Scotland", a *European Constitutional Law Review*, 9(3), 359-390.
- Toniatti, Roberto, Palermo, Francesco i Dani, Marco (eds.) (2004), *An Ever More Complex Union. The Regional Variable as A Missing Link in the EU Constitution?*, Baden-Baden, Nomos.
- Comissió de Venècia (2014), Opinió sobre «si la decisió del Consell Suprem de la República Autònoma de Crimea a Ucraïna per organitzar un referèndum per convertir-se en un territori constituent de la Federació de Rússia o restaurar la constitució de Crimea del 1992 és compatible amb els principis constitucionals», CDL-AD (2014) 002-e.

- Weinstock, Daniel (2001), "Constitutionalizing the Right to Secede", a *The Journal of Political Philosophy* (9), 2, 182-203.
- Weller, Marc (2008), "Why the Legal Rules on Self-Determination Do Not Resolve Self-Determination Disputes", a *Settling Self-Determination Disputes: Complex Power-Sharing in Theory and Practice*, Marc Weller i Barbara Metzger (Eds.), Brill, Leiden-Boston, 17-46.



### **Francesco Palermo**

Francesco Palermo és professor de Dret Constitucional Comparat a la Universitat de Verona i director de l'Institute for Comparative Federalism (EURAC). Les seves àrees principals de recerca són el Dret Constitucional comparat italià i europeu, el federalisme i el regionalisme, els prolemes de les minories, la integració europea i la transició constitucional de l'Europa central, oriental i del sud-est. Llicenciat en Dret per la Universitat de Trento, és Doctor en Dret Constitucional Comparat per la Universitat d'Innsbruck. Ha escrit diversos articles i publicacions, i és columnista habitual del diari italià *Alto Adige*. És membre del Comitè Científic de l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea i durant el període 2014-2016 va ser president del comitè consultiu del conveni marc per a la protecció de les minories nacionals del Consell d'Europa.