



Fòrum sobre el Dret a Decidir (I)

Dret comparat i context internacional



Generalitat de Catalunya
Departament de Governació
i Relacions Institucionals
Institut d'Estudis Autònoms

FÒRUM SOBRE EL DRET A DECIDIR (I)

FÒRUM SOBRE EL DRET A DECIDIR (I)

Dret comparat i context internacional

**Xavier Solano
Geoff Cowling
Iñigo Urrutia Libarona
Joan Ridao i Martín
Alfonso González Bondia
Patrick Taillon
Jean Leclair**



Generalitat de Catalunya
Departament de Governació
i Relacions Institucionals
Institut d'Estudis Autonòmics

BARCELONA
2014

Biblioteca de Catalunya. Dades CIP:

Fòrum sobre el dret a decidir. 1, Dret comparat i context internacional. – (Col·lecció Institut d'Estudis Autònomic ; 91)

Bibliografia

ISBN 9788439391920

I. Solano i Bello, Xavier II. Institut d'Estudis Autònomic (Catalunya)

III. Col·lecció: Institut d'Estudis Autònomic (Col·lecció) ; 91

1. Independència – Congressos 2. Referèndum – Congressos

3. Creació d'estats – Estudi de casos – Congressos 4. Reconeixement (Dret internacional) – Congressos

323.17(061.3)

La publicació d'aquest llibre no implica cap responsabilitat sobre el seu contingut per part de l'IEA.

Cap part d'aquesta publicació, incloent-hi el disseny de la coberta, no pot ser reproduïda, emmagatzemada ni transmesa de cap manera ni per cap mitjà sense l'autorització del titular del *copyright*.

Fotografia de la coberta: Palau Centelles, Barcelona (segle XVI). Escultura de talla a la mènsula d'una finestra de la façana del carrer Gegants.

© 2014 Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònomic

Primera edició: octubre 2014

ISBN: 978-84-393-9192-0

Dipòsit legal: B 22290-2014

Producció: Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions



Imprès en paper certificat FSC®

SUMARI

PRÒLEG

MERCÉ CORRETJA TORRENS.....	9
-----------------------------	---

Primera sessió: El dret a decidir i el cas britànic

EL DRET A DECIDIR I EL PROCÉS D'AMPLIACIÓ INTERNA A LA UNIÓ EUROPEA. EL CAS BRITÀNIC

XAVIER SOLANO.....	17
--------------------	----

EL DRET A DECIDIR DE CATALUNYA I D'ESCÒCIA. UNA VISIÓ COMPARADA

GEOFF COWLING	23
---------------------	----

Segona sessió: El dret d'autodeterminació i la creació de nous estats en el context internacional

DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN Y CREACIÓN DE NUEVOS ESTADOS EUROPEOS A PARTIR DE LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE KOSOVO

INIGO URRUTIA LIBARONA	29
------------------------------	----

EL PROCÉS DE «JURIDIFICACIÓ» INTERNACIONAL DEL DRET DE SECESSIÓ. DE L'AUTODETERMINACIÓ EXTERNA AL «DRET A DECIDIR» EN BASE ALS PRINCIPIS DEMOCRÀTIC I D'EFFECTIVITAT

JOAN RIDAO I MARTÍN	69
---------------------------	----

Tercera sessió: Nous estats sorgits d'estats membres i les seves relacions amb la Unió Europea

NOUS ESTATS SORGITS D'ESTATS MEMBRES I LES SEVES RELACIONS AMB LA UNIÓ EUROPEA

ALFONSO GONZÁLEZ BONDIA.....	109
------------------------------	-----

**Quarta sessió: Quinze anys de l'Opinió de la Cort
Suprema del Canadà sobre la secessió del Quebec**

GÈNESI I EXERCICI DEL DRET A DECIDIR AL QUEBEC I AL CANADÀ	
PATRICK TAILLON.....	135

EL TERRISSAIRE, L'ARGILA I EL POBLE: REFLEXIONS CRÍTQUES SOBRE EL PAPER DE LA LLEI I DEL PODER EN EL PROCÉS D'INDEPENDÈNCIA DEL QUEBEC	
JEAN LECLAIR.....	183

PRÒLEG

L'any 2013 el dret a decidir ha centrat el debat polític i jurídic a Catalunya. Tot i el seu ampli ús pels actors polítics, per la ciutadania i pels mitjans de comunicació, el concepte del dret a decidir no té, però, uns contorns clars. Se'n discuteix tant el subjecte (qui té dret a decidir) com el contingut: n'hi ha que l'assimilen al dret a l'autodeterminació, una de les versions del qual inclou també el dret de secessió, i n'hi ha que l'entenen només com un dret de sufragi. I també es discuteixen les vies per exercir-lo, tant dins del marc constitucional com fora d'aquest, en el marc del dret internacional.

L'Institut d'Estudis Autonòmics (IEA) no podia quedar al marge d'aquest debat. Des de l'any 1985 en què fou creat, l'IEA ha promogut la recerca i els estudis sobre l'organització territorial dels estats i de les diferents formes d'articulació del poder polític: des dels sistemes regionals als federals, passant pel sistema autonòmic, dedicant sempre, però, una especial atenció a l'autogovern de Catalunya. En aquests moments en què des de Catalunya s'està replantejant el marc de relacions entre Catalunya i Espanya i s'està impulsant un procés de canvi dels marcs jurídics i polítics vigents, l'Institut d'Estudis Autonòmics vol participar-hi activament des de l'àmbit de l'estudi i la divulgació que li és propi.

Per aquest motiu, i amb l'objectiu d'aprofundir i analitzar el concepte del dret a decidir, els seus límits i les vies d'articulació, des d'una triple perspectiva, jurídica, politològica i econòmica, hem posat en marxa un espai de debat que hem titulat Fòrum sobre el Dret a Decidir, en el qual volem reunir tant professors universitaris, de l'àmbit del dret públic i del dret internacional, de les ciències polítiques i de l'economia, com alts funcionaris de la Generalitat, jutges, magistrats, lletrats i lletrades del Parlament de Catalunya, membres del cos d'advocacia de la Generalitat i, en general, els professionals del món jurídic i judicial de Catalunya.

Hem estructurat el Fòrum sobre el Dret a Decidir de l'any 2013 en quatre sessions monogràfiques: el dret a decidir i el cas britànic; el dret d'autodeterminació i la creació de nous estats en el context internacional; nous estats sorgits d'estats membres i les seves relacions amb la Unió Europea; i l'anàlisi del dictamen de la Cort Suprema del Canadà sobre la secessió del

Quebec, atès que l'any 2013 s'han complert quinze anys d'aquell dictamen. En cada una de les sessions hi ha hagut diversos ponents i hem disposat d'un espai obert al debat i a la participació de tots els assistents.

El llibre que ara us oferim és un recull de les principals ponències presentades. Certament, el seu format i contingut és desigual, com ho és també la posició dels seus autors, i així hem volgut que quedi reflectit.

La primera sessió del Fòrum va tractar la qüestió del dret a decidir des de la perspectiva britànica. Com és sabut, el 18 de setembre els escocesos votaran en referèndum si volen o no volen ser independents del Regne Unit. Per tal d'exposar les característiques d'aquest referèndum i el marc legal i constitucional que ha fet possible el pacte entre el Govern del Regne Unit i el Govern escocès vam disposar de tres ponents d'excepció: Xavier Solano, polítleg, exdelegat del Govern de la Generalitat de Catalunya a Londres i, actualment, assessor de l'Scotish National Party al Parlament britànic, Geoff Cowling, excònsol britànic a Barcelona, i profund coneixedor de les circumstàncies polítiques i socials de Catalunya, i Pete Wishart, diputat de l'Scotish National Party al Parlament britànic. En aquest recull, publiquem les dues primeres ponències que, amb la seva brevetat i claredat, reflecteixen molt bé el pragmatisme britànic a l'hora d'abordar i resoldre els problemes territorials i, al mateix temps, mostren una actitud de profund respecte per les decisions democràticament adoptades.

La segona sessió es va dedicar al dret d'autodeterminació des de la perspectiva del dret internacional. En aquest cas, vam disposar de dos professors experts en el tema: Iñigo Urrutia Libarona, de la Universitat del País Basc, i Joan Ridao i Martín, de la Universitat de Barcelona, qui, a més, és exdiputat al Congrés dels Diputats per Esquerra Republicana i, en l'actualitat, membre del Consell de Garanties Estatutàries. La ponència del professor Urrutia es dedica a analitzar especialment l'Opinió consultiva de la Cort Internacional de Justícia sobre Kosovo, posant en relleu que el dret internacional no prohibeix la secessió unilateral ni la impedeix, encara que aquesta es produeixi en contra de l'estat matriu, i analitza els diferents escenaris a què podria donar lloc una declaració unilateral d'independència. El professor Ridao, per la seva banda, tracta sobre el procés de «juridificació» del dret de secessió i la seva evolució, i distingeix entre el dret d'autodeterminació, vinculat a processos de descolonització o de nacions oprimides, i el dret a decidir, que vincula, en canvi, al principi democràtic.

La tercera sessió del Fòrum la vam dedicar a una qüestió molt controvertida: els nous estats sorgits d'estats membres i les seves relacions amb la

Unió Europea, debat per al qual vam tenir dos excel·lents ponents, els professors de dret internacional Andreu Olesti, de la Universitat de Barcelona, i Alfonso González Bondia, de la Universitat Rovira Virgili. La ponència del professor González Bondia, que publiquem en aquest llibre, aborda la qüestió tenint en compte la inexistència d'una normativa internacional que reguli amb caràcter general la successió d'estats pel que fa a la qualitat de membre de les organitzacions internacionals (ja que només hi ha Convenis que regulen determinats aspectes de la successió d'estats), l'existència de normes consuetudinàries diferents (i, per tant, la no existència d'una norma consuetudinària comuna) i les diferents posicions de la doctrina per interpretar l'aplicació d'aquestes normes. Pel que fa a la Unió Europea, els tractats es limiten a preveure el supòsit que un tercer estat vulgui adherir-se a la Unió, però no preveuen el supòsit de creació d'un nou estat a partir d'un estat membre, i subratlla que el Tractat de la Unió Europea podria permetre adoptar una solució política *ad hoc* a través del Consell Europeu. Així mateix, analitza la possibilitat de vet i d'exclusió, i també la pràctica seguida per les organitzacions internacionals o per sistemes federals en supòsits de secessió d'estats o de dissolució d'un estat membre. Finalment, conclou defensant que la resposta de la Unió Europea, tot i no ser automàtica, podria ser positiva des del moment de la constitució del nou estat si es té en compte el compliment del principi democràtic (art. 2 TUE) i el problema jurídic, polític i econòmic que suposaria per als estats membres de la Unió, i per als seus ciutadans i empreses el fet que un territori secessionat quedés automàticament fora de la Unió, tal com també han subratllat David Edward (antic jutge del Tribunal de Justícia de la Unió Europea) i Graham Avery per al cas d'Escòcia. Tanmateix, no descarta altres escenaris, com ara que el Consell Europeu determini deixar el nou estat fora de la Unió durant un temps transitori per motius polítics, o, fins i tot, que la Unió Europea no accepti l'adhesió o l'endarrereixi durant un període de temps indeterminat. Els efectes negatius d'aquesta situació, però, es podrien compensar amb la subscripció d'algun tractat que garantís determinats drets i deures. Finalment, la ponència analitza diferents vies per articular cada un dels escenaris proposats.

En la quarta i última sessió del Fòrum de 2013 vam decidir commemorar els quinze anys del Dictamen consultiu de la Cort Suprema del Canadà amb relació a la secessió del Quebec, que va marcar una fita històrica en l'evolució del dret de secessió i la seva articulació per vies pacífiques i negociades. Recentment, el Tribunal Constitucional espanyol s'hi ha referit, com

veurem, en la Sentència de 25 de març de 2014, en resoldre la impugnació de la Declaració de Sobirania i del dret a decidir del poble de Catalunya del Parlament de Catalunya (Resolució 5/X).

En aquesta darrera sessió, vam convidar dos prestigiosos experts canadencs: el professor de dret Jean Leclair, de la Universitat de Mont-real, i el també professor de dret Patrick Taillon, de la Universitat de Laval. El professor Leclair tracta la qüestió del consentiment necessari per tal d'iniciar o emprendre un procés de secessió: el concepte de poble quebequès, els percentatges necessaris, els requisits i, sobretot, la legalitat (discutida per alguns autors) d'una llei federal que reguli aquestes qüestions i que, en el cas canadenc, és l'anomenada Llei de claredat de l'any 2000. En una posició diferent, el professor Taillon subratlla el valor del referèndum, i, en especial, del referèndum de sobirania, com a instrument d'afirmació nacional per a l'exercici del dret a decidir el futur propi. Comença per exposar l'evolució del dret a decidir en el cas del Quebec i assenyala que el dret al referèndum ha estat imposat *de facto* pels quebequesos mitjançant una pràctica que s'allunya del que estableix el text constitucional canadenc, que no preveu la figura del referèndum sinó únicament la democràcia representativa.

Així, en primer lloc, repassa diverses iniciatives legislatives de les províncies per introduir la democràcia directa i els pronunciaments dels tribunals, que van anar marcant els límits i la naturalesa que havia de tenir el referèndum perquè fos constitucional. També esmenta diversos supòsits de referèndums federals celebrats durant la primera meitat del segle xx i les seves conseqüències jurídiques, i com l'any 1948 es comença a emprar el referèndum per tractar qüestions de sobirania. Diversos pronunciaments judicials de la Cort Suprema del Canadà en els anys noranta reconeixen la constitucionalitat del referèndum, amb caràcter general, i per exercir el dret d'una província a decidir el seu futur en particular. Finalment, l'any 1998 la Cort Suprema del Canadà afirma que si es donen certes condicions, com són la claredat en la pregunta electoral i l'existència d'una majoria clara, són legítims els referèndums sobre la sobirania del Quebec, ja que el dret constitucional canadenc no pot impedir la secessió d'una província. I no només reconeix el dret de la província a convocar un referèndum per alterar la seva posició constitucional, sinó que atribueix a aquest referèndum uns efectes jurídics concrets, perquè considera que els resultats vinculen tots els membres de la federació, als quals s'imposa l'obligació legal de negociar de bona fe els canvis desitjats per la població d'una província que s'hagin expressat a través del referèndum. És a dir, un referèndum sobre

la sobirania comporta una obligació constitucional de negociar. Recordem que el Tribunal Constitucional espanyol fa una remissió expressa a aquest pronunciament en la seva Sentència de 25 de març de 2014, en rebutjar, en primer lloc, la possibilitat d'un referèndum unilateral d'autodeterminació d'una comunitat autònoma i assenyalar a continuació que aquesta conclusió és del mateix tenor que la que va formular el Tribunal Suprem del Canadà en el pronunciament de 20 d'agost de 1998, de manera que obre la porta a una negociació bilateral en el cas de celebració d'un referèndum pactat, tal com va assenyalar l'Informe sobre l'esmentada Sentència que va coordinar l'Institut d'Estudis Autònoms.

En definitiva, amb la publicació d'aquestes ponències volem posar al vostre abast un conjunt de materials que pensem que poden ser de gran interès en aquests moments per tal d'ajudar-nos a reflexionar entorn del dret a decidir i del seu encaix constitucional. Tant el dret internacional com el dret comparat ens ofereixen exemples de flexibilitat i de pragmatisme i donen cabuda a interpretacions favorables a l'exercici del dret a decidir dels ciutadans i ciutadanes de Catalunya que, de forma majoritària, tal com posen en relleu les enquestes, donen suport a la realització d'una consulta.

MERCÈ CORRETJA TORRENS

Cap de l'Àrea de Recerca de l'Institut d'Estudis Autònoms

PRIMERA SESSIÓ

EL DRET A DECIDIR I EL CAS BRITÀNIC

EL DRET A DECIDIR I EL PROCÉS D'AMPLIACIÓ INTERNA A LA UNIÓ EUROPEA. EL CAS BRITÀNIC

XAVIER SOLANO

*Politòleg i assessor polític de l'Scottish National
Party al Parlament britànic*

SUMARI: Introducció històrica. Marc constitucional. El referèndum. La Unió Europea.

Abans de tot, vull expressar el meu agraïment al doctor Carles Viver per haver-me convidat a participar en aquesta conferència, així com a la Mercè Corretja i a l'Anna Jaile per haver-la fet possible.

La part que em toca, que és situar una mica els marcs històric i constitucional, pot semblar un pèl avorrida. Per això hi he preparat una presentació molt breu. Crec que és important explicar una mica el context històric del Regne Unit per entendre en quina situació es troba aquest estat i cap a on va.

Introducció històrica

Potser hauríem de començar temporalment a l'any 1603, que és quan es produeix la unió de les corones escocesa i anglesa. És a dir, el rei Jaume VI d'Escòcia esdevé el rei Jaume I d'Anglaterra. Es tracta d'una unió de corones i no pas d'una unió d'estats, per tant, un mateix rei domina dos territoris, però aquests són absolutament independents políticament. Al cap de cent anys aproximadament, l'any 1707, se signa el tractat d'unió entre Escòcia i Anglaterra; aquest tractat sí que representa el naixement de l'Estat britànic com a ens polític. No obstant això, és important remarcar que tot i que hi ha una unió política on desapareixen els parlaments anglès i escocès i es crea el Parlament britànic, els escocesos i els anglesos mantenen tres poders separats per a les seves nacions respectives: un és tot allò relacionat amb l'església –l'església escocesa és la presbiteriana; l'església anglesa és l'anglicana–; un altre és el sistema educatiu –molt important perquè és el

sistema mitjançant el qual es transmeten els conceptes de nació i d'història de cadascuna de les parts del Regne Unit–, i l'altre és el sistema judicial.

En els darrers tres-cents anys, o, millor dit, en els 292 anys següents, tenen lloc molts fets històrics, com per exemple, l'imperi Britànic, la Revolució Industrial i les guerres mundials. Aquests tres factors són importants perquè promouen la unió entre les diferents parts del Regne Unit. L'imperi perquè representa l'accés a un mercat global, la Revolució Industrial perquè porta el desenvolupament i la riquesa, i les guerres mundials perquè fan que s'adonin que junts poden fer front a enemics comuns.

A partir de la segona meitat del segle xx, però, es produeixen dos esdeveniments importants que juguen el paper contrari; és a dir, afebleixen el concepte d'unió. L'un és l'establiment de la Unió Europea –perquè vol dir que una Escòcia independent podria tenir accés a un mercat global sense haver de passar per Anglaterra–; i l'altre és la descoberta de petroli al mar del Nord. Aquest segon factor és important perquè la major part d'aquest petroli està localitzat en aigües territorials escoceses, la qual cosa fa que les tesis independentistes tinguin més credibilitat a l'hora de defensar un Estat escocès independent viable econòmicament.

El 1979, com a conseqüència d'aquests processos, hi ha una demanda per celebrar un referèndum per decidir si Escòcia ha de tornar a tenir un parlament propi. Aquest referèndum té lloc i hi guanya el sí, però no compleix tots els requisits que va imposar el Govern de Londres i, per tant, no es té en compte. Després d'aquest referèndum, el Govern britànic va estar sota domini conservador durant divuit anys, un govern conservador liderat majoritàriament per Margaret Thatcher i que el poble d'Escòcia no va votar. Durant aquests anys, Escòcia pateix molt com a país i això crea, un altre cop, una demanda molt forta perquè hi hagi un altre referèndum per a la creació d'un parlament escocès. En aquest cas, sí que s'aprova i el 1999 es constitueix el Parlament escocès, gairebé tres-cents anys després de la seva dissolució. A partir de llavors, i després de vuit anys de governs de coalició entre laboristes i liberal-demòcrates, l'any 2007 l'Scottish National Party (SNP) guanya les eleccions amb una diferència d'un sol diputat. Això trenca una mica els esquemes de l'SNP, que volia fer el referèndum per la independència tan aviat com guanyés les eleccions, però que, atès que es troba en minoria parlamentària, no pot tirar endavant aquesta iniciativa. L'any 2011, quatre anys després, torna a haver-hi eleccions i l'SNP, ara sí, guanya amb majoria absoluta. A partir d'aquí, és posa sobre la taula la celebració del referèndum el 2014.

Marc constitucional

Pel que fa al marc constitucional, és impossible explicar-lo tot breument, per tant, em basaré en dos punts molt senzills. L'un és, com ja comença a ser sabut, que no hi ha una constitució escrita al Regne Unit. És a dir, la Constitució britànica està formada per un recull de tractats internacionals, de jurisprudència, d'interpretacions d'experts i, sobretot, per la voluntat del Parlament de Westminster. I l'altre element és que el Parlament britànic és l'única institució britànica que és sobirana de veritat; això vol dir, tal com va expressar lord Hope quan era vicepresident del Tribunal Suprem del Regne Unit, que «el Parlament té el poder de fer el que vulgui i d'això en diem sobirania». I, després, responent a la pregunta si creu que al Regne Unit hagués pogut passar el que va passar a Espanya amb la Sentència del Tribunal Constitucional 31/2010 sobre l'Estatut de Catalunya, va afegir que si el parlament és sobirà mai no es pot dir que una llei és inconstitucional.

Això és important perquè, si tenim en compte aquestes dues premisses –que no hi ha constitució escrita i que el Parlament és sobirà–, la conseqüència és que permet molta flexibilitat, la qual cosa ajuda a gestionar les diferències dins del Regne Unit. I la prova és que el sistema autonòmic escocès és molt diferent del sistema gal·lès i del nord-irlandès, però, alhora, si mirem l'illa de Man, té un règim totalment diferent de la resta; o Anglaterra, per exemple, que no té ni parlament ni govern propis; o les illes del canal de la Mànega, que també tenen un règim molt diferent. És a dir que, en comptes d'aplicar el cafè per a tothom, al Regne Unit més aviat es tracta de fer el cafè com li agrada a cadascú.

És una aproximació molt diferent que també ha permès que no hi hagi problemes pel que fa als principis constitucionals. Fa catorze anys que hi ha un sistema autonòmic i no hi ha un tribunal constitucional. I això és perquè tenen un sistema de mesures que eviten que hi hagi invasions competencials. N'hi ha una, per exemple, anomenada *Sewel motion* (Legislative Consent Motion), que bàsicament consisteix que, si el Parlament britànic vol legislar sobre una matèria escocesa, doncs ha de demanar permís al Parlament d'Escòcia. Llavors el Parlament d'Escòcia decideix si accepta que el Parlament britànic legisli sobre aquella matèria o no.

El referèndum

Pel que fa al dret a decidir, aquest respon a un principi molt bàsic. El Regne Unit es considera a si mateix com una unió de quatre nacions i, per tant, les nacions tenen dret a decidir el seu futur. Per això, els darrers quatre primers ministres britànics reconeixen explícitament el dret dels escocesos a decidir. Margaret Thatcher diu que, com a nació, els escocesos tenen l'indubtable dret d'autodeterminació nacional; en segon lloc, John Major, que va ser primer ministre després de Margaret Thatcher, va afirmar que si els escocesos volen la independència no hi haurà cap anglès que s'interposi en el seu camí. En tercer lloc, Tony Blair, l'any 2007, quan l'SNP ja estava en el Govern, va dir que òbviament els escocesos tenen dret a independitzar-se de la resta del Regne Unit si aquesta és la seva voluntat; i, finalment, David Cameron, l'abril de 2013, va dir que la independència d'Escòcia és un assumpte dels votants escocesos. Òbviament, tots quatre primers ministres sempre han afegit que realment esperaven que els escocesos decidissin romandre dins del Regne Unit.

Això són declaracions, i declaracions de polítics. Per tant, sempre hi ha una mica de dubte si el que diuen s'arribarà a portar a terme, però en aquest cas els polítics britànics sí que mantenen la seva paraula i l'octubre del 2012 se signa l'Acord d'Edimburg, que és l'acord entre el Govern britànic i el Govern escocès que estableix que es pot celebrar un referèndum per a la independència d'Escòcia i que els poders per organitzar la consulta es transferiran al Parlament d'Escòcia, i que defineix les normes i les regles per a la celebració d'aquest referèndum d'independència. I l'últim article del memoràndum, el punt 30, fa referència a una qüestió molt important, i és que els dos governs es comprometen a continuar treballant plegats de manera constructiva sigui quin sigui el resultat del referèndum per al millor interès del poble d'Escòcia i de la resta del Regne Unit. És a dir, que no només s'estableix l'acord per tirar endavant el referèndum, sinó que, a més, es comprometen a col·laborar, seguir treballant, però, sobretot, a reconèixer-ne el resultat.

El Regne Unit entén el referèndum com una eina que es pot utilitzar per tractar temes relacionats amb la sobirania de l'Estat britànic: el 1973, per exemple, ja va tenir lloc un referèndum a Irlanda del Nord on es preguntava si es volia que aquesta nació continués sent part del Regne Unit o si es volia la reunificació amb la República d'Irlanda; el 1998, amb l'Acord de Divendres Sant, els governs britànic i de la República d'Irlanda accep-

ten que, si Irlanda del Nord vol tirar endavant un referèndum, es podrà fer amb l'aprovació dels dos estats implicats –i això està signat per Tony Blair, primer ministre britànic en aquell moment–; el 2002 va tenir lloc el referèndum a Gibraltar, referèndum que el primer ministre britànic ja va reconèixer que ells defensarien i, a més, que en cap moment no s'havien plantejat obrir negociacions amb l'Estat espanyol mentre els gibraltarenys no ho desitgessin; el 2013 va tenir lloc el referèndum de les illes Malvines, en què la població ha votat a favor de seguir formant part del territori britànic; el 2014 està previst el referèndum d'Escòcia, i el 2017 la possibilitat d'un referèndum al Regne Unit per pronunciar-se sobre la pertinença a la Unió Europea.

La Unió Europea

Finalment, vull fer referència també a la qüestió de la Unió Europea i del reconeixement d'una Escòcia independent. Només un parell de coses. La primera és que la gran pregunta tradicionalment ha estat si una Escòcia independent quedaria fora de la Unió Europea o no. Hi ha hagut moltes opinions a favor i d'altres en contra. Jo no em vull estendre en aquest punt perquè no hi ha res escrit en els tractats, no hi ha precedents; només hi ha el cas de Grenlàndia, que el 1982, per la via del referèndum, va decidir marxar de la Unió Europea: van haver-hi tres anys de negociacions amb Brussel·les per poder-la fer efectiva. Per tant, tot són opinions perquè, com que no ha passat mai, no sabem què passaria. El que sí que sabem són unes declaracions que va fer el desembre de 2012 José Manuel Barroso en una entrevista a la BBC en què li van preguntar si una Escòcia independent seria reconeguda a la Unió Europea. Va dir que els nous estats han de demanar ser admesos per esdevenir membres de la Unió Europea.

Per tant, jo diria que ara la qüestió clau no és si Escòcia serà reconeguda o no, sinó si Escòcia seria un nou estat o seria l'estat successor. Aquesta pregunta és interessant perquè una altra vegada tenim diferents versions. D'una banda, tenim l'opinió legal dels professors James Crawford, de la Universitat de Cambridge i Alan Boyle, de la Universitat d'Edimburg. Es tracta d'una opinió legal que el Govern britànic els va demanar. Ells van respondre dient que estaven d'acord amb la posició del Departament d'Afers Exteriors britànic, que deia que, en principi, el Govern Britànic volia que la comunitat internacional reconegués la resta del Regne Unit com a estat

successor i que entenen que la comunitat internacional hauria de reconèixer Escòcia com a nou estat.

Però, d'altra banda, també tenim opinions com la de lord Mackenzie-Stuart, que va ser el setè president del Tribunal de Justícia de la Unió Europea i que afirma que això no té cap sentit. Ell sosté que, de fet, si Escòcia i la resta del Regne Unit esdevenen independents es creen dos estats i que tots dos estats estarien en la mateixa situació legal. És a dir, que si un hagués de demanar l'admissió a la Unió Europea, l'altre també ho hauria de fer, perquè, al cap i a la fi, la independència d'Escòcia s'hauria de reconèixer a través de la dissolució del Tractat de la Unió, el tractat que es va signar el 1707 on es deia que Escòcia i Anglaterra voluntàriament deixaven d'existir per crear el Regne Unit.

El que sí que és interessant és que sembla que els partidaris del sí i els partidaris del no han arribat a un punt de trobada, i que aquest punt de trobada consisteix que, bàsicament –i això ho recull molt bé en una frase Sir David Edward–,¹ al cap i a la fi, això és una posició que s'haurà de negociar i aquestes negociacions no són gaire o gens una qüestió de dret; és a dir, que, al final, tot es resoldrà amb una decisió política.

¹ Sir David Edward, KCMG, QC, PC, FRSE, va ser el jutge britànic del Tribunal de Primera Instància de la UE entre 1989 i 1992, i del Tribunal de Justícia de la UE entre 1992 i 2004. És catedràtic emèrit de la Universitat d'Edimburg, on va ser el catedràtic Salvesen d'Institucions Europees i Director de l'Europa Institute de 1985 a 1989.

EL DRET A DECIDIR DE CATALUNYA I D'ESCÒCIA. UNA VISIÓ COMPARADA

GEOFF COWLING

Excònsol britànic a Barcelona

En primer lloc, vull agrair la invitació i l'oportunitat de participar en aquest debat sobre el dret a decidir.

Segons el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics de les Nacions Unides, el dret a decidir és crucial per a l'autodeterminació dels pobles, és un principi i un dret fonamental que permet democràticament pronunciar-se sobre l'estat polític, econòmic, social i cultural d'un poble. Com sabem, Escòcia tindrà un referèndum el setembre de 2014 sobre la seva independència del Regne Unit. I Catalunya té l'aspiració d'expressar la seva opinió sobre el futur com una nació, però hi ha diferències fonamentals entre Catalunya i Escòcia.

Jo vaig ser aquí, a Barcelona, durant la Diada. Era impossible caminar pels carrers de Barcelona. Estaven bloquejats completament per un milió i mig de catalans que feien onejar senyeres i estelades, i cridaven per la independència. L'impacte en la política va ser enorme, va ser tan important que va canviar la visió dels polítics catalans i va accelerar les eleccions, que no estaven previstes, del 25 de novembre. En altres paraules, el poble català va canviar la política del Govern amb una influència des de baix cap a dalt. A Escòcia, en canvi, hi ha una situació de dalt cap a baix. És la política de l'Scottish National Party (SNP), el partit nacional d'Escòcia, que vol liderar el procés de la independència. Jo no em puc imaginar un milió i mig d'escocesos sortint a Princes Street, a Edimburg, fent onejar la bandera d'Escòcia. Escòcia avui, segons l'últim sondeig, només té entre el 30% i el 35% del poble a favor de la independència; òbviament, aquest suport pot canviar.

Al Regne Unit, la situació constitucional també és molt diferent. Escòcia sempre ha estat una nació reconeguda. El 1707, el Parlament escocès, per assumptes econòmics, va decidir unir-se amb el Parlament anglès i formar el Parlament britànic, situat en el palau de Westminster a Londres, com a parlament únic. Però Escòcia sempre va mantenir la seva pròpia legislació sobre educació i, des de 2004, el Parlament escocès té la seu a Edimburg,

en un edifici dissenyat per l'arquitecte català Enric Miralles. He de dir que Anglaterra com a país no té un parlament independent.

Una diferència notable entre Escòcia i Catalunya és l'actitud de Londres i de Madrid respecte a la celebració del referèndum. Alex Salmond, primer ministre d'Escòcia i cap de l'SNP, que té majoria en el Parlament escocès, podrà convocar un referèndum sobre la independència i el conservador primer ministre del Govern britànic, David Cameron, hi està d'acord. Com és possible? La raó és que el Regne Unit té una Constitució, però sense forma escrita. Aquest fet significa que el Govern britànic té la flexibilitat de resoldre una situació constitucional nova sense seguir les rígides restriccions d'una constitució escrita. Per això, el primer ministre d'Escòcia va poder signar un acord amb el primer ministre del Regne Unit sobre un referèndum sense problemes. Aquest acord ja està aprovat pel Parlament britànic a Westminster. I, com s'ha mencionat, en els últims anys hi ha hagut referèndums a Irlanda del Nord, Gibraltar i a les illes Falkland; i el Govern britànic va ser el primer a reconèixer Kosovo després del referèndum de 2008. El Govern britànic s'ha compromès també a fer un referèndum abans de 2017 sobre la continuació o no de la nostra participació a la Unió Europea. Podem dir que la política d'autodeterminació és part del nostre ADN.

Però la independència no és una etapa fàcil. Tenim una expressió a Anglaterra, o en anglès: «be careful what you wish for», vés amb compte amb el que desitges. Per ser independents, Escòcia i Catalunya han de resoldre molts reptes. En primer lloc, cal persuadir la major part del poble. A Catalunya hi ha molts immigrants d'altres parts d'Espanya, Amèrica Llatina, Àsia, Àfrica, etc. Ells també tindran el dret de votar en una consulta. Cal fer, en la meua opinió, una campanya interna a Catalunya per explicar que una Catalunya independent també és en el seu interès. El segon desafiament per a Catalunya òbviament és la Unió Europea. El president de la Comissió, José Manuel Barroso, ha dit que Escòcia haurà de sol·licitar a la Comissió l'autorització per ser un membre de la Unió com si fos un país nou. En la meua opinió personal, el senyor Barroso no té raó. No hi ha una previsió en els tractats de la Unió Europea per expulsar el poble d'un territori que ara ja està dins de la Unió. No hi ha precedents.

Les negociacions catalanes seran essencials amb tots els països del món, però especialment amb els que formen la Unió Europea, perquè cadascun dels estats membres té un vot, incloent-hi Espanya. És per això que cal demostrar que una Catalunya independent i una Escòcia independent són

un avantatge per a la majoria dels estats de la Unió. Jo crec que el Govern català ha de considerar les seves relacions internacionals i diplomàtiques amb França i Andorra –perquè, si Catalunya fos independent, Andorra no tindria frontera amb Espanya–, amb les comunitats d'Aragó i del País Valencià, i amb el Llenguadoc-Rosselló, a França, també.

Altres temes que haurien de resoldre Escòcia i Catalunya són el de la política sobre immigració; el criteri per obtenir la ciutadania, la protecció de les fronteres i el mar territorial, incloent-hi la pesca; la seguretat, que ara és responsabilitat de les forces armades d'Espanya i del Regne Unit. I els diversos acords amb Espanya i amb Anglaterra sobre l'abastiment d'electricitat i aigua, i en el cas de Catalunya, especialment el riu Ebre. N'hi ha d'altres també: els convenis internacionals comercials i financers, la monarquia, la moneda, el sistema postal, les prestacions socials com ara les pensions o l'atur o l'accés al sistema sanitari, l'educació, el repartiment del deute nacional, els tractes internacionals, etc.

A l'exterior, crec que la proposta d'un referèndum a Catalunya és més o menys coneguda. En la meva opinió, hi ha molta feina a fer. Tot el Govern i les societats civils s'hi han d'implicar. El Govern té una secretaria d'afers exteriors, unes delegacions polítiques a Londres, Nova York, Brussel·les, Berlín i París, delegacions comercials pel món, un sistema propi de cooperació internacional i un consell de diplomàcia pública –DIPLOCAT– establert per la senyora Roser Clavell quan era la viceconsellera d'Afers Exteriors en compliment de l'encàrrec d'establir totes aquestes estructures. Jo crec que el Govern hauria d'organitzar a l'exterior una campanya agressiva i coordinada per orientar els *opinion makers*: els periodistes, les universitats, els polítics, els *lobbies* exteriors, explicar la posició de Catalunya. Catalunya també té un avantatge enorme en el cos consular de Barcelona; Barcelona és la tercera capital que no ho és d'un estat amb més representació consular del món després de Nova York i Hong Kong. Òbviament, el Govern ha de fer ús d'aquest grup que representa les nacions del món per explicar la posició de Catalunya i per complementar les opinions dels ambaixadors que són a Madrid. Jo crec que cal anar i trucar a les portes; si no hi truques, les portes no s'obren. S'ha de sortir a fora i explicar el cas català.

El títol d'aquest seminari és «El dret a decidir»; al Regne Unit, Escòcia té aquest dret. En la meva opinió personal, Catalunya com a nació té el mateix dret també, i té dret a dir sí o no. Per acabar, l'any passat vaig llegir o algú em va dir que l'estat o la pàtria és més important que la democràcia.

Estic d'acord amb aquestes paraules, però en un ordre diferent, jo diria que la democràcia és més important que l'Estat perquè sense la democràcia un Estat pot sobreviure només sota repressió i la repressió no té un lloc en el món d'avui.

SEGONA SESSIÓ

EL DRET D'AUTODETERMINACIÓ I LA CREACIÓ DE NOUS ESTATS EN EL CONTEXT INTERNACIONAL

DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN Y CREACIÓN DE NUEVOS ESTADOS EUROPEOS A PARTIR DE LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE KOSOVO

IÑIGO URRUTIA LIBARONA

Profesor agregado de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco - Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Supone el respeto de la integridad territorial del Estado una prohibición implícita y preventiva ante las declaraciones unilaterales de independencia? 3. Los sujetos no estatales. 4. El enfoque de la respuesta de la Corte Internacional: la cuestión del reconocimiento. 5. Un asunto aparentemente ausente: la cuestión del título jurídico. 6. A modo de conclusión.

1 • Introducción

La cuestión que nos proponemos desarrollar en este trabajo es en qué medida la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 22 de julio de 2010, sobre la Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo¹ supone nuevos paradigmas en la interpretación de ciertos conceptos clásicos de derecho constitucional y de derecho internacional tales como la soberanía e integridad territorial del Estado, el derecho de autodeterminación, la secesión y el derecho al reconocimiento. Asimismo, nos proponemos analizar en qué medida este pronunciamiento puede afectar a los procesos de creación de nuevos estados europeos.

Como se sabe, la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010 analiza la legalidad internacional de una decla-

1 Corte Internacional de Justicia (CIJ), Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo (Advisory Opinion), General List núm. 141, de 22 de julio de 2010; en adelante, Opinión Consultiva sobre Kosovo.

ración unilateral de independencia, planteada como ruptura constitucional respecto del ordenamiento jurídico interno vigente hasta ese momento, y en contra de la voluntad del estado matriz. Tal y como se explicará en este trabajo, el pronunciamiento de la Corte Internacional parece avanzar algunos cambios de enfoque, si bien quizás sería excesivo entender que la Opinión Consultiva objeto de estudio suponga una ruptura o cambio radical de ciertas posiciones tradicionales, lo que exige interpretar el pronunciamiento con cautela. En todo caso, las conclusiones de la Corte presentan interesantes novedades en lo que puede suponer una reinterpretación de las relaciones entre el derecho de autodeterminación, la secesión y el reconocimiento, acomodadas a las necesidades del siglo XXI, que es donde se encuentra, probablemente, la aportación principal de la Opinión Consultiva sobre Kosovo.²

En definitiva, nos proponemos dar cuenta de las novedades que supone la Opinión Consultiva sobre Kosovo en la reinterpretación de categorías jurídicas clásicas de derecho internacional, como el principio de integridad territorial asociado a la soberanía y a la unicidad nacional, y, por un lado, los efectos de este principio sobre las relaciones interestatales –en particular, se analizará su alcance con relación al reconocimiento de las entidades secesionistas por parte de terceros estados– y, por otro lado, se estudiará la proyección interior del principio de integridad territorial del estado, analizando en qué medida quedan vinculados los actores no estatales por el principio de respeto por la territorialidad del estado matriz. En estos aspectos, la Opinión Consultiva sobre Kosovo resulta de especial interés a través de su enfoque más sensible respecto de los derechos humanos, la legitimidad del proceso y el buen gobierno.

Asimismo, nos proponemos analizar la operatividad del título jurídico en los procesos secesionistas. Pese a que esta cuestión no resultó esencial en el asunto de referencia, trataremos de extraer las asunciones explícitas y especialmente las asunciones implícitas de la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre Kosovo.

Un segundo objetivo del trabajo es tratar de proyectar estos nuevos principios sobre la realidad europea, considerando cómo pueden influir en la construcción de nuevos estados en Europa y el papel esperado de diversas organizaciones, principalmente de la UE.

2 Vid. Hilpold, Peter, «The Kosovo Case and International Law: Looking for Applicable Theories», *Chinese Journal of International Law*, vol. 8, núm. 1, 2009, págs. 47-61.

Antes de comenzar el estudio conviene realizar una aclaración previa. La respuesta que tratamos de buscar a la cuestión de la adecuación jurídica (principalmente, en derecho internacional) de los actos de secesión o de las declaraciones unilaterales de independencia³ va a depender de diversos factores. Entre ellos se encuentra el factor temporal. Así, si se nos planteara asesorar jurídicamente a los actores políticos que buscan respuestas jurídicas sobre un eventual futuro pronunciamiento unilateral de independencia, nuestros esfuerzos se centrarían, casi con total seguridad, en analizar el título jurídico. Es decir, desde nuestros esquemas jurídicos clásicos, trataríamos de buscar una respuesta a la cuestión de si existe un derecho a la secesión y bajo qué circunstancias.⁴

3 La secesión sería el proceso a través del cual parte del territorio y de la población de un estado trata de separarse del estado en el que se integra para crear uno nuevo (Crawford, James, «State Practice and International Law In Relation To Secession», *British Yearbook of International Law*, 69 (1), 1998, págs. 85-86; del mismo autor, *The Creation of States in International Law*, Clarendon, Oxford, 2006, 2ª ed. rev., págs. 25-26). De acuerdo con este autor, la secesión se distingue de los procesos consensuados en virtud de los cuales un estado reconoce la independencia de un territorio o de un pueblo; mientras que la secesión es esencialmente un proceso unilateral, el reconocimiento de la independencia o la devolución de poderes supone un proceso bilateral o consensual. Comúnmente la secesión suele iniciarse mediante una declaración unilateral de independencia. Este término suele utilizarse para designar el acto unilateral mediante el cual un grupo declara su voluntad de desvincularse de su estado matriz y de formar un nuevo estado. Pese a su forma declarativa, la declaración unilateral de independencia no es un acto autoejecutivo. La independencia de un estado se establece a través de un proceso en el que la entidad declarada independiente ha de extender su control efectivo sobre el territorio y ser reconocida por terceros estados. La declaración de independencia es un elemento necesario, pero no suficiente para la secesión unilateral. Sobre esta cuestión *vid.* también Kohen, Marcelo G., «Introduction», en Kohen, Marcelo G. (ed.), *Secession: International Law Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, págs. 7-14.

4 Con relación al derecho a la secesión, *vid.* Tomuschat, Christian, «Secession and self-determination» Kohen, Marcelo G. (ed.), *Secession: International Law Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, págs. 23-45; en la misma obra, Dugard, John, y Raic, David, «The role of recognition in the law and practice of secession», págs. 94-117; y también, Zimmermann, Andreas, «Secession and the law of State succession», págs. 208-230; Cassese, Antonio, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*. Cambridge University Press, Cambridge, 1995; Christakis, Theodore, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*. La Documentation Française, París, 1999, págs. 197 ss.; Raic, David, *Statehood and the Law of Self-Determination*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2002, págs. 216 ss.

Ahora bien, si enfocáramos la cuestión desde una perspectiva temporal diferente, es decir, si analizáramos la respuesta jurídica frente a una declaración unilateral de independencia, el análisis y las conclusiones posiblemente serían diferentes. Y es que, por lo menos desde la perspectiva de derecho internacional, y quizás también, aunque de una forma más matizada, desde la perspectiva del derecho europeo, posiblemente no resulte esencial resolver la cuestión de si existe un derecho a la secesión más allá del derecho de autodeterminación,⁵ pudiendo resultar suficiente encontrar una respuesta a si tal declaración es simplemente admisible *ex post facto*. Este enfoque más limitado, como se verá seguidamente, va a resultar esencial en la Opinión Consultiva sobre Kosovo, ya que da pie a entender que, al lado de los derechos, pueden concurrir otras situaciones jurídicas activas, basadas en una legitimación distinta a la que proporciona el derecho de autodeterminación entendido en su sentido más estricto, que pueden hacer que resulten más o menos privilegiados los actos unilaterales de secesión a efectos de su reconocimiento por parte de terceros estados. Situaciones activas que puedan servir de fundamento para entender que un eventual reconocimiento de la entidad secesionista por parte de terceros estados no supone una interferencia en la obligación de derecho internacional de no interferir en los asuntos internos, ni de actuar en contra de la integridad territorial del estado matriz ni de su independencia.⁶ Sólo entendido esto

5 La opinión doctrinal jurídica mayoritaria ha venido entendiendo que no existe un derecho a la secesión unilateral fuera del alcance del derecho de autodeterminación. Por todos, *vid.* Crawford, James, «State practice and International Law in relation to Secession», *cit. supra* nota 3, págs. 87-88. Desde una perspectiva más política o filosófica, Allen Buchanan, entiende que la secesión queda justificada en aquellos casos de abusos extremos por parte de la mayoría contra una minoría concentrada territorialmente. Se trata de la teoría de la justa causa de la secesión; *vid.* Buchanan, Allen, «Democracy and Secession», en Moore, Margaret (ed.), *National Self Determination and Secession*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, págs.103-133. Por otro lado, los defensores de la teoría electiva o de los derechos primarios entienden que la secesión encuentra justificación en los derechos democráticos; así, Nielson y Philpott sostienen que la democracia y la secesión se encuentran unidos intrínsecamente en un plano filosófico, y, en consecuencia, entienden que la secesión es un proceso natural derivado de la autodeterminación. Nielson, Kai, «Liberal Nationalism and Secession», en Moore, Margaret (ed.), *National Self Determination and Secession*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pág. 103-133; y, en la misma obra, Philpott, Daniel, «Self-determination in Practice», págs. 79-102.

6 Precisamente, de acuerdo con la teoría clásica, el derecho internacional siempre favorece la integridad territorial de los estados y, consecuentemente, el gobierno del estado se

así cabe deducir que el reconocimiento por parte de terceros estados de una entidad que declara su independencia en contra de la voluntad del estado matriz no supone una actividad contraria al derecho internacional.

Para centrar adecuadamente el alcance de la Opinión Consultiva sobre Kosovo interesa contextualizar la declaración de independencia que le dio origen.

El 17 de febrero de 2008, los representantes políticos electos de Kosovo aprobaron de forma unilateral su declaración de independencia respecto de Serbia.⁷ La declaración hace explícita mención al contexto en la que ésta se produce, situándola como respuesta frente al fracaso de las negociaciones sobre el estatuto definitivo de Kosovo, y señala que no resultó posible «alcanzar ningún acuerdo sobre un estatuto futuro mutuamente aceptable».⁸ Se trata, por tanto, de un momento y de una declaración de ruptura respecto del marco constitucional, en aquel caso patrocinado por la Organización de las Naciones Unidas (NNUU).

En el momento de aprobarse la declaración, el marco jurídico de aplicación en Kosovo venía regido por la Resolución del Consejo de Seguridad de NNUU n° 1244 (1999),⁹ que, fundamentalmente, preveía dos cosas: por un lado, autorizó la creación de una presencia militar internacional (llamada, posteriormente, KFOR) cuya misión fue la de garantizar la paz y

encontraría legitimado para oponerse a la secesión unilateral de parte de su territorio por todos los medios lícitos que estén a su alcance. Asimismo, siguiendo con la teoría clásica, lo esperable en tales casos por parte de terceros estados es que permanezcan neutrales, en el sentido de que su eventual apoyo al grupo que pretende la secesión se entendería como una injerencia en los asuntos internos o como una violación del principio de respeto por la integridad territorial del estado (*vid. Crawford, James, «State practice and International Law in Relation of Secession», cit. supra* nota 3, pág. 87.). No obstante, en el caso de la independencia de Kosovo, esta metodología clásica no resultó de aplicación, en la medida que los reconocimientos por parte de terceros estados se produjeron pese a la oposición del estado matriz.

7 El texto íntegro de la declaración puede consultarse en lengua inglesa en la siguiente dirección de Internet: http://www.assembly-kosova.org./common/docs/Dek_Pav_e.pdf (última visita, 11 de julio de 2014).

8 Párrafos décimo y undécimo del preámbulo de la Declaración de Independencia de Kosovo, de 17 de febrero de 2008.

9 Resolución del Consejo de Seguridad 1244 (1999), sobre la situación relativa a Kosovo, S/RES/1244 (1999), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4011 sesión, celebrada el 10 de junio de 1999. El texto en lengua castellana es accesible desde la siguiente dirección de Internet: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1244%20\(1999\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1244%20(1999)) (última visita, 11 de julio de 2014).

la desmilitarización;¹⁰ por otro lado, autorizó una presencia civil internacional (la Misión de Administración Provisional de las NNUU en Kosovo llamada UNMIK)¹¹ y estableció el marco para la administración de Kosovo, mediante un sistema transitorio de autonomía y autogobierno.¹² La misión administrativa estaba encabezada por un representante especial del secretario general asistido por cuatro representantes especiales adjuntos, los llamados *cuatro pilares*, que fueron asignados a diferentes organizaciones: la administración civil provisional, a NNUU; los asuntos humanitarios, al ACNUR; el fomento institucional, a la OSCE; y la reconstrucción, a la UE.¹³

El régimen jurídico aplicable se estableció mediante el Reglamento 2001/9 de la UNMIK, de 15 de mayo de 2001, sobre el Marco Constitucional para el Gobierno Autónomo Provisional¹⁴ en que se definieron las

10 Puntos 5, 7 y 9 de la Resolución del Consejo de Seguridad 1244 (1999), *cit. supra* nota 9.

11 El punto 10 de la Resolución del Consejo de Seguridad 1244 (1999), *cit. supra* nota 9, autorizó al secretario general a establecer, con la asistencia de las organizaciones internacionales competentes, una presencia internacional civil en Kosovo a fin de dotar a este territorio de una administración provisional bajo la cual su pueblo pudiera gozar de una autonomía sustancial en la República Federativa de Yugoslavia y la cual se encargara de administrar la transición al tiempo que estableciera y supervisara el desarrollo de instituciones provisionales de gobierno democrático autónomo a fin de crear condiciones propicias para que todos los habitantes de Kosovo pudieran vivir una vida pacífica y normal.

12 En el párrafo 11 de la Resolución 1244 (1999), *cit. supra* nota 9, se describen las principales responsabilidades de la presencia internacional civil en Kosovo, incluyendo: «a) Promover el establecimiento, hasta que se llegue a una solución definitiva, de una autonomía y un autogobierno sustanciales en Kosovo, teniendo plenamente en cuenta el anexo 2 y los acuerdos de Rambouillet (S/1999/648); b) Cumplir funciones administrativas civiles básicas donde y mientras sea necesario; c) Organizar y supervisar el desarrollo de instituciones provisionales para el autogobierno democrático y autónomo hasta que se llegue a una solución política, incluida la celebración de elecciones [...]».

13 *Vid.* «Marco operacional preliminar para la organización general de la presencia civil, que se denominará Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK)» presentado por el secretario general al Consejo de Seguridad el 12 de junio de 1999 (documento de las Naciones Unidas S/1999/672, 12 de junio de 1999, apartado 5).

14 Previamente, el primer representante especial del secretario general promulgó el Reglamento 1999/1 de la UNMIK, cuyo artículo 1.1 establecía que «toda la autoridad legislativa y ejecutiva respecto de Kosovo, incluida la administración del poder judicial, está a cargo de la UNMIK y es ejercida por el Representante Especial del Secretario General». Con arreglo al artículo 3 del Reglamento 1991/1 de la UNMIK, se seguirían aplicando en el territorio de Kosovo las normas que eran aplicables antes del 24 de

responsabilidades relativas a la administración de Kosovo entre el representante especial del secretario general y las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo.¹⁵

En junio de 2005, el secretario general designó a Kai Eide como enviado especial, quien propuso iniciar el proceso relativo al estatuto definitivo.¹⁶ El Consejo de Seguridad se mostró favorable a abrir la fase que proponía el enviado especial¹⁷ y, en noviembre de 2005, se designó a Martti Ahtisaari como nuevo enviado especial para el proceso relativo al estatuto definitivo, quien redactó una propuesta integral de acuerdo sobre el estatuto final. Ese extenso documento concluía que las negociaciones no habían cristalizado en un resultado mutuamente aceptado y proponía la independencia como solución final, supervisada inicialmente por la comunidad internacional.¹⁸ No obstante, tras la recepción de la propuesta integral, el Consejo de Seguridad no fue capaz de alcanzar una decisión sobre el estatuto definitivo de Kosovo.¹⁹

En ese contexto, y tras celebrarse elecciones a la Asamblea de Kosovo y a treinta municipios, se aprobó la declaración de independencia el 17 de febrero de 2008. Una vez aprobada la declaración unilateral de independencia por parte de los representantes electos de Kosovo, Serbia instó la toma de posición de la Asamblea General de NNUU, que, mediante la resolución

marzo de 1999, pero sólo en la medida en que no entraran en conflicto con las normas reconocidas internacionalmente sobre derechos humanos y no discriminación o el cumplimiento del mandato otorgado a la UNMIK con arreglo a la resolución 1244 (1999). La normativa sería posteriormente reformada mediante el Reglamento 1999/24 de la UNMIK, de 12 de diciembre de 1999.

- 15 En cuanto a la función otorgada al representante especial del secretario general, con arreglo al capítulo 12 del Marco Constitucional (Reglamento 2001/9 de la UNMIK, de 15 de mayo de 2001), se estableció que «El ejercicio de las competencias de las instituciones provisionales de gobierno autónomo dentro del presente Marco Constitucional no disminuirán ni afectarán a la autoridad del Representante Especial del Secretario General para garantizar la plena aplicación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, en particular para supervisar las instituciones provisionales de gobierno autónomo, sus oficiales y organismos, y adoptar medidas apropiadas siempre que las acciones de éstas sean incompatibles con la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad o con el presente Marco Constitucional».
- 16 Documento NNUU S/2005/635, de 7 de octubre de 2005.
- 17 Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad, de 24 de octubre de 2005 (Documento NNUU S/PRST/2005/51).
- 18 Documento NNUU S/2007/168, de 26 de marzo de 2007.
- 19 Documento NNUU S/2007/256, de 4 de mayo de 2007.

63/3, requirió una Opinión Consultiva a la Corte Internacional.²⁰ El objetivo pretendido por Serbia era conseguir una decisión de disconformidad de la declaración de independencia con el derecho internacional, con la finalidad de reabrir el proceso de negociación bilateral sobre el futuro de Kosovo.

Antes de proceder al análisis de la Opinión Consultiva sobre Kosovo interesa realizar una última observación. Principalmente desde instancias políticas, se ha tratado de quitar importancia a la Opinión Consultiva sobre Kosovo afirmando que se trata de un caso único o especial. Evidentemente, detrás de este interés se encuentra la idea de privar de valor de precedente a esta resolución de la Corte Internacional de Justicia.²¹

Pues bien, la idea de la singularidad o excepcionalidad del caso de Kosovo no se ve ratificada en la Opinión Consultiva, que no dice en ningún momento que se trate de un caso único ni tampoco dice en que se trate de un caso especial. Por el contrario, las conclusiones a las que llega la Corte Internacional se basan en la aplicación del derecho internacional general,²² que, como sí afirma, es de aplicación universal, por tanto, resulta de aplicación tanto en el caso de Kosovo como en el caso de otros conflictos secesionistas (y esto sin perjuicio de que las situaciones en las que se plantea la secesión son siempre distintas).²³

A este respecto, la situación de hecho que se producía en Kosovo en el momento de la declaración de independencia venía presidida por dos coor-

20 Resolución de la Asamblea General 63/3, de 8 de octubre de 2008 - Solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia respecto de si la declaración unilateral de independencia de Kosovo se ajusta al derecho internacional. Documento NNUU A/RES/63/3.

21 Algunas declaraciones de reconocimiento de Kosovo como estado independiente hacen referencia a su carácter singular. Ilustra esta posición la declaración de la Señora Condoleezza Rice, secretaria de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica, quien diría que «the unusual combination of factors found in the Kosovo situation – including the context of Yugoslavia’s breakup, the history of ethnic cleaning and crimes against civilians in Kosovo, and the extended period of UN administration – are not found elsewhere and therefore makes Kosovo a special case». Statement of Secretary of State, Condoleezza Rice, «US recognizes Kosovo as Independent State», US Department of State Press Statement No. 2008/17, 18 de febrero de 2008.

22 Opinión Consultiva sobre Kosovo (*cit. supra* nota 1), apartado 79.

23 Se comparte la opinión de Hannum, Hurst, «The Advisory Opinion on Kosovo: An Opportunity Lost, or a Poisoned Chalice Refused?», *Leiden Journal of International Law*, n° 24, 2011, pág. 159; y Corten, Olivier, «Territorial Integrity Narrowly Interpreted: Reasserting the Classical Inter-State Paradigm of International Law», *Leiden Journal of International Law*, n° 24, 2011, pág. 93.

denadas generales: un régimen jurídico supervisado por NNUU, que sería modificado de forma unilateral, y la imposibilidad de alcanzar un acuerdo entre las partes sobre el estatus final. En un orden jurídico consensual, como lo es de forma importante el derecho internacional, las soluciones sui géneris, es decir, aquellas soluciones buscadas al margen de las expresadas por la norma general, sólo pueden tener lugar cuando los agentes a los que concierne se muestran de acuerdo en excluir la norma general y aplicar una solución especial. Este no es el caso de Kosovo, donde la falta de acuerdo del estado matriz haría imposible aplicar una regla especial o excepcionar la norma general, pese a que un grupo de estados se mostrara favorable a ello. Es decir, desde una perspectiva jurídica, la voluntad de un grupo de estados de tratar el caso de Kosovo como un caso especial no tendría viabilidad ante la oposición de un número de estados (incluido el estado matriz) que se mostraran disconformes a tratar a Kosovo como un caso singular.²⁴

2 · ¿Supone el respeto de la integridad territorial del Estado una prohibición implícita y preventiva ante las declaraciones unilaterales de independencia?

Por analogía, utilizando esquemas de derecho público asociados al concepto de soberanía, ciertas cuestiones que afectan al derecho internacional han venido siendo entendidas como prescriptivas. Ese es el caso de la garantía de la integridad territorial de los estados, entendiendo que incluye una prohibición implícita de las declaraciones unilaterales de independencia.²⁵ El principio de integridad territorial se ha configurado como uno de los

24 Vid. Müllerson, Rein, «Precedents in the Mountains: On the Parallels and Uniqueness of the Cases of Kosovo, South Ossetia and Abkhazia», *Chinese Journal of International Law*, nº 8 (1), 2009, pág. 5; Jovanovic, Miodrag A., «Is Kosovo and Metohija Indeed a Unique Case?», en Summers, James (ed.), *Kosovo: A precedent? The Declaration of Independence, the Advisory Opinion and Implications for Statehood, Self-Determination and Minority Rights*, Martinus Nijhoff, 2011, pág. 373.

25 Vid. Orakhelashvili, Alexander, «Statehood, Recognition and the United Nations System: A Unilateral Declaration of Independence in Kosovo», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 12, 2008, pág. 8, donde afirma que, en la medida que se aplique el principio de integridad territorial, la secesión resultaría prohibida sin el previo consentimiento del estado matriz. El autor opina que sólo entendido así cabe salvar la incoherencia que supone que el ordenamiento internacional garantice la integridad territorial y, a la vez, no prohíba la secesión.

pilares del sistema de la Carta de Naciones Unidas y del orden político internacional establecido tras la Segunda Guerra Mundial. En ese contexto, la integridad territorial se ha convertido en uno de los principales obstáculos que han de superar las entidades en su camino a la estatalidad. Se trataría de una suerte de prohibición preventiva asociada al principio de integridad territorial, que exigiría un título suficiente a aquellas actividades que lo pongan en riesgo, como sería el caso de las declaraciones de independencia.²⁶ Sin título jurídico suficiente, la integridad territorial se impondría sobre los actos de secesión.

Esa fue la posición mantenida por la delegación Serbia en el proceso ante la Corte Internacional de Justicia en el asunto de Kosovo, argumentando que el derecho internacional garantiza el respeto de la integridad territorial del estado como derivado del reconocimiento de una única soberanía y de la igualdad entre estados.²⁷ Este enfoque del principio de integridad territorial, que abarcaría el carácter impeditivo del derecho internacional frente a actos de secesión interna, se entendía como esencial en el contexto de la estabilidad y predictibilidad del orden jurídico internacional. Como base jurídica de la argumentación se alegaba la asunción del principio de territorialidad en varios textos de derecho internacional, con cita del artículo 2, párrafo 4 de la Carta de Naciones Unidas,²⁸ para concluir que en derecho internacional contemporáneo existen pocos principios tan firmemente asentados como el de integridad territorial que exige la garantía de la estructura territorial y de la configuración del estado, con lo que las declaraciones unilaterales de independencia, al afectar a la

26 *Vid.* Crawford, James, *The Creation of States in International Law*, Clarendon, Oxford, 2ª ed., pág. 403; Crawford, James «State practice and International Law in Relation of Secession», *cit. supra* nota 3, pág. 86.

27 Serbia, CR 2009/24, audiencia del 1 de diciembre de 2009, apartados 4 a 6, págs. 63-65.

28 *Vid.* también la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, sobre Colonias; la Resolución 2625 (XXV), relativa a los principios de derecho internacional; la definición de agresión en la Resolución 3314 (XXIV) de la Asamblea General y en la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas en su Resolución 55/2, Documento Final de la Cumbre Mundial; la Resolución 60/1 de la Asamblea General, apartado 5. Además, el Acta Final de Helsinki de 1975; la Carta de la Commonwealth sobre la Comunidad de Estados Independientes de 1992; y la Carta de la Organización de Estados Americanos, reformada en 1967, 1985, 1992 y 1993. *Vid.* la declaración escrita de Serbia, apartado 440 y siguientes.

integridad territorial, se considerarían contrarias a aquel derecho.²⁹ Esta posición también era la sostenida por Rusia, China y España.³⁰

La posición contraria fue defendida, entre otros participantes en el proceso, por Estados Unidos de Norteamérica, que entendía que una declaración unilateral de independencia no supone una violación del principio general de integridad territorial, en la medida que este principio opera en un plano concreto y específico. De acuerdo con esta segunda línea interpretativa, el principio básico de integridad territorial exhorta a los estados a respetar la integridad territorial de otros estados, sin embargo, no regula la conducta interna de los grupos dentro de los estados, ni excluye la secesión de tales grupos ni las declaraciones de independencia.³¹ Esta visión resultaba acorde con una cualificada opinión doctrinal, como la expresada por Georges Abi-Saab,³² quien afirma lo erróneo de sostener que la secesión viola el principio de la integridad territorial del estado, ya que este principio se aplica sólo en las relaciones internacionales, es decir, con relación a los estados a los que les es exigido respetar tal integridad y, en consecuencia, les es prohibido invadir el territorio de otros estados. En definitiva, la

29 «[...] few principles in present-day international law have been so firmly established as that of territorial integrity which requires that the very territorial structure and configuration of a State be respected. In addition to constituting one of the key elements in the concept of sovereign equality, territorial integrity has been seen as essential in the context of the stability and predictability of the international legal system as a whole», Serbia, CR 2009/24, audiencia de 1 de diciembre de 2009, apartado 4, pág. 63.

30 Rusia, CR 2009/30, audiencia de 8 de diciembre de 2009, apartados 5-7, pág. 41, y apartado 34: «[...] the duty to respect sovereignty and territorial integrity exists independently from resolution 1244. It is a legal obligation stemming from peremptory norms of international law. Those norms are binding not only upon Member States, but upon all subjects of international law». *Vid.* también España, CR 2009/30, audiencia de 8 de diciembre de 2009, apartado 31 pág. 16; China, CR 2009/29 30, audiencia de 7 de diciembre de 2009, apartado 15, pág. 33

31 *Vid.* Estados Unidos de Norteamérica (Mr. Harold Hongju Koh), CR 2009/30, audiencia de 8 de diciembre de 2009, apartado 20, pág. 30, en que dice «For that basic principle calls upon States to respect the territorial integrity of other States. But it does not regulate the internal conduct of groups within States, or preclude such internal groups from seceding or declaring independence».

32 *Vid.* Abi-Saab, Georges, «Conclusion», en Kohen, Marcelo (ed.), *Secession: International Law Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge y Nueva York, 2006, pág. 474, donde dice: «It would be erroneous to say that secession violates the principle of territorial integrity of the State, since this principle applies only in international relations, i.e. against other States that are required to respect that integrity and not encroach on the territory of their neighbours; it does not apply within the State».

integridad territorial garantizada por el derecho internacional resultaría inaplicable ante declaraciones producidas en el interior de los estados.

La Carta de NNUU contiene una única referencia a la integridad territorial en su artículo 2, párrafo 4, en un contexto de prohibición de uso de la fuerza.³³ La Carta no afecta directamente a los individuos ni a los pueblos, sino a las relaciones entre estados. En todo caso, guarda silencio respecto a la integridad territorial frente a las declaraciones de independencia que no quedarían afectadas por el precepto, especialmente si tales declaraciones se realizan sin mediar el uso de la fuerza.

La Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, aprobada mediante la Resolución 2625(XXV) de la Asamblea General de 24 de octubre de 1970³⁴ también se refiere a la integridad territorial del estado. Este texto se refiere con mayor amplitud que el anteriormente citado al principio de integridad territorial al establecer que «todo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país».³⁵ En este caso, la garantía de la integridad territorial del estado no se anuda al uso de la fuerza, como dispone la Carta,

33 Carta de las Naciones Unidas, artículo 2.4, que dispone que: «Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas». La garantía de la integridad territorial se refiere a las relaciones interestatales.

34 Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración relativa a los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo quinto período de sesiones, Suplemento nº 10 (A/8010/Rev. 1) Doc. NNUU A/RES/2625 (24 de octubre de 1970) (en adelante, Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional).

35 Párrafo relativo a «El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos» de la Resolución 2625(XXV) *cit. supra* nota 34. Entre los elementos que, de acuerdo con la Resolución, conforman la igualdad soberana entre estados (párrafo relativo al principio de la igualdad soberana de los estados), se dice, asimismo, que la integridad territorial y la independencia política del estado son inviolables. La Resolución 2625(XXV), por otra parte, también contiene una referencia a la integridad territorial de los estados con relación a la abstención del uso de la violencia o de la amenaza de su uso en un contexto de relaciones interestatales (*vid.* párrafo relativo al principio «los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política

si bien su ámbito se mantiene estrictamente circunscrito a las relaciones entre estados.

En la Opinión Consultiva sobre Kosovo, la Corte Internacional, tras destacar la trascendencia del principio de integridad territorial de los estados,³⁶ interpretó su alcance subjetivo sobre la base de tres documentos: la Carta de las Naciones Unidas (artículo 2, párrafo 4), la Resolución 2625(XXV) de 24 de octubre de 1970 de la Asamblea General, que contiene la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional, ya citada, y el Acta Final de la Conferencia de Helsinki sobre Seguridad y Cooperación en Europa de 1 de agosto de 1975,³⁷ para concluir que «el alcance del principio de integridad territorial se circunscribe al ámbito de las relaciones entre Estados».³⁸

La conclusión sería que el respeto de la integridad territorial del estado es un principio garantizado por varias normas de derecho internacional, entendiéndose también como derecho consuetudinario,³⁹ que prohíbe la interferencia de unos estados sobre la jurisdicción interna de otros.⁴⁰ El principio de integridad territorial opera en un plano concreto, y con relación a concretos sujetos —los estados—, pero no afecta a la actuación de los grupos o de las entidades dentro de éstos, ni limita las declaraciones de independencia ni la secesión de entidades subestatales. La idea de que el principio de integridad territorial supone una prohibición absoluta para la secesión ha resultado desechada.⁴¹

de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas»).

36 Afirmando que «la Corte recuerda que el principio de integridad territorial es un elemento importante del ordenamiento jurídico internacional y está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, en particular en el Artículo 2, párrafo 4» (Opinión Consultiva sobre Kosovo, *cit. supra* nota 1, apartado 80).

37 El epígrafe IV del Acta Final de Helsinki se refiere, en particular, a la integridad territorial de los estados y dispone que «los Estados participantes respetarán la integridad territorial de cada uno de los Estados participantes. Por consiguiente, se abstendrán de toda acción incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, contra la integridad territorial, la independencia política o la unidad de cualquier Estado participante, y en particular de cualquier acción semejante que constituya una amenaza o uso de la fuerza» (epígrafe IV).

38 Opinión Consultiva sobre Kosovo, *cit. supra* nota 1, apartado 80 *in fine*.

39 Opinión Consultiva sobre Kosovo, *cit. supra* nota 1, apartado 80.

40 *Vid.* Shaw, Malcolm Nathan, *International law*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, pág. 443 ss.

41 En ese sentido, *vid.* Orakhelashvili, Alexander, «Statehood, Recognition and the United Nations System: A Unilateral Declaration of Independence in Kosovo», *cit. supra* nota 25, pág. 13.

Una primera cuestión que surge de esa interpretación de la Corte es la omisión de la referencia contenida en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional (Resolución 2625 [XXV] de 24 de octubre de 1970 de la Asamblea General) que relaciona el principio de integridad territorial de los estados y el derecho de autodeterminación. De acuerdo con la Declaración, «ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes [referidos al derecho de autodeterminación] se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color».⁴²

En la medida que el derecho de autodeterminación se reconoce a los pueblos y no a los estados, cabría entender que el respeto por la integridad territorial también afecta los primeros y no sólo a los estados.⁴³ No obstante, la Corte Internacional de Justicia no lo entendió así y circunscribió su alcance a las relaciones interestatales. La lectura que cabe extraer de esta interpretación restrictiva es que, efectivamente, de acuerdo con la Declaración sobre Principios de Derecho Internacional, la operatividad ordinaria del derecho de autodeterminación fuera de los casos de descolonización resultaría fundamentalmente interna.⁴⁴ Es decir, el derecho de autodeterminación, salvo excepciones, ha de ejercerse dentro del marco estatal.⁴⁵ No obstante, también ha de considerarse que en la segunda mitad

42 Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional, *cit. supra* nota 34, apartado 124.

43 Sobre esta cuestión, *vid.* la opinión de Vidmar, Jure, «The Kosovo Advisory Opinion Scrutinized», *Leiden Journal of International Law*, vol. 24 (2), 2011, págs. 355-383; también, del mismo autor, «Territorial Integrity and the Law of Statehood», *George Washington International Law Review*, vol. 44, 2012, pág. 112.

44 *Inter alia*, Cassese, Antonio, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, *cit. supra* nota 4, pág. 120; Castellino, Joshua, *International law and Self-Determination*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2000; Christakis, Theodore, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, *cit. supra* nota 4, págs. 35 ss.

45 En este sentido, también se pronunció la Corte Suprema de Canadá en su Opinión relativa a la Secesión de Quebec, al afirmar que el derecho de autodeterminación se ha de ejercer normalmente dentro del marco interno (*Reference re: Secession of Quebec* [1998] 2 SCR 217, apartado 126 [Canadá]).

del siglo xx, el derecho internacional en materia de libre determinación ha evolucionado hasta dar lugar a un derecho a la independencia de los pueblos de los territorios no autónomos y de los pueblos sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras.⁴⁶ En todo caso, las declaraciones de independencia y los actos de secesión pueden encontrar fundamento en otro tipo de legitimaciones aparte del derecho de autodeterminación y la estatalidad puede surgir, así, de un número suficiente de reconocimientos.⁴⁷ La Corte Internacional pone en cuestión la doctrina según la cual sólo en los casos en que se haría valer el derecho de autodeterminación externa cabría excepcionar la prohibición implícita derivada de la integridad territorial. Por otra parte, la Corte tampoco asume que el caso de Kosovo se trate del ejercicio del derecho de autodeterminación.

Con relación a esta cuestión, interesa destacar que la Corte Internacional en la Opinión Consultiva sobre Kosovo hace explícita referencia al hecho del surgimiento de estatalidades tras declaraciones unilaterales de independencia.⁴⁸ De acuerdo con la Corte Internacional, en algunos casos, tales estatalidades han surgido como consecuencia del ejercicio del derecho internacional de libre determinación, pero en otros casos han surgido de forma ajena a este derecho. Con relación a este último caso, la Corte Internacional concluye que la práctica de los Estados «no revela la aparición en el Derecho Internacional de una nueva norma que prohíba la adopción de una declaración de independencia en tales casos».⁴⁹

La lectura sería que los Estados surgidos al margen de la aplicación del derecho de autodeterminación no se consideran contrarios al derecho internacional por el hecho de que su independencia fuera declarada en contra de la reivindicación de la integridad territorial de sus respectivos Estados matrices. Efectivamente, en los casos de colisión entre el principio

46 *Vid. Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudafrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, opinión consultiva, ICJ Reports, 1971, págs. 31 y 32, apartados 52 y 53; *Timor Oriental (Portugal contra Australia)*, fallo, ICJ Reports 1995, pág. 102, apartado 29; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva, ICJ Reports 2004 (I), págs. 171 y 172, apartado 88.

47 *Vid. Weller, Marc*, «Modesty Can Be a Virtue: Judicial Economy in the ICJ Kosovo Opinion», *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, 2011, págs. 127-129.

48 Opinión Consultiva sobre Kosovo, *cit. supra* nota 1, apartado 79.

49 Opinión Consultiva sobre Kosovo, *cit. supra* nota 1, apartado 79 *in fine*.

de integridad territorial y las declaraciones de independencia, la práctica muestra que las alegaciones relativas al carácter impeditivo del principio de integridad territorial frente a actos de secesión suelen resultar ignoradas, como ocurrió con la independencia de Bangladesh (de Pakistán), Singapur (de Malasia) y Belice pese a la reivindicación explícita de Guatemala sobre la garantía de su integridad territorial.

La interpretación de la Corte Internacional se fundamenta en el criterio de que el derecho internacional resulta neutral con relación a la secesión. Interesa destacar que la Corte Internacional desechó la existencia de una pretendida prohibición implícita derivada del principio de territorialidad. Es decir, sobre la base del carácter estrictamente interestatal del principio de integridad territorial, la Corte Internacional confirmó la tesis de la neutralidad, y ello de forma independiente del título jurídico empleado.⁵⁰ Las declaraciones de independencia en aquellos casos en que no se aplica el derecho de libre determinación externa en su sentido más clásico, y unánimemente aceptado, no son oponibles sobre la base del principio de territorialidad estatal tal y como la doctrina más clásica ha venido entendiendo.⁵¹

La Corte se muestra contraria a aceptar una interpretación que prohibiría las declaraciones de independencia realizadas al margen del derecho de autodeterminación, como podría ser el caso de Kosovo. Desde la perspectiva del principio de la integridad territorial del Estado, que se haga, o no, valer el derecho de autodeterminación no resulta relevante en las declaraciones de independencia de las entidades subestatales, ni en los actos de secesión,⁵² aunque, como veremos, sí que lo tendrá a efectos de reconocimiento, que es donde se encuentra la cuestión clave.

Hemos dicho que la garantía de la territorialidad del estado tiene efectos en materia de relaciones interestatales, ahora bien, también puede producir efectos indirectos internos. Podríamos pensar en el apoyo de un tercer estado a los movimientos secesionistas, o también en el caso de movimientos

50 Vid. Corten, Oliver, «Territorial Integrity Narrowly Interpreted: Reasserting the Classical Inter-State Paradigm of International Law», *cit. supra* nota 23, pág. 89.

51 Vid. Crawford, James, «State Practice and International Law in Relation to Secession», *cit. supra* nota 3, pág. 86.

52 Vid. Peters, Anne, «Does Kosovo Lie in the *Lotus*-Land of Freedom?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, 2011, pág. 96, donde hace hincapié en que la cuestión que afrontó la Corte Internacional era un acto de secesión (reconocido por parte de la comunidad internacional en aquel momento) y no una mera declaración formal de independencia.

secesionistas que utilizan métodos prohibidos por el derecho internacional (como sería la utilización de la violencia).⁵³ En tales casos, la integridad territorial actuaría como límite frente a los eventuales actos de reconocimiento del nuevo estado surgido de forma ilícita.

La secesión unilateral no se considera un acto prohibido por el derecho internacional general. La prohibición, en todo caso, se dirigiría a los estados a la hora de reconocer a las nuevas entidades surgidas mediante circunstancias contrarias al derecho internacional (uso ilegal de la fuerza, violación de acuerdos o tratados internacionales, violaciones de derechos humanos, etc.).

3 · Los sujetos no estatales

Otra de las cuestiones sobre las que interesa reflexionar es si los recientes desarrollos de derecho internacional, cada vez más preocupados por los sujetos no estatales, suponen prohibiciones emergentes para las declaraciones de independencia.

Principalmente a partir de los atentados de Nueva York y de Washington de 2001, se han buscado nuevos títulos que legitimen las intervenciones internacionales sobre sujetos no estatales, principalmente vinculados con el uso de la violencia o con la amenaza de su uso.⁵⁴ La concepción clásica de la neutralidad jurídica del derecho internacional con relación a la secesión se ha puesto en tela de juicio por parte de quienes entienden que la amenaza

53 Como excepción, una declaración de independencia puede ser considerada, en ciertas situaciones, especialmente en los casos de agresiones externas, ilegal y crear una situación contraria a derecho internacional. *Vid.* Christakis, Theodore, «The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Has International Law Something to Say about Secession?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, 2011, pág. 82. *Vid.* también, del mismo autor, «L'obligation de non-reconnaissance des situations créées par le recours illicite à la force ou d'autres actes enfreignant des règles fondamentales», en Tomuschat, Ch., y Thouvenin, J. M. (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* Martinus Nijhoff, 2005, pág. 134.

54 *Vid.* Corten, Oliver, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, Hart Publishing, 2012, *in toto*; Franck, Thomas M., «Terrorism and the Right of Self-defense», *The American Journal of International Law*, vol. 95 (4), 2001, pág. 840; Tams, Christian J., «Swimming with the Tide or Seeking to Stem It? Recent ICJ Rulings on the Law on Self-Defense», *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 18 (2), 2005, pág. 275.

que representan los grupos terroristas, o de otro tipo, debiera conducir a una extensión de la norma que prohíbe el uso de la fuerza a las entidades no estatales. Sobre estas nuevas bases, se entendería que las entidades subestatales estarían obligadas a respetar los mismos principios que han de respetar los estados, entre ellos, la garantía de la soberanía e integridad territorial. Desde esta perspectiva, actuar contra la integridad territorial también por parte de entidades no estatales se entendería como una actuación contraria al derecho internacional.

En el procedimiento, algunos intervinientes alegaron que el principio de integridad territorial se ha aplicado recientemente en varios conflictos secesionistas, como los de Georgia / Abjazia y Osetia del Sur, Azerbaiyán / Nagorno Karabaj... y también se puso de manifiesto que el Consejo de Seguridad ha aprobado varias resoluciones que condenan determinadas declaraciones de independencia (Resoluciones 216 [1965]⁵⁵ y 217 [1965]⁵⁶ relativas a Rhodesia del Sur; la Resolución 541 [1983] relativa a Chipre septentrional,⁵⁷ y la Resolución 787 [1992] relativa a la República Srpska,⁵⁸ entre otras).

Tal y como la Corte Internacional aclara en su Opinión Consultiva sobre Kosovo, en todos esos casos, la ilegalidad de las declaraciones de independencia no se ha derivado de su carácter unilateral, sino del hecho que iban acompañadas de un uso ilícito de la fuerza o de otras infracciones graves de normas de derecho internacional imperativo.⁵⁹ No cabe entender de las resoluciones del Consejo de Seguridad ninguna prohibición general de las declaraciones unilaterales. De hecho, aunque la Corte Internacional

55 Resolución 216 (1965) del Consejo de Seguridad, de 12 de noviembre de 1965, que decide condenar la declaración unilateral de independencia proclamada por una minoría racista de Rhodesia del Sur; y decide pedir encarecidamente a todos los Estados que no reconozcan este régimen de una minoría racista de Rhodesia del Sur y que se abstengan de prestar asistencia a este régimen ilegal.

56 Resolución 217 (1965) del Consejo de Seguridad, de 20 de noviembre de 1965, que exhorta al Gobierno del Reino Unido a que tome todas las medidas apropiadas que resulten eficaces para eliminar la autoridad de los usurpadores y poner fin inmediatamente al régimen de la minoría de Rhodesia del Sur.

57 Resolución 541 (1983) del Consejo de Seguridad, de 18 de noviembre de 1983, que (1) deplora la declaración de las autoridades turcochipriotas de la pretendida secesión de parte de la república de Chipre (...) y (6) exhorta a todos los Estados a que respeten la soberanía, la independencia y la integridad territorial y el carácter no alineado de la República de Chipre.

58 Resolución 787 (1992) del Consejo de Seguridad, de 16 de noviembre de 1992 (Doc. NNUU S/RES/787 1992).

59 Opinión Consultiva sobre Kosovo, *cit. supra* nota 1, apartado 81.

no lo cite, existen declaraciones de independencia a las que el Consejo de Seguridad ha dado su aprobación implícita, como es el caso de Timor Oriental.⁶⁰ Ello muestra que el Consejo de Seguridad no considera que exista una contradicción entre el principio de territorialidad y los procesos dirigidos a la independencia.

Las declaraciones de independencia realizadas mediante el uso de la violencia o la amenaza de utilizarla se entienden contrarias al derecho internacional. La consecuencia de tal situación antijurídica se plantearía en términos de responsabilidad internacional, haciendo surgir la obligación de no reconocer una situación creada violando el derecho internacional.⁶¹

En definitiva, si bien la garantía de la territorialidad del estado es una garantía que vincula a los estados, el uso de la fuerza o la amenaza de su uso supone una obligación de carácter imperativo general y, por esa razón, también aplicable a las entidades subestatales.⁶² Evidentemente, la garantía del no uso de la violencia y la prohibición de la amenaza de su uso se aplicará, por las mismas razones, a los estados dentro de los que se produzcan movimientos secesionistas.⁶³

Se ha alegado, asimismo, la circunstancia de que en varios convenios internacionales constan prescripciones dirigidas a entidades subestatales relativas al respeto por la integridad territorial de sus correspondientes estados, como el artículo 5 de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias,⁶⁴ el preámbulo del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales,⁶⁵ o el artículo 46 de la Declaración Internacional

60 Resolución 1272 (1999) del Consejo de Seguridad, de 25 de octubre de 1999, sobre el establecimiento de la Administración de Transición de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNTAET) (Doc. NNUU S/RES/1272 1999).

61 *Vid.* Christakis, Theodore, «The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Has International Law Something to Say about Secession?», *cit. supra* nota 53, pág. 82.

62 *Vid.* CIJ, Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, de 9 de julio de 2004, apartado 131. Y en la Opinión Consultiva sobre actividades armadas en el territorio de Congo, de 2005, apartados 146-147.

63 *Vid.* Peters, Anne, «Does Kosovo Lie in the *Lotus*-Land of Freedom?», *cit. supra* nota 52, pág. 106.

64 Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias –número 158 del Consejo de Europa–, hecha en Estrasburgo el 5 de noviembre de 1992.

65 Se refiere a la protección efectiva de las minorías nacionales y de los derechos y libertades de las personas pertenecientes a dichas minorías, dentro del imperio de la ley y del respeto hacia la integridad territorial y la soberanía nacional de los estados...

de los Derechos de los Pueblos Indígenas,⁶⁶ sugiriendo que ello evidencia la vinculación entre el derecho internacional y las entidades no estatales en el ámbito regional europeo.⁶⁷ La cuestión que surge a continuación es si tales estándares pueden llegar a suponer una prohibición para las entidades subestatales de declarar eventualmente su independencia y realizar actos de secesión.

Entendemos que el respeto por la integridad territorial del estado no puede entenderse de forma ajena al objeto de esas normas. El alcance de tales prescripciones se limita a interpretar el ámbito de los derechos reconocidos en esos convenios internacionales, aclarando que tales instrumentos no abarcan el derecho de autodeterminación externa. El respeto por la integridad territorial no se establece como obligación de carácter general, ni podría serlo así, ya que, por un lado, se trata de normas dirigidas a sujetos a los que tal normativa no reconoce personalidad jurídica alguna (como sería el caso de los hablantes de las lenguas regionales o minoritarias) y, por otro, una eventual declaración de independencia no se realizaría sobre la base de los documentos citados. Se trata de prescripciones cuyo alcance ha de limitarse a informar el ámbito de los convenios que las contienen. En todo caso, afirmar que las entidades no estatales se encuentran sometidas a la obligación de derecho internacional de garantizar la integridad territorial del Estado y no entender bajo la misma óptica que tales entidades se beneficiarían del principio de no intervención, supondría una interpretación selectiva.

Puede decirse que a partir de la opinión consultiva sobre Kosovo el principio de la neutralidad del derecho internacional frente a los actos de secesión ha quedado fortalecido. La Corte Internacional ha mostrado una clara oposición a admitir una nueva prohibición de la secesión basada en la práctica más reciente, sin que los desarrollos más actuales supongan criterios para admitir una evolución en la costumbre internacional en sentido prohibitivo. Tal y como ha afirmado la doctrina, resulta destacable la

(preámbulo del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales –número 157 del Consejo de Europa–, hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995).

66 Resolución 61/295 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 2007, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Doc. NNUU A/RES/61/295).

67 *Vid.* Arp, Björn, «The ICJ Advisory Opinion on the Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo and the International Protection of Minorities» *German Law Journal*, vol. 11, nº 8, 2010, págs. 853-856.

insistencia de la Corte Internacional de Justicia en la afirmación de la estricta interestatalidad de la obligación de garantizar la integridad territorial, descartando todo intento de desnacionalizar el ámbito del artículo 2 párrafo 4 de la Carta de Naciones Unidas.⁶⁸

La obligación de respetar la integridad territorial es una obligación dirigida a los Estados, de ahí que la declaración de independencia realizada por un actor subestatal no resulte prohibida sobre la base del derecho internacional. Se tratará de una cuestión principalmente interna.⁶⁹ La Corte ha sancionado como legítimo aquello que si hubiera sido realizado por un agente estatal, en vez de uno no estatal, hubiera resultado prohibido.

Una cuestión que queda abierta es cómo afecta este enfoque estricto al derecho de secesión como remedio que se plantea en el caso de graves violaciones de derechos humanos, crisis humanitarias graves, etc. La doctrina de la secesión como remedio, de la que luego nos ocuparemos, supone, en esencia, que en determinadas circunstancias, el derecho internacional puede autorizar la secesión y afectar a la integridad territorial de un estado soberano. Esto supone que la integridad territorial puede ser legítimamente violada en ciertas circunstancias por sujetos subestatales; ahora bien, si el estado no puede invocar su integridad territorial frente a actos de secesión de sujetos subestatales, ¿podrían estos grupos invocar un derecho a infringir la integridad territorial de su estado matriz? A nuestro juicio, debiera entenderse que el principio de integridad territorial es simplemente no aplicable. La secesión no se rige por el derecho internacional, que se mantiene neutral.

4 · El enfoque de la respuesta de la Corte Internacional: la cuestión del reconocimiento

La pregunta que la Asamblea General realizó a la Corte Internacional de Justicia se planteó en los siguientes términos:⁷⁰ ¿se ajusta al derecho in-

68 Vid. Corten, Oliver, «Territorial Integrity Narrowly Interpreted: Reasserting the Classical Inter-State Paradigm of International Law», *cit. supra* nota 23, pág. 90.

69 Vid. la opinión de Cirkovic, Elena, «An analysis of the ICJ Advisory Opinion on Kosovo's Unilateral Declaration of Independence», *German Law Journal*, vol. 11, nº 8, pág. 902.

70 Resolución 63/3 de la Asamblea General, de 8 de octubre de 2008, «solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia respecto de si la declaración

ternacional la declaración unilateral de independencia formulada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo?

La Corte Internacional de Justicia podía haber enfocado su respuesta desde la perspectiva de si el derecho internacional reconoce base jurídica o garantiza la posibilidad de una declaración unilateral de independencia, y si acaso, bajo qué circunstancias. Es decir, podía haber analizado si existe un derecho positivo a declarar unilateralmente la independencia. O si se quiere, si el ordenamiento internacional otorga un derecho a entidades situadas dentro de un estado a separarse unilateralmente de éste en determinados casos. Esta fue la orientación de la respuesta de la Corte Suprema de Canadá en su pronunciamiento sobre ciertas cuestiones relativas a la secesión de Quebec, de 1998.⁷¹

Sin embargo, no fue ese el enfoque que utilizó la Corte Internacional de La Haya. El enfoque que ésta adoptó fue analizar si una declaración unilateral de independencia resulta contraria al derecho internacional. Es decir, pese a que la pregunta fue planteada en términos de adecuación jurídica (en implícita relación al título y a las circunstancias),⁷² la respuesta se planteó en términos de no contravención de la normativa internacional. Existe una gran distancia entre lo prohibido y lo permitido en materia de secesión.⁷³ De ahí que el enfoque de la Corte Internacional deje importantes cuestiones irresueltas, de las que seguidamente se dará cuenta:

a) La Corte Internacional optó por responder a la pregunta desde una perspectiva formal, dejando al margen las cuestiones sustantivas como la caracterización de la secesión en derecho internacional. Podríamos pensar que la formulación de la pregunta no fue afortunada, ya que el derecho internacional no prohíbe explícitamente la secesión (si bien no todas las vías para conseguirla se adecuan al derecho internacional) y tampoco existen normas en los tratados ni costumbre internacional que fije el método que ha de seguirse en los actos de secesión para que éstos se entiendan acordes a derecho internacional. Lo que sí muestra la práctica internacional es que

unilateral de independencia de Kosovo se ajusta al derecho internacional» (Doc. NNUU A/RES/63/3).

71 *Reference re: Secession of Quebec* (1998) 2 SCR 217, apartado 126 (Canadá).

72 *Vid.* Kohen, Marcelo G., y Del Mar, Katherine, «The Kosovo Advisory Opinion and UNSCR 1244(1999): A declaration of Independence from International Law», *Leiden Journal of International Law*, 24, 2011, págs. 112 ss.

73 *Vid.* la declaración del magistrado Simma a la Opinión Consultiva sobre Kosovo, párrafo 9.

el derecho internacional no se ocupa directamente de las declaraciones de independencia. La diversidad estatal actual es el resultado de una variada y heterogénea gama de supuestos que no son fácilmente reducibles a patrones precisos.⁷⁴

Una declaración de independencia es fundamentalmente un acto político. Por su parte, el derecho internacional no se ocupa directamente de la secesión, sino de forma indirecta viéndose afectada por, al menos, las normas que rigen la sucesión de estados en los Convenios de Viena de 1978 y de 1983,⁷⁵ y también al establecer los requisitos de estatalidad en la Convención de Montevideo de 1933⁷⁶ y la legalidad del reconocimiento por parte de terceros estados. La normativa sobre sucesión de estados afecta a ciertos aspectos de la secesión; de hecho, la secesión puede definirse como una modalidad de sucesión de estados que consistiría en «la creación de una nueva entidad independiente a través de la separación de parte del territorio y la población de un Estado existente, sin el consentimiento de este último».⁷⁷ En todo caso, es difícil encontrar respuestas incluso a cuestiones vinculadas a la sucesión de estados, es decir, a asuntos relativos a la transmisión de derechos y obligaciones de un estado a otro, sin que previamente

74 Vid. Crawford, James, *The creation of States in International Law*, cit. supra nota 26, capítulo 3; Buchanan, Allen, «Theories of secession», *Philosophy and Public Affairs*, 26, 1, 1997, págs. 30-61; Philpott, Daniel, «Self-Determination in Practice», cit. supra nota 5, págs. 83-86; Hannum, Hurst, *Autonomy, Sovereignty and Self-Determination. The Accommodation of Conflicting Rights*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1990, págs. 3-118; Cassese, Antonio, *Self-determination of peoples*, cit. supra nota 4, págs. 120-125; Castellino, Josua, *International Law and Self-determination*, cit. supra nota 4, págs. 56-58.

75 Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de Tratados, de 23 de agosto de 1978, y Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado, de 8 de abril de 1983.

76 Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados de 26 de diciembre de 1933 (Convención de Montevideo). En el ámbito europeo, a los requisitos generales se han de añadir otros para el reconocimiento, entre los que se encuentran: la garantía de la democracia, el estado de derecho y los derechos fundamentales, incluidos los derechos de las minorías. Vid. Declaración de los Doce sobre las líneas directrices referidas al reconocimiento de nuevos Estados en Europa del Este y Unión Soviética (Reunión Ministerial Extraordinaria, CPE, Bruselas, 16-12-1991). La aplicación de tales condiciones uniformes de reconocimiento se concretó en el establecimiento de un proceso con plazos y órganos encargados de apreciar el cumplimiento de los requisitos. El 16 de diciembre de 1991 otra declaración de los doce sobre Yugoslavia estableció el ritmo de reconocimiento comunitario.

77 Vid. Kohen, Marcelo G., «Introduction», cit. supra nota 3, pág. 3.

se afronte la cuestión de la condición de estado, aspecto que la Convención de Viena soslaya conscientemente.⁷⁸

El derecho internacional no autoriza la secesión unilateral, únicamente reconoce un derecho unilateral a la secesión en ciertas circunstancias ligadas al derecho de autodeterminación y, si acaso, a la secesión como remedio. Sobre esta base surge una pregunta: ¿en qué medida el derecho internacional afecta a la legalidad de una declaración unilateral de independencia en los casos no previstos expresamente por aquél? Sobre esta cuestión, encontramos la siguiente afirmación en la Opinión Consultiva sobre Kosovo:

[...] es enteramente posible que un acto en particular, como una declaración unilateral de independencia, no infrinja el derecho internacional sin que necesariamente constituya el ejercicio de un derecho que éste le confiere (56).⁷⁹

Se trata de una afirmación fundamental, a partir de la cual se ha de entender que la adecuación al ordenamiento internacional de los actos de secesión no depende de que estén basados en un derecho reconocido por la normativa internacional. Es decir, el derecho internacional no reconoce un derecho a la secesión como tal más que con relación a ciertos casos, ahora bien, fuera de los casos reconocidos no cabe afirmar que el derecho internacional niegue su existencia.

b) Partiendo de una presunción contraria a la admisibilidad de los actos de secesión, surge la cuestión de si el enfoque de la Corte Internacional supone un nuevo criterio para interpretar el silencio deliberado del derecho internacional en materia de secesión. Ha de tenerse en cuenta que la conclusión que cabe derivar de una omisión normativa consciente (que es una cosa diferente a una laguna legal) va a depender del previo establecimiento de una regla residual, que, en este caso, podría ser o bien la libertad de secesión o bien la preservación de la integridad territorial del estado. Lo que parece claro es que la pregunta así formulada estaba basada sobre la presunción de que la integridad territorial del estado es la regla residual.

El enfoque de la Corte lleva a preguntarnos por qué no recurrió al conocido como *principio Lotus*. De acuerdo con este principio afirmado por

⁷⁸ Vid. Zimmermann, Andreas, «Secession and the law of State sucesión», *cit. supra* nota 4, págs. 208-230.

⁷⁹ Opinión Consultiva sobre Kosovo, *cit. supra* nota 1, apartado 56.

la Corte de Justicia Permanente en 1927,⁸⁰ ha venido entendiéndose que los estados soberanos pueden actuar sin mayor límite que el de no contravenir una prohibición explícita. Y conforme a este principio, la regla residual se aplica a los estados. Ahora bien, en la Opinión Consultiva sobre Kosovo, la Corte Internacional de Justicia no aplicó la regla residual al Estado serbio, sino a los autores de la declaración de independencia.⁸¹

Quizás a través de ese enfoque la Corte Internacional trataba de confirmar que los autores de la declaración no actuaban en el marco de la administración interina, sino fuera de ella.⁸² En todo caso, el principio Lotus es un principio que siempre protege al estado soberano, de ahí lo paradójico del planteamiento.

Al aplicar la regla de «lo que no está prohibido está permitido» a los autores de la declaración de independencia (y no al estado), surgen varias cuestiones. Es claro que la ausencia de una prohibición explícita de la secesión no significa que exista un derecho para actuarla libremente,⁸³ ahora bien, sobre la base de una presunción contraria a la efectividad de los actos de secesión, la pregunta que queda en el aire es saber si la Corte no está quizás insinuando que los autores de la declaración de independencia se encuentran asistidos por una situación activa que les facultaba a declarar la independencia fuera del contexto descolonizador, o de la secesión como remedio. Una situación que produciría la apertura a los actos de reconocimiento futuro y la adecuación a derecho internacional de los previamente otorgados.

A partir de esta Opinión Consultiva, el enfoque positivista que vendría a afirmar que el orden jurídico internacional es completo (siquiera a través de las reglas residuales), se pone en cuestión. La Opinión Consultiva sobre Kosovo abre un nuevo campo de interpretación al expresar que una declaración de independencia puede resultar acorde con el derecho internacional sin

80 Corte de Justicia Permanente, *SS Lotus Case (France v. Turkey)*, PCIJ Rep. (1927) Series A n° 10, pág. 18: «rules of law binding upon states... emanate from their own free will... Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed».

81 *Id.* Peters, Anne «Does Kosovo Lie in the *Lotus*-Land of Freedom?», *cit. supra* nota 52, pág. 100.

82 *Id.* un análisis crítico en Kohen Marcelo G. y Del Mar Katherine «The Kosovo Advisory Opinion and UNSCR 1244(1999): A declaration of Independence from International Law», *cit. supra* nota 72, págs. 109-127.

83 *Id.* Christakis, Theodore «The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Has International Law Something to Say about Secession?», *cit. supra* nota 53, pág. 79.

que resulte necesario que se dicte en el ejercicio de un derecho reconocido y consensuado por el ordenamiento internacional. Esta idea que apunta la Opinión Consultiva sobre Kosovo va más lejos de la expresada por la Corte Suprema de Canadá en el asunto sobre la secesión de Quebec. La Corte Suprema de Canadá afirmó en aquella ocasión que:

[...] aunque no exista un derecho positivo a la secesión derivado de la Constitución ni del derecho internacional [...] ello no excluye la posibilidad de una declaración inconstitucional de secesión que lleve a una secesión *de facto*.⁸⁴

La Corte Suprema de Canadá vino a afirmar, en esencia, la función constitutiva del reconocimiento por parte de terceros estados.⁸⁵

En el asunto de Kosovo la Corte no entendió contraria al derecho internacional la declaración de independencia realizada fuera del ámbito del derecho a la autodeterminación, con lo que dio cauce al reconocimiento de una forma más evidente que en el asunto de Quebec. En todo caso, la conclusión en ambos casos es idéntica. En ausencia de una autoridad mundial que pudiera determinar si una determinada entidad es o no un estado, esa labor ha de realizarse por parte de los estados existentes. Una vez que se cumplan los criterios de la estadidad, los estados confirman objetivamente este hecho mediante su reconocimiento. El reconocimiento general despeja toda duda sobre el surgimiento de un nuevo estado. Ahora bien, ¿cuántos estados han de proceder al reconocimiento, y qué estados?

Podría pensarse que la Corte Internacional de Justicia en el caso de Kosovo no consideró la declaración de independencia como un acto de secesión, pero siendo esto así, la pregunta que surge es cuál fue la base legal en la que se apoyaron los estados que reconocieron desde el primer momento la independencia de Kosovo en contra de la voluntad del estado matriz, Serbia. El reconocimiento se plantea, indudablemente, sobre el estatus jurídico de estado (no sobre una mera situación de hecho ni sobre una declaración).

Se ha de tener en cuenta que los 69 estados miembros de la Organización de Naciones Unidas que reconocieron a Kosovo como estado independiente previamente al momento en el que la Corte Internacional dictó su Opinión Consultiva, lo hicieron sin que Serbia hubiera aceptado la existen-

⁸⁴ Corte Suprema de Canadá, *Reference re: Secession of Quebec* (1998) 2 SCR, apartado 155.

⁸⁵ En la doctrina contemporánea en general se acepta que el reconocimiento es un acto declarativo y no constitutivo. *Vid.* Harris, David, *Cases and Materials on International Law*, Sweet & Maxwell, 2010, pág. 145.

cia de Kosovo como estado independiente y mientras seguía reclamando su integridad territorial incluido el territorio de Kosovo. En este caso, es claro que el estado matriz continuaba reclamando su integridad territorial y, sin embargo, el acuerdo con el estado matriz no se requirió como condición de reconocimiento internacional. Este aspecto es, quizás, la aportación principal de la Opinión Consultiva sobre Kosovo.

Teniendo en cuenta que Kosovo no basa su declaración de independencia en el derecho de autodeterminación, ¿debiéramos entender que los estados que apoyaron la independencia de Kosovo violaron la obligación de no interferencia en los asuntos internos de otro estado y en su integridad territorial? El derecho internacional exige claramente que bajo ciertas circunstancias, los estados tienen una obligación *erga omnes* de evitar el reconocimiento.⁸⁶ No obstante, ni la doctrina ni la práctica apuntan una prohibición de reconocimiento en los casos en que el estado matriz no otorgue su consentimiento ni tampoco que tal prohibición surja del carácter unilateral de la declaración. En efecto, el principio de integridad territorial de los estados no puede concebirse como un derecho absoluto de los estados que bloquearía todo intento de secesión a la que se opusieran, ni tampoco puede concebirse como una norma de *jus cogens*.⁸⁷ Esta cuestión fue ya afirmada por la Corte Suprema de Canadá al declarar que, pese a que una entidad no se encuentre amparada por el derecho internacional, ello no impide una secesión *de facto* derivada del reconocimiento.⁸⁸

Cabe concluir que el carácter unilateral de la secesión no supone la obligación de evitar el reconocimiento. Más bien, cabría pensar que la neutralidad del derecho internacional con respecto a la secesión unilateral afecta incluso los actos de reconocimiento. Cuando una entidad intenta emerger como un estado independiente, el derecho internacional no prescribe que el reconocimiento deba ser otorgado ni que el reconocimiento deba ser negado.

86 *Vid.* Opinión Consultiva sobre Kosovo, *cit. supra* nota 1, apartado 81, donde se afirma la ilegalidad de las declaraciones de independencia y, consecuentemente, del eventual reconocimiento en el caso de que vengan «acompañadas de un uso ilícito de la fuerza o de otras infracciones graves de las normas del derecho internacional general, en particular las de carácter imperativo (*jus cogens*)».

87 *Vid.* Vidmar Jure, «Territorial Integrity and the Law of Statehood», *George Washington International Law Review*, vol. 44, 2013, pág. 138.

88 Corte Suprema de Canadá, *Reference re: Secession of Quebec* (1998) 2 SCR, apartado 155.

Es cierto que la comunidad internacional se muestra muy cautelosa ante los movimientos secesionistas (especialmente si pueden llegar a afectar la paz y la seguridad internacionales). Sin embargo, desde la perspectiva jurídica, el sistema internacional no autoriza ni condena la secesión. La secesión no resulta contraria al derecho internacional.⁸⁹ Desde luego, sería erróneo decir que no existe un derecho a la secesión si con ello se busca dar la impresión de que toda la secesión está prohibida por el derecho internacional.⁹⁰ Tal afirmación no tiene soporte ni en la doctrina ni en la práctica internacionales. Mientras que los actos de secesión son principalmente evaluados desde una perspectiva interna, el derecho internacional se ocupa exclusivamente de regular sus consecuencias.⁹¹ Desde la perspectiva del derecho internacional, una declaración de independencia es, ante todo, una cuestión de hecho. Una cuestión de hecho que, junto con otras circunstancias, como un territorio definido y una población permanente, pueden producir como resultado, bien de forma inmediata o bien de forma aplazada, la creación de un nuevo Estado.

Para los sujetos subestatales que aspiran a la independencia, la cuestión central no es tanto la posición del derecho internacional con relación a las declaraciones de independencia, sino, principalmente, sus perspectivas de conseguir el apoyo de al menos una masa crítica suficiente de estados que puedan hacer viable su declaración.⁹² La cuestión del reconocimiento se convierte en el eje principal y, en esa medida, la comunidad internacional no puede dejar de valorar la legitimidad democrática del proceso y la actitud de los sujetos a los que directamente concierne en su camino hacia la independencia, en especial, la voluntad de llegar a un acuerdo con el estado matriz y la actitud y receptividad de éste.

89 Vid. Shaw, Malcolm «Re: Order in Council P.C. 1996-1497 of 30 September 1996», en Bayefsky, Anne, (ed.), *Self-Determination in International Law: Quebec and Lessons Learned*, Kluwer Law, La Haya, 2000, pág. 136.

90 Vid. Franck, Thomas M. «Experts Report», reproducido en Bayefsky, Anne (ed.), *Self-Determination in International Law: Quebec and Lessons Learned*, cit. *supra* nota 89, pág. 335.

91 A este respecto remito a Crawford, James, *The Creation Of States In International Law*, cit. *supra* nota 26, pág. 390.

92 Vid. Wilde, Ralph «Self-Determination, Secession, and Dispute Settlement after the Kosovo Advisory Opinion», *Leiden Journal of International Law*, vol. 24 (2011), pág. 153; vid. también Summers, James, «Relativizing Sovereignty: Remedial Secession and Humanitarian Intervention in International Law», *St Antony's International Review*, 6, (1), 2010, págs. 16 ss.

En todo caso, tras la Opinión Consultiva sobre Kosovo puede decirse que, en la medida que el estado matriz no reconozca al ente que ha declarado su independencia, el reconocimiento por parte de terceros estados no se limitará a declarar una situación de nueva estatalidad, sino que la estatalidad será fruto, en todo caso, de tal reconocimiento. La autoridad jurídica para el surgimiento del nuevo estado vendrá dada por el reconocimiento, que habrá de ser de una entidad importante y que, a su vez, supondrá un instrumento para reconducir la reclamación de integridad territorial por parte del estado matriz.

5 · Un asunto aparentemente ausente: la cuestión del título jurídico

La Corte Internacional de Justicia en el asunto de Kosovo no se pronunció sobre el título jurídico, pese a la propuesta de la ponencia que proponía avanzar en la cuestión de la base legal. De acuerdo con el texto final de la Opinión Consultiva sobre Kosovo:

La Corte considera que en el presente caso no es necesario pronunciarse sobre estas cuestiones. La Asamblea General únicamente ha solicitado la opinión de la Corte sobre la conformidad o no de la declaración de independencia con el Derecho Internacional, mientras que el debate sobre el alcance del derecho a la libre determinación y la existencia de un eventual derecho a la secesión como remedio se refiere al derecho a separarse de un Estado.⁹³

Las implicaciones principales del recurso al *derecho de autodeterminación*⁹⁴ tienen relación con el título jurídico para conseguir la estatalidad

⁹³ Opinión Consultiva sobre Kosovo, *cit. supra* nota 1, apartado 83.

⁹⁴ Al margen de la visión externa del derecho de autodeterminación que aquí será considerada, en su vertiente interna, el derecho a la libre determinación se interpreta de forma asociada a los derechos de participación política en un sentido amplio. En ese contexto, el derecho a la libre determinación se relacionaría con ciertos derechos humanos, tales como la libertad de expresión, la libertad de asociación y el derecho a elecciones libres y auténticas, de forma vinculada al desarrollo de la democracia. *Vid.* entre otros, Fox, Gregory H., «The Right to Political Participation in International Law», *Yale Journal of International Law*, vol. 17, 1992, pág. 539; y Franck, Thomas M., «The Emerging Right to Democratic Governance», *American Journal of International Law*, vol. 86, 1992, pág. 46. El derecho de autodeterminación interna garantizaría los derechos humanos y democráticos básicos junto con ciertos derechos de las minorías dirigidos a reconocer y proteger la cultura y la identidad de las personas. El derecho de autodeterminación

y, especialmente, con el reconocimiento por parte de terceros estados.⁹⁵ Ambas cuestiones se encuentran ligadas, ya que el reconocimiento por parte de los terceros estados, en este caso, se producirá sobre la base del título que supone el derecho de autodeterminación que el derecho internacional reconoce a los pueblos. El alcance de este derecho y sus condiciones de aplicación en materia de autodeterminación externa no resultan controvertidos en el contexto descolonizador, como así lo pone de manifiesto la Opinión Consultiva sobre Kosovo,⁹⁶ y tampoco en el contexto de un eventual reconocimiento constitucional interno de la autodeterminación.⁹⁷

En todo caso, el ejercicio del derecho de autodeterminación no agota las posibilidades de secesión. De hecho, cabe citar múltiples ejemplos de secesión y reconocimiento de nuevas estatalidades fuera del contexto descolonizador, como serían los casos paradigmáticos de Croacia o de Bangladesh (en ambos casos sin que mediara el consentimiento de sus respectivos estados matrices). En Europa, el recurso al derecho de autodeterminación en la última ola de creación de estados tras el derrumbe de los regímenes comunistas fue marginal, resultando sustituido por otros valores o principios legitimadores como la democracia o la libertad individual.⁹⁸ La Corte Internacional de Justicia, como se dijo, se ha referido en su Opinión Consultiva sobre Kosovo a la creación de nuevos estados fuera del contexto de la autodeterminación de pueblos sometidos a regímenes coloniales.⁹⁹ Por

interna resulta compatible con el principio de integridad territorial del Estado (*Reference re: Secession of Quebec* [1998] 2 SCR 217, apartado 127).

95 Vid. Moore, Margaret, «The territorial dimension of Self-Determination», en Moore, Margaret (dir.), *National Self-Determination and Secession*, Oxford University Press, Oxford, 2003, págs. 134-157. También Scharf, Michael P., «Earned Sovereignty: Judicial Underpinnings», *Denver Journal of International Law and Policy*, 31, 2003, pág. 379.

96 Opinión Consultiva sobre Kosovo, *cit. supra* nota 1, apartado 79.

97 Nos referimos a los casos en que el derecho de autodeterminación se reconoce de forma explícita o implícita en los textos constitucionales.

98 Vid. López, Jaume, «Del dret a l'autodeterminació al dret a decidir. Un possible canvi de paradigma en la reivindicació dels drets de les nacions sense estat», *Quaderns de Recerca*, nº 4, noviembre 2011, pág. 4. Este trabajo analiza la evolución experimentada por el derecho a la autodeterminación a finales del siglo XX y principios del siglo XXI y su posible sustitución, en el contexto de las democracias liberal-representativas occidentales, por el llamado derecho a decidir. Vid. también López Bofill, Héctor, *Nous estats i principi democràtic*, Angle, Barcelona, 2009, *in toto*; y también, del mismo autor, «L'evolució jurídica cap a un estat propi», *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*, 2010, págs. 479-487.

99 Opinión Consultiva sobre Kosovo, *cit. supra* nota 1, apartado 79.

otro lado, la Corte Internacional se ha referido en alguna ocasión al carácter general de este derecho sin vincularlo a la descolonización.¹⁰⁰

Un segundo título jurídico sobre el que fundamentar la secesión sería la aplicación del criterio de la *secesión como remedio*. La secesión como remedio surge a través de una interpretación a contrario de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional, que dice «el sometimiento de los pueblos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una violación del principio [de libre determinación], así como una denegación de los derechos humanos fundamentales, y es contraria a la Carta de las Naciones Unidas».¹⁰¹

Junto con el caso de los pueblos objeto de subyugación, dominación o explotación extranjera, la Corte Suprema de Canadá, en su decisión sobre la secesión de Quebec, también incluyó dentro de la secesión como remedio el caso de que a un grupo definido le sea negado el acceso real al gobierno para asegurar su desarrollo político, económico, social y cultural.¹⁰² Se trataría del caso en el que se limita a un pueblo el ejercicio de la autodeterminación interna.

La Corte Internacional de Justicia se ha referido en varias ocasiones a la secesión como remedio.¹⁰³ En su Opinión Consultiva sobre Kosovo, la

100 Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva de 9 de Julio de 2004, sobre la construcción de un muro en el territorio ocupado de Palestina, apartado 88, pág. 39, y apartado 122, pág. 184. La Corte también ha afirmado que el derecho de autodeterminación es en la actualidad un derecho *erga omnes* (*Vid. East Timor (Portugal v. Australia)*, 1995 ICJ, pág. 102, apartado 29).

101 Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, *cit. supra* nota 34 (subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation constitutes a violation of the principle, as well as a denial of fundamental human rights, and is contrary to the Charter).

102 Corte Suprema de Canadá, *Reference re: Secession of Quebec* (1998) 2 SCR, apartado 133, donde dice «[...] other clear case where a right to external self-determination accrues is where a people is subject to alien subjugation, domination or exploitation outside a colonial context». Asimismo, en el apartado 134, se lee que «[...] when a people is blocked from the meaningful exercise of its right of self-determination internally, it is entitled, as a last resort, to exercise it by secession». *Vid.* también el apartado 138 que dice «[...] where a people is oppressed, as for example under foreign military occupation; or where a definable group is denied meaningful access to government to pursue their political, economic, social and cultural development».

103 La Opinión Consultiva de 16 de octubre de 1975 sobre el Sahara Occidental (1975 ICJ 25), apartados 55-60, págs. 23-26. Opinión sobre el Camerún septentrional (Camerún

Corte Internacional, sin embargo, no se pronuncia abiertamente sobre este tipo de secesión, aduciendo que los intervinientes en el procedimiento han planteado posiciones radicalmente diferentes con relación a su existencia y condiciones de aplicabilidad.¹⁰⁴ En todo caso, no sería correcto afirmar que la Corte Internacional en este caso haya negado la existencia de la secesión como remedio. Posiblemente detrás del posicionamiento prudente de la Corte Internacional puedan encontrarse las dificultades de entender aplicable la teoría de la secesión como remedio al caso de Kosovo en el concreto momento en que se produjo la declaración de independencia, período sometido a una administración interina patrocinada por la propia Organización de Naciones Unidas; y ello pese a que pocas dudas cabría albergar de que en años anteriores la represión y opresión sobre el pueblo albano-kosovar por parte de las fuerzas gubernamentales hubiera podido legitimar su secesión tal y como algunas delegaciones participantes en el procedimiento ante la Corte alegarían.¹⁰⁵ Una segunda posible explicación al posicionamiento matizado de la Corte Internacional con relación a la secesión como remedio podría encontrarse en la falta de total consecución del requisito, exigido por el derecho internacional, de una práctica extendida y uniforme, así como una *opinio iuris* generalizada.¹⁰⁶ Podría entenderse que se trata de un derecho en proceso de creación, pero aún no consolidado.

Efectivamente, aún se plantean problemas para aceptar de forma unánime que, en derecho internacional contemporáneo, la secesión como remedio suponga un auténtico *derecho* de los pueblos oprimidos.¹⁰⁷ Lo que causa muchos menores problemas es la toma en consideración de la legitimidad de las causas que provocan el recurso a la secesión como remedio por parte de terceros estados a la hora de que éstos procedan a reconocer (o no) una nueva entidad surgida de esta forma. En ello se encontraría su operatividad práctica actual. Es decir, el reconocimiento

contra Reino Unido) 1963 ICJ 3; Opinión Consultiva sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua contra Estados Unidos) 1986, ICJ 14; ciertas tierras de fosfatos en Naurú (1992) (Naurú contra Australia) 1989 ICJ 12, 1991 ICJ 3; Timor Oriental (Portugal contra Australia) 1995 ICJ 90.

104 Opinión Consultiva sobre Kosovo, *cit. supra* nota 1, apartado 31.

105 Finlandia, CR 2009/30, audiencia de 8 de diciembre de 2009, apartado 24, pág. 62.

106 *Vid.* Weller, Marc, «Modesty Can Be a Virtue: Judicial Economy in the ICJ Kosovo Opinion», *cit. supra* nota 47, pág. 137.

107 *Vid.* Shaw, Malcolm, «Peoples, Territorialism and Boundaries», *European Journal of International Law*, vol. 8, 1997, pág. 483.

de la nueva estatalidad resultará más sencillo para los terceros estados ante el hecho de que la nueva estatalidad surge como consecuencia de la violación sistemática de los derechos humanos y de la opresión ejercida sobre un determinado colectivo asentado territorialmente.¹⁰⁸ Tales circunstancias habrán de ser valoradas vis a vis frente a la reclamación de la integridad por parte del estado matriz. Esta circunstancia nos coloca ante la exigencia de que los terceros estados valoren las circunstancias y la legitimidad de los procesos secesionistas, aspecto ya adelantado por la Corte Suprema de Canadá.¹⁰⁹

El caso de la secesión como remedio sería otro supuesto más en el que el reconocimiento por parte de terceros estados tiene, en la práctica, efectos constitutivos.

Al margen de estas vías, como se sabe, la Corte Suprema de Canadá en su dictamen sobre la secesión de Quebec se refirió a un título jurídico diferente. Sobre la base de los principios de federalismo, democracia, constitucionalismo y estado de derecho, y de respeto por las minorías reconocidos en la Constitución canadiense, la Corte Suprema de Canadá perfiló los caracteres de lo que pudiera llamarse la *secesión negociada*. De acuerdo con la Corte Suprema, pese a que la normativa interna canadiense no reconozca un derecho a la secesión unilateral, la Constitución no puede entenderse como una «camisa de fuerza» (palabras textuales),¹¹⁰ y así: «un claro voto mayoritario en Quebec sobre una pregunta clara a favor de la secesión conferiría legitimidad democrática a la iniciativa secesionista que los demás miembros de la Confederación tendrían que reconocer»;¹¹¹ en ese sentido, dice también que: «las otras provincias y el gobierno federal no tendrían ningún fundamento para negar el derecho del gobierno de Quebec para perseguir la secesión».¹¹²

La idea que traducen esas palabras es que la expresión democrática sobre su futuro realizada por una «clara mayoría»¹¹³ del pueblo de Quebec

108 Ibidem.

109 *Reference re: Secession of Quebec* (1998) 2 SCR, 217, apartado 155.

110 «is not a straightjacket», ídem, apartado 150.

111 Ibidem.

112 Ibidem.

113 Con las palabras «mayoría clara» es obvio que la Corte Suprema de Canadá pensaba en una mayoría superior a la del 50,1%; con relación a esta cuestión en el referéndum realizado en Montenegro sobre su eventual separación respecto de Serbia (constitucionalmente prevista), por acuerdo de la Unión Europea, se fijó un 55% de los votos

obligaría al Estado canadiense a entablar una negociación con Quebec sobre su eventual separación. Negociación a cuyo través se producirían los eventuales posteriores reconocimientos. En este caso no se alega un derecho, sino que el fundamento es la legitimación democrática del proceso de secesión, que exigiría la apertura de un proceso de negociación. La Corte concluye que este proceso sería la vía para garantizar la aceptación del resultado por parte de la comunidad internacional.¹¹⁴

En el caso de Kosovo, el fundamento del reconocimiento de la independencia por parte de los terceros estados no se encuentra en el acuerdo con el estado matriz sino, por el contrario, en la circunstancia de que el acuerdo resultó imposible. El fundamento, en este caso, sería la *imposibilidad de alcanzar un acuerdo* sobre el estatus futuro del territorio, o si se quiere, el bloqueo de la negociación tanto a efectos internos como a efectos externos. La proximidad geográfica respecto de la Unión Europea también explica el interés en garantizar un estatus final satisfactorio y los esfuerzos por asegurar unos estándares de derechos humanos y de gobernanza homologables.

Como se avanzó, el marco jurídico aplicable en Kosovo en el momento de la declaración de independencia venía presidido por la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, que establecía una administración interina con el objetivo de desarrollar y supervisar instituciones democráticas autónomas. Serbia alegaba que la declaración de independencia suponía una ruptura con este régimen de derecho internacional (particularmente, la Resolución 1244 de 1999 del Consejo de Seguridad), por tanto, la declaración de independencia resultaba, a su entender, no acorde al derecho internacional.¹¹⁵ La Corte Internacional desechó la pretensión de Serbia sobre la base de los siguientes dos fundamentos:

válidos (*vid.* Informe OSCE's Office for Democratic Institutions and Human Rights [OSCE/ODIHR], *Republic Of Montenegro/Serbia And Montenegro Referendum*, 21 de mayo de 2006. <http://www.osce.org/odihr/elections/montenegro/18431> [última visita, julio de 2013]).

114 *Reference re: Secession of Quebec* (1998) 2 SCR 217, apartados 151 y 152.

115 Serbia alegaba lo siguiente: «[...] rather than providing for a right of Kosovo to separate from Serbia, resolution 1244 formally reaffirmed the territorial integrity of Serbia. It thus precluded the possibility of Kosovo unilaterally seceding. Instead, resolution 1244 provided for a political process to determine the future status of Kosovo by way of an agreed settlement to be endorsed by the Security Council. No hint of a referendum, not even by way of cross-reference, and no reference to the right of self-determination can be found in resolution 1244», Serbia, CR 2009/24, audiencia de 1 de diciembre de 2009, apartado 11, pág. 51.

Por un lado, con relación al sujeto, la Corte entiende que los autores de la declaración no fueron propiamente las instituciones de autogobierno establecidas bajo supervisión de Naciones Unidas. Estima que no fue un acto de la asamblea de Kosovo, ni se identifica que así lo fuera en el texto auténtico de la declaración escrito en albanés. Los autores de la declaración fueron los representantes democráticamente elegidos por el pueblo.¹¹⁶ La crítica que cabe hacer a este planteamiento de la Corte es que tanto los representantes de la asamblea de Kosovo participantes, como el presidente y el primer ministro, todos ellos, actuaban con la capacidad que se les reconocía como miembros o titulares de las instituciones provisionales de autogobierno, en la medida que ellos mismos se consideraban representantes democráticamente elegidos.¹¹⁷

Asimismo, y de forma principal, la Corte Internacional entendió que los autores de la declaración no actuaron dentro del ordenamiento provisional, sino fuera de este marco.¹¹⁸ Dice la Corte que la declaración se sitúa en el contexto del fracaso de las negociaciones sobre el estatuto definitivo.¹¹⁹ Se trata, por tanto, de una ruptura respecto del marco constitucional, cuyo objetivo es la conversión de Kosovo en un estado independiente. De ahí entiende que la validez y los efectos de la declaración a partir del momento de la ruptura no pueden medirse sobre la base del ordenamiento anteriormente existente.

Por otro lado, con relación al contenido de la Resolución 1244(1999) del Consejo de Seguridad, la Corte destaca que el objetivo de la Resolución era

116 Opinión Consultiva sobre Kosovo, *cit. supra* nota 1, apartado 109.

117 La cuestión sobre la autoría de la declaración de independencia surgió durante la fase escrita del procedimiento consultivo; en la fase previa, todos los intervinientes parecían mostrarse de acuerdo con el hecho de que la Asamblea de Kosovo había emitido la declaración de independencia. De hecho, la formulación de la pregunta por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas daba por hecho que la declaración había emanado de las instituciones provisionales de Kosovo. En ese sentido, *vid.* la Declaración del Juez Bennouna, jurídicamente el mero hecho de que la institución haya adoptado un acto excediéndose de sus poderes (*ultra vires*) no supone que el vínculo jurídico entre la institución y el acto se rompa. En tal caso, lo que ha de entenderse es que la institución viola por exceso el marco legal que le reconoce el poder (Declaración del Juez Bennouna, apartado 44). En todo caso, la opinión mayoritaria de la Corte Internacional que entendió que los autores no actuaron como representantes elegidos en el marco de la administración interina supuso en la práctica la exención de responsabilidad internacional por la decisión adoptada.

118 Opinión Consultiva sobre Kosovo, *cit. supra* nota 1, apartado 105.

119 *Ibidem*.

fijar un régimen provisional para encauzar el futuro de Kosovo, sin que a estos efectos se adoptara ninguna decisión definitiva.¹²⁰ Por tanto, la Corte entiende que la Resolución y la declaración de independencia actúan en planos distintos: la Resolución como solución temporal y la declaración de independencia como solución definitiva. Un punto que interesa destacar es que la Resolución, pese a no prever en qué términos se debía establecer la solución definitiva sobre el estatuto futuro de Kosovo, sí que contemplaba los criterios para conseguirla, con cita de los Acuerdos de Rambouillet,¹²¹ en cuyo capítulo 8 se establecía que el acuerdo final de Kosovo debía basarse en la «libre voluntad de pueblo».

En definitiva, el requerimiento de Naciones Unidas para determinar el estatus final mediante una «solución política» negociada y acordada entre las partes, no impide la unilateralidad ante el fracaso de la vía de la negociación. El reconocimiento por parte de terceros estados de la independencia de Kosovo encuentra fundamento en el fracaso de la vía negociada, que se convierte, en este caso, en un aspecto legitimador de la secesión unilateral.

La lectura de conjunto sería, nuevamente, la trascendencia que en el momento actual tiene la cuestión de la legitimidad del proceso soberanista. La legitimidad parece convertirse en una exigencia de creación jurisprudencial, más o menos consensuada, fundamentada en la garantía de un núcleo básico de derechos humanos, la democracia y el buen gobierno. Los estados pueden surgir como resultado de una secesión unilateral. En ese contexto, el reconocimiento cobra una especial importancia. En los casos, como el analizado, en que el estado matriz continúa reclamando su integridad territorial, el reconocimiento es el factor que permite el surgimiento del estado como nueva entidad jurídica, de ahí que se entienda que tiene efectos constitutivos. La cuestión a la que nos conduce este planteamiento es el clásico en la teoría constitutiva: ¿cuántos estados han de reconocer la nueva entidad para que podamos hablar de estatalidad? Se trata de una

120 Opinión Consultiva sobre Kosovo, *cit. supra* nota 1, apartado 114.

121 *Vid.* artículo 11.c y anexo II de la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, *cit. supra* nota 9. El artículo 11.c preveía la puesta en marcha de un proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo, teniendo en cuenta los acuerdos de Rambouillet. Respecto de los Acuerdos de Rambouillet, *vid.* 125.2. Interim Agreement for Peace and Self-Government in Kosovo, Feb. 23, 1999 (Doc. NNUU S/1999/648, de 7 de junio de 1999), accessible en la siguiente dirección de Internet: http://www.state.gov/www/regions/eur/ksvo_ambouillet_text.html (en adelante, Acuerdos de Rambouillet).

pregunta de difícil respuesta, principalmente, debido a la falta de claridad del derecho internacional a la hora de definir lo que es un *estado*.¹²² En todo caso, con relación a esa cuestión, parece indiscutible que el reconocimiento habrá de ser *generalizado*.¹²³

El caso de Kosovo muestra los problemas que un reconocimiento amplio pero no universal puede llegar a suponer, pero también el papel de ciertas organizaciones internacionales en el impulso al proceso de negociación política con el estado matriz, a fin de aquietar la reivindicación de reintegración territorial posterior a la declaración de independencia, abriendo paso al reconocimiento y a la plena soberanía. En la actual coyuntura internacional, la creación de estados ha de plantearse de forma colectiva. Desde esa perspectiva se ha de reivindicar el papel que las organizaciones internacionales de cooperación y especialmente las de integración, como la Unión Europea, han de jugar en el proceso de reconocimiento *colectivo* de nuevas estatalidades basadas en una clara expresión democrática. Aspecto éste que incluso podría ser objeto de regulación de forma relacionada con los estándares exigidos en el siglo XXI para la creación de nuevas estatalidades, principalmente en Europa.

6 · A modo de conclusión

El derecho internacional no impide la secesión unilateral incluso en contra de la voluntad del estado matriz. De acuerdo con lo aquí analizado, el reconocimiento en tales supuestos podría tener efectos constitutivos que contrarrestaran la reclamación de la integridad territorial por parte del estado matriz. Llegados a ese punto, la cuestión que surge es la siguiente: si una declaración de independencia no resulta contraria al derecho internacional, que mantiene una posición neutral tanto respecto de las declaraciones de independencia como también de los eventuales reconocimientos por parte de terceros estados, ¿cuál es la relación entre el derecho de autodeterminación y la secesión? Partiendo de la base de una presunción general contraria a aceptar la efectividad de la secesión

122 *Vid.* Vidmar, Jure, «Territorial Integrity and the Law of Statehood», *cit. supra* nota 57, pág. 140.

123 *Vid.* Weller, Marc, «Modesty Can Be a Virtue: Judicial Economy in the ICJ Kosovo Opinion», *cit. supra* nota 47, págs. 129-130.

y favorable a la integridad territorial del Estado, y también teniendo en cuenta que no existe una prohibición de la secesión en derecho internacional, al concluir sobre la operatividad del derecho a la autodeterminación se han de distinguir diversos supuestos.

- *Cuando la secesión se produce a través de medios no legítimos*, el reconocimiento por parte de terceros estados sería contrario a derecho internacional, entendiéndose que atenta contra la integridad territorial del estado matriz.
- *Cuando la secesión viene acompañada por el derecho de autodeterminación*, el reconocimiento por parte de terceros estados no encontrará mayores obstáculos. En este caso, el título jurídico para adquirir la estatalidad lo proporciona el derecho de autodeterminación. La presunción contraria a reconocer efectos a los actos de secesión decae, ya que aquí se alega un título jurídico positivo, un derecho reconocido por el derecho internacional, abriendo paso al reconocimiento por parte de terceros estados.
- *Cuando la secesión viene acompañada de graves vulneraciones de derechos humanos o de la imposibilidad de acceder al gobierno del estado*, el reconocimiento se producirá sobre la base de la valoración de tales circunstancias. La legitimidad del proceso secesionista se encontrará en el carácter de remedio de la secesión a efectos de garantizar los estándares de derechos humanos.
- *Cuando la secesión no viene acompañada por el derecho de autodeterminación*, no cabe entender que la secesión esté prohibida. En este caso, la secesión, simplemente, no se encuentra privilegiada, pero el derecho internacional no impide su efectividad. A este respecto, cabe distinguir dos supuestos:
- *Si el estado matriz tras un proceso de negociación pacta los términos de la secesión*, el reconocimiento por parte de terceros estados estará amparado en la falta de oposición de este.
- *Si el estado matriz no reconoce al nuevo estado surgido de su territorio*, la secesión estará mucho menos privilegiada. En ese caso, tal y como enseña el caso de Kosovo, terceros estados pueden reconocer la nueva estatalidad, incluso en contra de la voluntad del estado matriz, sobre la base de la legitimidad que supone que el proceso negociador emprendido ha fracasado, debiendo contarse, en todo caso, con una clara legitimidad democrática.

De acuerdo con lo que diría la Corte Suprema de Canadá sobre la secesión unilateral (es decir, sin negociación) en el asunto relativo a la secesión de Quebec, «el éxito final de la secesión dependerá del reconocimiento de la comunidad internacional, que probablemente considerará la legalidad y legitimidad de la secesión teniendo en cuenta, entre otros hechos, el comportamiento de Quebec y Canadá, para determinar si debe conceder o denegar reconocimiento».¹²⁴ Como hemos visto, el derecho internacional no prohíbe el reconocimiento de una entidad que ha declarado unilateralmente su independencia. A pesar de la percepción general de que, en derecho internacional contemporáneo, el reconocimiento tiene naturaleza declaratoria más que constitutiva, en el caso de la secesión unilateral es, precisamente, el reconocimiento de naturaleza colectiva el factor que supondrá la creación colectiva del nuevo estado. En ese camino, las organizaciones de integración, como la Unión Europea, están llamadas a jugar un papel decisivo, en un contexto internacional en el que los estados resultan cada vez más sensibles a la legitimidad democrática de los procesos secesionistas, la garantía de los derechos humanos y el buen gobierno.

124 *Reference re: Secession of Quebec* (1998) 2 SCR 217, apartado 155, que dice «The ultimate success of such a secession would be dependent on recognition by the international community, which is likely to consider the legality and legitimacy of secession having regard to, amongst other facts, the conduct of Quebec and Canada, in determining whether to grant or withhold recognition».

EL PROCÉS DE «JURIDIFICACIÓ» INTERNACIONAL DEL DRET DE SECESSIÓ. DE L'AUTODETERMINACIÓ EXTERNA AL «DRET A DECIDIR» EN BASE ALS PRINCIPIS DEMOCRÀTIC I D'EFFECTIVITAT

JOAN RIDAO I MARTÍN

*Professor de Dret Constitucional i Ciència
Política de la Universitat de Barcelona*

SUMARI: 1. Introducció. 2. El dret a l'autodeterminació com a base per a la secessió i la creació de noves entitats polítiques sobiranes. 3. El dret a decidir basat en els principis democràtic i d'efectivitat. 3.1. L'Opinió consultiva de la Cort Internacional de Justícia sobre Kosovo. 3.2. L'Opinió consultiva de la Cort Suprema del Canadà sobre el Quebec, i el cas de Montenegro. 4. El corpus internacional o les regles del dret a decidir. 4.1. La *Clarity Act* canadenc. 4.2. El dictamen de la Comissió de Venècia del Consell d'Europa sobre el referèndum de Montenegro. 5. L'eventual posició de la Unió Europea en cas d'obstaculització interna dels processos de secessió. Bibliografia. Documents.

1 • Introducció

En abordar la qüestió del dret a la secessió cal partir, abans de res, de dues constatacions: la primera és que resulta evident que les causes que han donat lloc a la creació de nous estats en el segle xx i xxi són prou heterogènies. D'entrada, aquest tipus d'esdeveniments estan estretament lligats a l'ensulsiada dels grans imperis subsistents fins al segle xx. En aquest sentit, es van desmantellar tres grans imperis com l'austrohongarès i l'otomà, immediatament després de la Primera Guerra Mundial, i l'imperi soviètic, a partir de la darrereria dels anys vuitanta. Alguns estats també van tenir l'origen en insòlites mobilitzacions nacionals contra autoritats colonials, com ara les angleses, franceses i portugueses, en els casos d'Indoxina i de l'Àfrica, després de la Segona Guerra Mundial i fins a mitjan dècada dels seixanta. En el context de les democràcies liberals i pluralistes, els nous estats van sorgir com a resultat de tensions socials

i ètniques. De manera més remota, tenim els casos de Noruega (1904) i Irlanda (1921), així com algunes regions insulars: Xipre o l'illa de Malta. Finalment, van sorgir moviments d'afirmació nacional i identitària de gran intensitat en estats plurinacionals i d'estructura composta, com és el cas del Canadà, el Regne Unit o Espanya, que aspiren a invertir la tendència homogeneïtzadora quant a la llengua i la identitat. Es tracta, en tots els casos, d'estats cohesionats a partir d'unions entre corones, guerres religioses o, com en el cas del Quebec, de grans campanyes colonitzadores per part dels britànics.¹

La segona constatació, tant o més prosaica que l'anterior, és que amb més assiduitat, el dret internacional deixa els processos de secessió en l'esfera política. És a dir, només aborda de forma explícita el cas dels «pobles colonitzats i oprimits», a través del clàssic dret a l'autodeterminació (externa o dret de secessió) reconegut per Nacions Unides en la seva Carta fundacional de 26 de juny de 1945 (art. 1.2, 55 i 76),² per bé que sense definir-lo,

1 Gagnon, Alain-G., «El Quebec: de l'autodeterminació interna a l'externa», *Via*, núm. 15, maig de 2012, p. 15-23, Centre d'Estudis Jordi Pujol.

2 Article 1.2 de la Carta fundacional, de 26 de juny de 1945: «Els propòsits de les Nacions Unides són: Desenvolupar entre les nacions unes relacions amistoses basades en el respecte al principi de la igualtat de drets dels pobles i del seu dret a la lliure determinació, i prendre totes aquelles mesures apropiades a enfortir la pau universal».

Article 55: «A fi de crear les condicions d'estabilitat i benestar necessàries per a les relacions pacífiques i amistoses entre les nacions, basades en el respecte al principi de la igualtat de drets dels pobles i del seu dret a la lliure determinació, les Nacions Unides promouran: a. uns nivells de vida més alts, feina per a tothom i condicions de progrés i desenvolupament econòmic i social; b. la solució dels problemes internacionals de caràcter econòmic, social, sanitari, i d'altres problemes connexos i la cooperació internacional en l'ordre cultural i educatiu; i c. el respecte universal i l'observança dels drets humans i de les llibertats fonamentals de tothom, sense distinció de raça, sexe, llengua o religió».

Article 76: «D'acord amb els Propòsits de les Nacions Unides enunciats a l'Article 1 d'aquesta Carta, els objectius bàsics del règim de tutela seran els següents: a. consolidar la pau i la seguretat internacionals; b. promoure el progrés polític, econòmic, social i educatiu de les poblacions dels territoris sota tutela i el seu desenvolupament progressiu per obtenir la capacitat de governar-se per ells mateixos o la independència, segons sigui apropiat a les circumstàncies particulars de cada territori i dels seus pobles i a les aspiracions lliurement expressades dels pobles interessats i segons el que estigui previst en cada acord de tutela; c. encoratjar el respecte als drets humans i a les llibertats fonamentals per a tothom, sense distinció de raça, sexe, llengua o religió, com també el reconeixement de la interdependència dels pobles del món; d. assegurar la igualtat de tracte en matèries social, econòmica i comercial a tots els Membres de les Nacions Unides i als seus nacionals, com també el tracte igual d'aquests darrers en l'adminis-

i també en el Pacte Internacional de Dret Civil i Polític (Pactes de Nova York de 1966),³ i en sengles resolucions de l'Assemblea General, la 1514 (XV Assemblea)⁴ i la 2625 (XXV Assemblea).⁵

Ara bé, el fet que a *la resta de pobles*, no oprimits o no colonitzats, no se'ls reconegui formalment el dret de secessió no significa, en cap cas, que aquest estigui expressament prohibit.⁶ És a dir, el dret internacional no conté prohibicions generals contràries a les declaracions d'independència, de manera que hi entren en joc, al marge del dret a l'autodeterminació, el principi democràtic, el principi de viabilitat i el principi d'efectivitat, perquè també es poden donar al marge d'aquell dret algunes «situacions jurídiques actives, basades en una legitimació distinta a la tradicional, que fa que resultin més o menys privilegiats determinats actes unilaterals de secessió [...], que poden servir de fonament per entendre que l'eventual reconeixement per part de tercers estats d'una entitat secessionista no suposa necessàriament una interferència en l'obligació de dret internacional de no interferir en els afers interns d'altri ni d'actuar en contra de la integritat territorial dels estats».⁷ Com veurem més endavant, en el cas de Kosovo, la interpretació de la Cort Internacional es fonamentaria en el criteri tradicional que el dret internacional resulta neutral amb relació a la secessió, de manera que rebutja l'existència d'una pretesa prohibició implícita derivada del principi de territorialitat. En concret, el fonament de l'argumentació no es troba

tració de justícia, sens perjudici de la realització dels objectius expressats més amunt i ajustant-se a les disposicions de l'Article 80».

- 3 Pacte Internacional de Drets Civils y Políticos. Resolució 2200 A (XXI) de l'Assemblea General de Nacions Unides, Nova York, 23 de març de 1976. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> [consulta: 01 juny 2013].
- 4 Resolució 1514 de l'Assemblea General de Nacions Unides, sobre la Independència als països i pobles colonials, Nova York, 14 de desembre de 1960. <http://www.un.org/es/decolonization/declaration.shtml> [consulta: 01 juny 2013].
- 5 Declaració sobre els principis del dret internacional referent a les relacions d'amistat i cooperació entre els estats. Resolució 2625 (XXV) de l'Assemblea General de Nacions Unides, Nova York, 24 d'octubre de 1960. <http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/25/ares25.htm> [consulta: 1 juny 2013].
- 6 Saura, Jaume, «Autodeterminació i dret a decidir: reflexions des del dret internacional», *Eldiario.es*, 4 de febrer de 2013. http://www.eldiario.es/agendapublica/autodeterminacion-derecho-decidir-reflexiones-internacional_6_97700231.html [consulta: 01 juny 2013].
- 7 Urrutia, Iñigo, *Derecho de autodeterminación y creación de nuevos Estados europeos a partir de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de Kosovo*, conferència a l'Institut d'Estudis Autonòmics, maig de 2013.

tant en l'existència o en l'absència de títol jurídic (l'absència de l'exercici del dret a l'autodeterminació), com en la neutralitat del dret internacional davant les declaracions d'independència i de la secessió.

Certament, la comunitat internacional s'ha mostrat entre refractària i prudent davant els moviments secessionistes, especialment si aquests poden alterar la pau i la seguretat internacionals. No obstant això, des de la perspectiva jurídica, el que és rellevant és que el dret internacional ni autoritza ni prohibeix la secessió. És a dir que, per als subjectes subestats que aspiren a la independència, la qüestió central no és tant la posició del dret internacional en relació amb les declaracions d'independència, sinó les perspectives que tenen d'aconseguir el suport de, com a mínim, una massa crítica suficient d'estats que puguin fer viable la seva declaració. En aquest sentit, per bé que es tracta d'un instrument de caràcter regional i ratificat per alguns pocs estats, no deixa de ser interessant analitzar el compliment dels criteris d'estatalitat que són requerits per la Convenció de Montevideo de 1933:⁸ un territori definit, una població permanent, un govern i capacitat de mantenir relacions internacionals. Aquests criteris són pràcticament equivalents als que exigeix la tradicional Teoria de l'Estat (*Staatslehre*) per accedir a l'estabilitat. Sobre la base d'aquests criteris la secessió podrà donar lloc, de manera immediata o diferida, a la creació d'un estat.

En conclusió, podem afirmar que el dret a l'autodeterminació i el dret a decidir no són òbviament termes equivalents o sinònims. El dret a decidir no és, com se sol dir, un eufemisme per eludir fer referència o emmascarar el dret a l'autodeterminació. En el seu origen, tots dos conceptes estan molt vinculats, efectivament, però això no implica que conceptualment siguin la mateixa cosa. Com s'ha vist, el dret a l'autodeterminació l'exerceixen aquells pobles internacionalment reconeguts, amb conflictes igualment reconeguts. La qüestió, a partir d'aquí, és determinar on i en quins casos s'aplica aquest dret. A més, el dret a decidir no està reconegut com a tal en el dret públic internacional ni es troba plasmat en cap instrument o tractat de dret internacional, llevat, com es dirà, de les recents constitucions d'Etiòpia, i Sèrbia i Montenegro. Amb tot, el dret a decidir basat en el principi democràtic i la regla de la majoria és difícil de rebutjar. Per al professor Rubio es tracta d'«una doctrina que avui pocs neguen i l'expressió més coneguda del qual es pot trobar en el famós dictamen que la Cort Suprema del Canadà va

8 Convenció sobre drets i deures dels estats, Montevideo, 26 de desembre de 1933. <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html> [consulta: 25 maig 2013].

emetre el 1999 [sic] sobre la legitimitat de la celebració d'un referèndum en el Quebec [...]».⁹ En aquest sentit, el dictamen del Tribunal Internacional de Justícia (TIJ) sobre Kosovo va reforçar posteriorment aquest dret, sense dir-ho explícitament. Com s'analitzarà amb més deteniment més endavant, el TIJ afirmà que la secessió de Kosovo no només no era il·legal, sinó que podia sustentar-se sobre la base d'un altre tipus de legitimitat: l'existència d'un estat *de facto*, en absència de violència i després d'intenses negociacions prèvies, ben conduïdes i de bona fe, tot i fracassades.¹⁰

2 · El dret a l'autodeterminació com a base per a la secessió i la creació de noves entitats polítiques sobiranes

Tots els pobles tenen el dret de lliure determinació. En virtut d'aquest dret, com s'ha vist anteriorment, els pobles estableixen lliurement la seva condició política i proveeixen el seu desenvolupament econòmic, social i cultural. Aquest és l'article primer del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics i del Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals de Nacions Unides, conclosos el 1966 i subscrits per la pràctica totalitat dels estats del món. En virtut del dret d'autodeterminació, doncs, el futur d'un poble es fonamenta en el reconeixement i el respecte dels seus drets polítics i socials. Aquest és un principi elemental del dret polític: tot poble posseeix i ha d'exercir la facultat de decidir el marc polític que li correspon.

Seguint amb aquest sil·logisme, si tot poble és titular del dret d'autodeterminació, és la ciutadania d'aquest poble la que deté la potestat inalienable de decidir lliurement i democràticament sobre la idoneïtat del seu estatus polític. D'aquesta manera, si una nació exerceix el seu dret de secessió, res

⁹ Rubio Llorente, Francisco, «Un referèndum para Cataluña», *El país.com*, 8 d'octubre de 2012. http://elpais.com/elpais/2012/10/03/opinion/1349256731_659435.html [consulta: 1 juny 2013].

¹⁰ Opinió consultiva de la Cort Internacional de Justícia sobre la conformitat amb el dret internacional de la declaració unilateral d'independència relativa a Kosovo de 26 de juliol de 2010: «122. La Corte ha llegado a la conclusión, en los párrafos precedentes, de que la aprobación de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no vulneró el derecho internacional general, la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad ni el Marco Constitucional. En consecuencia, la aprobación de esa declaración no vulneró ninguna norma aplicable del derecho internacional». <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/64/881>

no hauria d'impedir la seva llibertat. Ni el principi d'unitat de l'estat, ni la immutabilitat constitucional, ni per descomptat, l'ús de la força. En aquest últim extrem, en virtut del principi de subsidiarietat, és el ciutadà el qui té el dret a exercir la seva voluntat política a través de l'emissió del seu vot en referèndum.

El tractament que s'ha fet d'aquest dret des de les Nacions Unides es pot dividir en quatre grans etapes: en un primer moment, es donà un reconeixement genèric del dret d'autodeterminació en la Carta fundacional. Posteriorment, la Declaració Universal de Drets Humans no recollí explícitament aquest dret, a conseqüència de les divergències interpretatives entre els estats membres, per bé que el seu reconeixement és pot deduir del conjunt de l'articulat, especialment de l'article 1, precisament el que consagra la llibertat individual, ja que el dret d'autodeterminació no és ni més ni menys que l'expressió col·lectiva d'aquesta mateixa llibertat individual.¹¹

Un element que dota de contingut i legitimitat aquest dret és l'article 3 del ja citat Conveni de drets i deures dels estats, signat a Montevideo l'any 1933, que especifica que «l'existència política de l'Estat és independent del seu reconeixement per part dels altres Estats. Fins i tot abans de ser reconegut, l'Estat té el dret de defensar la seva integritat i independència, proveir a la seva conservació i prosperitat, i per tant d'organitzar-se com millor ho entengui, legislar sobre els seus interessos, administrar els seus serveis i determinar la jurisdicció i competència dels seus tribunals. L'exercici d'aquests drets no té altres límits que l'exercici dels drets d'altres Estats conforme al Dret Internacional». Aquest conveni, per bé que adreçat a la problemàtica dels pobles indígenes, fou signat, entre d'altres, per països tant influents a nivell internacional com són els Estats Units, Colòmbia, Argentina, Cuba, el Brasil o Mèxic i posa l'èmfasi en el moment de la creació dels estats, en l'instant en què els pobles decideixen convertir-se en un nou estat i no tant en la voluntat de la resta de reconèixer-lo com a nou estat.

En una segona etapa, com a conseqüència de la guerra freda i dels canvis en la correlació de forces internacionals, es paralitzà el desenvolupament d'aquesta qüestió fins als anys seixanta quan se'n va restringir la

11 Declaració universal dels Drets Humans, adoptada i proclamada per l'Assemblea General de Nacions Unides. Resolució 217 A (III), de 10 de desembre de 1948; article 1: «Tots els éssers humans neixen lliures i iguals en dignitat i en drets. Són dotats de raó i de consciència, i han de comportar-se fraternalment els uns amb els altres». <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

interpretació, en predicar-se dels pobles en vies de descolonització. Així, mitjançant la Resolució 1514 adoptada per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 14 de desembre de 1960, l'ONU va reconèixer aquest dret a les colònies en la Declaració sobre la concessió d'independència als països i pobles colonials.

Posteriorment, en un tercer moment, el Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals¹² i el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, ambdós aprovats el 16 de desembre de 1966 per l'Assemblea General de l'ONU, ampliaren l'horitzó i estengueren a tots els pobles la titularitat del dret a decidir lliurement el seu futur, i així es va omplir el buit deixat en la declaració de 1948, en establir en el seu article primer, comú a ambdós textos, que «tots els pobles tenen el dret a la lliure determinació». Aquesta reiteració cal interpretar-la en el sentit que el dret d'autodeterminació està en connexió directa amb el conjunt dels drets econòmics, socials i culturals, i polítics continguts en els pactes, que adquireixen el caràcter de clau de volta de la construcció jurídica dels drets humans. A més, cal destacar la condició de tractats internacionals d'aquests pactes, és a dir, de normes jurídiques vinculants per a tots els estats que els han ratificat, i que no disposen de la facultat jurídica d'interpretar-los, comesa que s'atribueix en exclusiva al TIJ. En aquest context, el 24 d'octubre de l'any 1970, la Declaració sobre les relacions d'amistat i cooperació entre els estats va establir que el dret a l'autodeterminació no ha de desembocar necessàriament en la creació d'un nou estat, i va introduir mesures de protecció de la integritat dels ja constituïts; especificant, però, que aquesta protecció s'aplicaria només a estats controlats per un govern que representa tota la població d'aquell territori sense distinció de raça, credo o color.

La quarta etapa s'obre amb la descomposició del bloc comunista, que comportà la independència de moltes de les repúbliques integrants de l'antiga URSS, fent realitat, *de facto*, el dret teòric a l'autodeterminació dels pobles incorporat a la doctrina marxista-leninista. Una nova declaració de l'Assemblea General de l'ONU, de 18 de desembre de 1992, la Declaració sobre els drets de les persones pertanyents a minories nacionals, ètniques, religioses o lingüístiques, obligà els estats a protegir la identitat de les

12 Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals. Resolució 2200 A (XXI) de l'Assemblea General de Nacions Unides, Nova York, 16 de desembre de 1966. http://www.anue.org/catala/DOCS_FET_HISTORIA/A2Pacte_internacional.pdf [consulta: 1 juny 2013].

minories dins dels seus territoris, sense plantejar l'exercici del dret d'autodeterminació.¹³

A partir d'aquí, sembla convenient fixar-nos que, com és sabut, hi ha dos tipus de drets a l'autodeterminació: el dret a l'autodeterminació interna i el dret a l'autodeterminació externa. D'una banda, s'afirma que tots els pobles inclosos a l'interior d'un estat englobant o matriu disposen d'un dret general, unilateral i primari a l'autodeterminació, és a dir, la capacitat de conservar les institucions pròpies i determinar el seu estatus polític, a més de desenvolupar-se econòmicament, socialment i culturalment (autodeterminació interna).¹⁴ Es tracta d'un dret primari, no pas d'un dret de reparació, perquè existeix fins i tot en absència de qualsevol injustícia que el poble hagi pogut patir. Fins i tot, encara que les institucions d'autonomia o autogovern d'aquest poble no hagin estat abolides per l'estat al qual pertany o no hagi sofert cap tipus de violació dels drets humans o d'annexió forçada. En aquests casos, la constitucionalització d'algun tipus d'estatus polític singular comporta la institucionalització de fets diferencials, entenent que es tracta de comunitats amb cultura i llengua compartides, o bé d'individus procedents de la diàspora de la immigració, o dels seus descendents, que s'identifiquen amb el seu país d'origen. En aquests casos, el dret al govern autònom d'aquest col·lectiu acostuma a prendre la forma d'una entitat federada en el si d'una federació o d'un règim d'autonomia política. En molts casos, fins i tot, el dret al desenvolupament econòmic pot quedar garantit amb el reconeixement d'una certa autonomia fiscal i el dret al desenvolupament cultural amb la plena responsabilitat en matèria de llengua, cultura,

13 Declaració sobre els drets de les persones pertanyents a minories nacionals o ètniques, religioses i lingüístiques. Resolució 47/135 de l'Assemblea General de Nacions Unides, Nova York, 18 de desembre de 1992. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/minorias.htm> [consulta: 1 juny 2013].

14 La Declaració sobre les relacions d'amistat entre estats, recollida a la Resolució 2625 (XXV) de 1970, reafirma, en primer lloc, l'existència d'un dret a l'autodeterminació interna de tots els pobles («en virtut del principi d'igualtat de drets dels pobles i del seu dret a disposar d'ells mateixos, principi consagrat a la Carta de les Nacions Unides, tots els pobles tenen el dret de determinar el seu estatut polític, en total llibertat i sense ingerència exterior, i de seguir el seu desenvolupament econòmic, social i cultural. Tots els Estats tenen el deure de respectar aquest dret conformement a les disposicions de la Carta»). D'aquesta manera, un poble no pot violar la integritat territorial d'un estat si aquest respecta els drets de la persona i assegura la representativitat d'aquest poble en el si de les instàncies comunes de decisió. Ara bé, i això és rellevant, la situació inversa també sembla factible: la violació d'algun d'aquests principis pot legitimar un plantejament de secessió.

telecomunicacions, educació i immigració. La representació internacional es pot assegurar mitjançant el reconeixement d'un determinat rol internacional a les entitats federades.

D'altra banda, el dret a l'autodeterminació externa suposa el dret a disposar d'un estat políticament sobirà. En concret, per als pobles sense estat, aquest dret implica la possibilitat de violar la integritat territorial de l'estat matriu amb l'objectiu de crear un nou estat (la secessió) o d'associar-se amb un altre ja existent. Dit d'una altra manera, es reconeix que els pobles disposen d'un dret a l'autodeterminació externa si l'autodeterminació interna els és refusada. Si l'estat englobant nega una representativitat al poble minoritari dins de les seves institucions, s'annexiona una part del territori del poble minoritari, o va en contra de principis ja constitucionalitzats respecte a l'autonomia intraestatal d'aquest, el poble minoritari té un dret de secessió, en aquest cas concebut com un dret de reparació. Així doncs, no sempre es pot identificar amb la creació d'un estat independent, encara que aquesta alternativa no es pot descartar, lògicament. Pot consistir a donar forma jurídica a un procés de descolonització; a la separació d'un estat (cas de la República Txeca i Eslovàquia, de les repúbliques bàltiques o dels països de l'ex-Iugoslàvia); al reagrupament estatal (cas de l'Alemanya unificada); i al reconeixement indígena o a l'increment de l'autogovern.

En conclusió, i amb caràcter general, les condicions d'aplicació en matèria d'autodeterminació externa no resulten controvertides ni en el context descolonitzador ni en el context de l'autodeterminació constitucional, per bé que hi ha alguns exemples de secessió per la via de l'autodeterminació fora del context descolonitzador (Croàcia o Bangla Desh). Fins i tot la Cort Internacional de Justícia s'ha referit en alguna ocasió al caràcter general d'aquest dret sense vincular-lo a la descolonització¹⁵ (Opinió consultiva de 9 de juliol de 2004 sobre la construcció d'un mur al territori ocupat de Palestina, o en el cas de Timor Oriental el 1995).¹⁶ En segon terme, podem

15 Resolució de la Cort Internacional de Justícia relativa a Timor Oriental, la Haia, 30 de juny de 1995. <http://www.unizar.es/ssalinas/documents/Prctican9.Documenton6.pdf> [consulta: 1 juny 2013]. Opinió consultiva de la Cort Internacional de Justícia sobre les conseqüències jurídiques de la construcció d'un mur en el territori palestí ocupat, la Haia, 13 de juliol de 2004. http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_2004-07-09.pdf [consulta: 1 juny 2013].

16 Atès que no totes les reivindicacions dels pobles que reclamen exercir el dret a l'autodeterminació van dirigides a dotar-se d'estat propi, alguns autors han abandonat la distinció entre autodeterminació interna i externa, per passar a enumerar les categories

afirmar que hi ha una variant de l'autodeterminació externa: la «secessió com a remei», sorgida com a interpretació a contrari de la Resolució 2625 (XXV) de l'Assemblea General de Nacions Unides, de 24 d'octubre de 1970, que conté la Declaració relativa als principis de dret internacional referents a les relacions d'amistat i a la cooperació entre els estats de conformitat amb la Carta de les Nacions Unides.¹⁷ I, finalment, juntament amb el cas dels pobles objecte de dominació o explotació estrangera, la Cort Suprema del Canadà, en la seva decisió sobre la secessió del Quebec, també va incloure el cas que a un grup definit li fos negat l'accés real al govern per assegurar el seu desenvolupament polític, econòmic, social i cultural, és a dir, en cas de restricció de l'exercici de l'autodeterminació interna.¹⁸

3 · El dret a decidir basat en els principis democràtic i d'efectivitat

Com ja ha estat dit, la realitat ens demostra, tanmateix, que, mentre, d'una banda, el dret internacional afirma el dret a la integritat territorial dels estats, de l'altra, també admet que un poble opti a la seva estatutalitat, en determinades condicions, a través de procediments democràtics i pacífics. És a dir, sense recórrer a un ús il·legítim de la força; respectant els drets i llibertats de les persones, especialment de les minories constituïdes en el seu interior; i si reuneix *de facto* els elements propis de la Teoria de l'estat

següents: autodeterminació anticolonial (per alliberar-se del domini estranger –casos de Puerto Rico o Nova Caledònia–); subestatal (dret reclamat pels pobles que tenen algun tipus de reconeixement juridicoadministratiu dins l'estat en el qual estan integrats, per passar a tenir estat propi o modificar el vincle d'integració –el Tibet, el Quebec o Còrsega–); transestatal (quan el poble que el vol exercir es troba dividit entre diversos estats –el Kurdistan o Euskadi–); de pobles dispersats (pobles sense una base territorial homogènia unificats bàsicament per factors religiosos o culturals –els gitanos o els musulmans de l'Índia–); indígena (dita també dels pobles autòctons que, fruit de la colonització, han estat desposseïts del seu territori i marginats –els amerindis dels EUA o els pobles amazònics –); i representativa (quan la població d'un estat vol canviar-ne l'estructura política).

17 «La submissió dels pobles a la subjugació, dominació i explotació estrangeres constitueix una violació del principi [de lliure determinació], així com una denegació dels drets humans fonamentals, i és contrària a la Carta de les Nacions Unides.»

18 Opinió consultiva de la Cort Suprema del Canadà sobre la secessió del Quebec, Ottawa, 20 d'agost de 1998. <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do> [consulta: 1 juny 2013].

(sobirania, població, territori), és a saber, control del territori i realització d'actes concloents de sobirania enfront de tercers.

A partir d'aquí, ens detindrem a examinar els supòsits d'exercici més recent del dret a decidir.

3.1 · L'Opinió consultiva de la Cort Internacional de Justícia sobre Kosovo

En alguns casos, aquest fenomen s'ha donat de manera pactada, com és el cas del conegut com a *Divorci* o *Revolució de Vellut* de Txecoslovàquia de 1993, després d'una declaració unilateral prèvia del Consell Nacional d'Eslovàquia, seguida d'un procés de negociació amb les autoritats txeqües.¹⁹ En d'altres, el procés ha estat més complex, com ara a Kosovo, en què el punt de partida fou una declaració unilateral d'independència (DUI) formulada pel Parlament,²⁰ sense negociació ulterior, però en un supòsit en què era constatable el rebuig de l'autodeterminació interna: negació de la representativitat kosovar, violació de l'autonomia intraestatal, i violació dels drets humans.²¹ Aquí, el dret a decidir es plasmà en un pronunciament d'una instància democràtica representativa de la comunitat intraestatal. Es tracta d'un reconeixement tàcit, basat no tant en un dret primari o preexistent, sinó en un dret de reparació. El nou estat passa a existir encara que n'hi hagi molts d'altres que no el reconeguin, a través de la coneguda doctrina de l'efectivitat. Posteriorment, el TIJ va emetre un dictamen, basat en el dret internacional general, aplicable tant en el cas de Kosovo com en d'altres conflictes secessionistes.²²

19 Declaració del Consell Nacional d'Eslovàquia per la independència, Bratislava, 17 de juliol de 1992. <http://www.nrsr.sk/web/default.aspx?SectionId=124> [consulta: 25 maig 2013].

20 Declaració unilateral d'independència de Kosovo, Priština, 17 de febrer de 2008. <http://www.assembly-kosova.org/?cid=2,128,1635> [consulta: 25 maig 2013].

21 El 17 de febrer de 2008, els representants polítics electes de Kosovo van aprovar de forma unilateral la seva declaració d'independència respecte de Sèrbia. La declaració fa menció expressa al seu propi context, de manera que la situa com a resposta davant el que es considera un fracàs com són les negociacions sobre l'estatut definitiu de Kosovo, i afirma que no hauria estat possible «obtenir cap acord sobre un estatut futur mútuament acceptable» (paràgrafs 10è i 11è del preàmbul).

22 Cal tenir present que els 69 estats membres de l'ONU que van reconèixer Kosovo com a estat independent en el moment en què la Cort Internacional va dictar la seva Opinió, ho van fer sense que Sèrbia hagués acceptat prèviament l'existència de Kosovo com a

Efectivament, en el seu Dictamen de 22 de juliol de 2010, dictat arran de la declaració unilateral d'independència (DUI) del Parlament de Kosovo de 17 de febrer de 2008, el TIJ establí, a instàncies de l'Assemblea General de Nacions Unides (Resolució 63/3, de 8 d'octubre),²³ que tota DUI, ja sigui feta per via parlamentària o popular, no troba emparament en el dret internacional, per bé que aquest tampoc no n'és contrari, sempre que la DUI vagi seguida d'una situació de fet en què es constati la presència efectiva d'elements propis d'estat, en particular, l'exercici de la sobirania. En concret, l'opinió consultiva del TIJ, titulada «Conformitat amb el dret internacional de la declaració unilateral d'independència relativa a Kosovo», va concloure que la DUI de Kosovo no vulnerava el dret internacional general, ni la resolució 1244 (1999) del Consell de Seguretat ni el marc constitucional, i que, per tant, no vulnerava cap norma aplicable del dret internacional.

Sense entrar en disquisicions particulars sobre el dret a l'autodeterminació, ni sobre el dret de secessió, el TIJ admeté que la DUI feta pel Parlament kosovar no era contrària a dret internacional (paràgraf 79), ja que es tractava de la manifestació d'una instància representativa escollida democràticament pels ciutadans, tot prescindint de l'ordre constitucional intern de Sèrbia (l'article 8 prohibia expressament aquesta possibilitat: «El territori de Sèrbia és inseparable i indivisible»), per bé que, certament, cal tenir en compte que aquest ordenament havia estat substituït, parcialment, per un règim interí d'autogovern implantat Kosovo directament per Nacions Unides d'acord amb la Resolució 1244 (1999) del Consell de Seguretat de

estat independent, i mentre seguia reclamant la seva integritat territorial. L'acord amb l'estat matriu no fou requerit, doncs, com a condició de reconeixement internacional. Aquest aspecte es pot considerar, sense dubte, l'aportació cabdal de l'Opinió consultiva.

- 23** Després de la DUI per part dels representants electes de Kosovo, Sèrbia va instar la presa de posició de l'Assemblea General de les Nacions Unides, que, mitjançant la Resolució 63/3, de 8 d'octubre de 2008, va requerir una Opinió consultiva de la Cort Internacional. L'objectiu pretès per Sèrbia era aconseguir una decisió de disconformitat amb la DUI, amb la finalitat de reobrir el procés de negociació bilateral. En un primer intent d'aclarir la situació, l'Assemblea General va instar el TIJ a respondre la pregunta: «S'ajusta al dret internacional la declaració unilateral d'independència formulada per les institucions provisionals d'autogovern de Kosovo?». El marc constitucional considerat pel TIJ no fou la Constitució de Sèrbia sinó la Resolució 1244 (1999) del Consell de Seguretat i les normes que se'n deriven, les quals establien un règim interí d'autogovern, entenent que la possibilitat de la independència no es trobava expressament prohibida com a estatus final.

Nacions Unides.²⁴ Amb tot, el TIJ va admetre que els autors de la DUI (la majoria de membres del Parlament kosovar, i el seu president) no podien violar el marc constitucional serbi perquè, en declarar-se la independència, no actuaven com a òrgans de les institucions provisionals d'autogovern, sinó com a poder constituent, amb la capacitat que els conferia la seva condició de representants del poble de Kosovo. És a dir, mitjançant un procediment legítimament democràticament on els representants escollits van decidir presentar la declaració d'independència.

Efectivament, la Cort Internacional evità pronunciar-se sobre si hi ha un dret general d'independència emparat en el dret internacional, però va entendre que l'examen de l'aplicació o no del dret a l'autodeterminació enunciat en la Carta de Nacions Unides i en els pactes internacionals de drets civils i polítics no era adequat en aquest cas, i es va centrar a respondre directament a la pregunta si la DUI feta pels representants del poble kosovar era o no contrària al dret internacional. En aquest sentit, sobre la base del caràcter estrictament interestatal del principi d'integritat territorial, el TIJ confirmà la tesi de la neutralitat, independentment del títol jurídic emprat: les declaracions d'independència en aquells casos en què no s'aplica el dret de lliure determinació externa en el sentit més clàssic, i unànimement acceptat, no són oposables sobre la base del principi de territorialitat estatal.²⁵

24 En el moment de la Declaració, el marc jurídic de Kosovo estava regit per la Resolució 1244 (1999) del Consell de Seguretat de Nacions Unides, que, fonamentalment, preveia autoritzar la creació d'una presència militar internacional (KFOR) per garantir la pau i la desmilitarització, i una presència civil internacional (Missió d'Administració Provisional, anomenada UNMIK), que va establir el marc per a l'administració de Kosovo, mitjançant un sistema transitori d'autonomia i autogovern. La missió administrativa estava encapçalada per un representant especial del secretari general (assistit per quatre representants especials adjunts assignats a diferents organitzacions: l'administració civil provisional, a Nacions Unides; els assumptes humanitaris, a l'ACNUR; el foment institucional, a l'OSCE; i la reconstrucció, a la UE. El règim jurídic es va establir mitjançant el Reglament 2001/9 de la UNMIK, de 15 de maig de 2001, sobre el Marc Constitucional per al Govern Autònom Provisional. Al juny de 2005, el secretari general designà Kai Eide com a enviat especial, qui proposà iniciar el procés relatiu a l'estatus definitiu. El novembre del mateix any, Martti Ahtisaari, enviat especial per al procés sobre l'estatus definitiu, va concloure que les negociacions entre Kosovo i Sèrbia no havien cristallitzat i proposava la independència com a solució final, supervisada inicialment per la comunitat internacional.

25 En particular, el TIJ afirma que en els casos de declaracions d'independència fora de l'exercici del dret d'autodeterminació, la pràctica dels estats «no revela l'aparició en el dret internacional d'una nova norma que prohibeixi l'adopció d'una declaració d'independència en aquests casos» (apartat 79).

És d'aquí on podem concloure que el dret internacional no conté prohibicions generals contràries a les declaracions d'independència (paràgraf 84), de manera que aquestes s'ajustarien a dret sempre que es produïssin de forma pacífica i democràtica.

Així doncs, en el conflicte entre el principi de constitucionalitat i el principi democràtic va prevaldre aquest últim. Dit d'una altra forma, evitant pronunciar-se sobre l'existència d'un dret general de secessió, el TIJ va entendre que en aquell cas no era aplicable el dret d'autodeterminació i va legitimar una DUI basada en la doctrina de l'efectivitat, advertint que, en els casos en què les DUI havien estat declarades contràries al dret internacional (Rhodèsia del Sud, Nord de Xipre o República Srpska), la contravençió de l'ordenament jurídic internacional tenia a veure més aviat amb l'ús il·legítim de la força (paràgraf 81).²⁶ És a dir, si bé la garantia de la territorialitat de l'estat resulta vinculant, l'ús de la força o l'amenaça d'usar-la suposa una obligació de caràcter imperatiu general, i per aquesta raó també és aplicable a les entitats subestats. Evidentment, aquesta garantia del no-ús de la violència i la prohibició de l'amenaça d'usar-la, s'aplica, per les mateixes raons, als estats dins dels quals es produeixen moviments secessionistes.²⁷

Sigui com sigui, la resolució del TIJ sobre Kosovo té una importància cabdal perquè va resoldre, ni que sigui indirectament, algunes qüestions fo-

26 Aquest aclariment tingué lloc perquè diversos intervinents en el procediment van al·legar que el principi d'integritat territorial s'ha aplicat recentment en diversos conflictes secessionistes, com ara els de Geòrgia i Abkhàzia i Ossètia del Sud, Azerbaidjan / Nagorno-Karabakh, i també es va posar de manifest que el Consell de Seguretat ha aprovat diverses resolucions condemnatòries de determinades declaracions d'independència relatives a Rhodèsia del Sud (Resolució 216 [1965] i Resolució 217 [1965]), Xipre septentrional (Resolució 541 [1983]) i la República Srpska (Resolució 787 [1992]), entre d'altres.

27 Tampoc la circumstància que en diversos convenis internacionals constin prescripcions adreçades a ens subestats sobre el respecte a la integritat territorial (vegeu art. 5 de la Carta Europea de Llengües Minoritàries o Regionals; art 21 de la Convenció Marc per a la Protecció de les Minories Nacionals; art. 46 de la Declaració Internacional dels drets dels pobles indígenes) no constitueix una prohibició per als ens subestats de declarar la seva independència. El respecte per la integritat territorial de l'estat no s'ha d'entendre de forma aliena a l'objecte d'aquestes normes, dirigides a subjectes als quals tal normativa no els reconeix personalitat jurídica (parlants de les llengües minoritàries o regionals, les minories nacionals o els pobles indígenes). L'abast d'aquestes prescripcions es limita a interpretar l'àmbit dels drets reconeguts en aquests convenis, aclarint que aquests instruments no inclouen el dret d'autodeterminació externa.

namentals sobre la legalitat dels processos de formació de nous estats. D'entrada, com hem vist, es reconeixia, tot i ser en un cas particular, la secessió d'un territori sobre el qual, en algun moment, havia regit una prohibició expressa de secessió per part de la constitució de l'estat matriu. En segon terme, Kosovo no deixa de ser l'excepció que confirma la regla: com que l'ONU no acostuma a intervenir mai per autoritzar la secessió a grups que no siguin pròpiament nacions (va impedir la secessió dels serbis bosnians i dels croats a Bòsnia, perquè es tractava de minories lingüístiques nacionals veïnes, i, tanmateix, va autoritzant les de Bòsnia, Croàcia i Eslovènia, que formaven nacions homogènies). A Kosovo, com és sabut, hi conviuen dues comunitats: una de majoria albanokosovar i una minoria sèrbia.

3.2 · L'Opinió consultiva de la Cort Suprema del Canadà sobre el Quebec, i el cas de Montenegro

A causa, sobretot, del procés sobiranista iniciat al Quebec, concretat en sengles referèndums de secessió el 1980 i 1995,²⁸ i singularment de la doctrina emanada de l'Opinió consultiva de la Cort Suprema del Canadà (1998) en resposta a una consulta evacuada pel Govern federal després de la segona consulta (30 d'octubre de 1995), i davant l'eventual convocatòria d'un nou referèndum per part d'aquella província, es va iniciar un procés de «juridificació» del dret a decidir, amb l'objectiu de preveure i disciplinar el procés de constitució d'estats independents *ex novo* o per secessió, consistent a preveure els procediments i majories que garantissin la viabilitat de noves comunitats independents en l'ordre jurídic internacional.²⁹ Sense qüestionar el principi democràtic inherent a tota consulta, el Govern federal canadenc va posar en dubte la possibilitat que aquest procés es dugués a terme de forma unilateral i també el percentatge necessari per arribar-hi, a més dels termes de la pregunta que s'hi havia de formular, cosa que, més tard, donaria lloc a l'aprovació de la Llei de la claredat.³⁰

28 Podeu consultar els resultats electorals de sengles referèndums a l'enllaç següent: <http://www.electionsquebec.qc.ca>.

29 López Bofill, Hèctor, *Nous estats i principi democràtic*. Barcelona, CETC - Angle Editorial, 2009, p. 54-69.

30 René Lévesque, primer ministre del Quebec entre 1976 i 1984, digué en la trobada de primers ministres celebrada a Ottawa el 9 de juny de 1980, poques setmanes després de la celebració del primer referèndum: «Al referèndum del 20 de maig passat, els

La Cort Suprema del Canadà va identificar fins a quatre principis subjacents, i de valor equivalent, per garantir unes relacions justes i equitatives entre tots els socis polítics de la federació canadenca: el principi democràtic, el principi constitucional, el principi federal i el principi de l'estat de dret. A més, va reconèixer inequívocament la presència de dues majories nacionals al Canadà: una amb irradiació al Quebec i una altra estesa pel conjunt de l'Estat.³¹ Tot i que l'alt tribunal federal no va aportar tots els aclariments desitjables per al debat, almenys proporcionà un marc per a la gestió de les discrepàncies, especificant l'obligació dels uns i dels altres d'actuar de manera responsable. La qual cosa condueix al principi d'efectivitat. Aquest principi, com hem vist, és el que permet a les nacions que aspiren al reconeixement i l'habilitació estatal, vetllar, sense límit per part de l'antic estat englobant, pel destí de la comunitat nacional reagrupada al voltant d'institucions constituïdes.

En concret, l'Opinió de la Cort Suprema del Canadà (Reference by the Governor-General concerning Certain Questions relating to the Secession of Quebec from Canada) venia a resoldre una qüestió doble formulada pel Govern federal canadenc: «Dóna el Dret Internacional a l'Assemblea Nacional, el Parlament o el Govern del Quebec el dret a declarar unilateralment la independència de Quebec de Canadà?». I, en el mateix sentit: «Existeix un dret a la lliure determinació d'acord amb el dret internacional que atorgui a l'Assemblea Nacional, el Parlament o el Govern del Quebec el dret a declarar unilateralment la independència del Quebec del Canadà?».

quebequesos van exercir, per primera vegada, el seu dret a l'autodeterminació. Aquest exercici es va realitzar –democràticament i legalment– i va ser reconegut com a tal per la resta del Canadà, i els primers ministres de moltes províncies s'hi van implicar personalment. També va ser reconegut per la comunitat internacional, que hi va mostrar un gran interès. El reconeixement manifest d'aquest dret és l'experiència més valuosa del referèndum quebequès. [...] El dret de decidir el destí nacional propi és el dret més fonamental que posseeix la comunitat quebequesa».

- 31 «[...] Sempre que el Quebec exerceixi els seus drets en el respecte dels drets dels altres, pot proposar la secessió i buscar com obtenir-la per la via de la negociació. El procés de negociació resultant de la decisió d'una majoria clara de la població del Quebec en favor de la secessió, en resposta a una pregunta clara, exigiria la conciliació de diversos drets i obligacions per part dels representants de dues majories legítimes, a saber, una majoria clara de la població del Quebec i una majoria clara del conjunt del Canadà, sigui la que sigui. No es pot acceptar que una de les dues majories sigui més important que l'altra. Una majoria política que no actuï d'acord amb els principis subjacents de la Constitució que hem descrit posaria en perill la legitimitat de l'exercici dels seus drets.»

En resposta a aquestes preguntes, la Cort Suprema del Canadà determinà que la província del Quebec no tenia dret a la secessió ni d'acord amb el dret internacional ni amb el dret constitucional intern canadenc, però sí en el cas que optés per cercar la independència a través d'un referèndum fet amb totes les garanties; és a dir, si aquesta decisió s'adoptava d'acord amb el principi democràtic i s'obria la porta a una reforma constitucional per fer-la efectiva en el context d'una organització territorial com la canadenca, fonamentada en el principi federal. La Cort Suprema del Canadà va entendre, doncs, que si una majoria clara dels ciutadans del Quebec optava per la secessió, d'acord amb el principi democràtic, i no pel dret a l'autodeterminació, el Govern federal i la resta de províncies tenien l'obligació de negociar la separació. D'aquesta forma es fixava com a necessari un acord previ entre l'estat matriu i el territori secessionista, de manera que la decisió *democràtica* del poble en qüestió constituís, en tot cas, l'inici d'un procés de reforma constitucional –paccionat–, que pogués tenir, o no, com a desenllaç la secessió.

Pel que fa a Montenegro, és sabut que, juntament amb Sèrbia, aquest territori va constituir un nou estat succeint l'extinta Iugoslàvia, després d'un procés de descomposició que va portar prèviament la independència a Eslovènia, Croàcia, i Bòsnia i Hercegovina. L'interès de la comunitat internacional d'evitar que el procés s'estengués a Kosovo, sumat a d'altres factors, explica que es posessin tota mena d'objeccions inicials perquè Montenegro abandonés la seva unió amb Sèrbia. Val a dir que entre Sèrbia i Montenegro es va forjar una unió condicional, una unió d'estats que contemplava explícitament la possibilitat de la secessió. Així, la Carta Constitucional de la Unió d'Estats de Sèrbia i Montenegro (2003), recollia en el seu article 60 la possibilitat de retirada o, en els termes de la mateixa Carta, el canvi d'estatus de l'estat (de membre d'una unió d'estats a estat independent). Un precepte similar figurava a la Constitució de Montenegro de 1992, l'article 2 de la qual establia que el canvi en l'estatus de l'estat es decidiria per referèndum.³²

Amb tot, la Comissió de Venècia (CV) del Consell d'Europa va emetre un dictamen a petició de l'Assemblea Parlamentària d'aquest organisme continental, que fou assumit pel Consell de Ministres i per l'Alt Representant de la Política Exterior i de Seguretat Comunes de la Unió Europea, en què

32 Podeu consultar la Carta Constitucional de Sèrbia i Montenegro de 2003 a l'enllaç següent: <http://www.refworld.org/docid/43e7547d4.html>.

es concretaven algunes qüestions en cas de secessió.³³ Particularment, els requeriments establerts (especialment la majoria del 55% dels vots emesos favorables a l'opció de la independència) es van acabar de negociar amb els actors polítics montenegrins i es van plasmar en la denominada Llei sobre el referèndum de l'Estat, d'1 de març de 2006, moment a partir del qual s'organitzà formalment el referèndum de 21 de maig de 2006, que va dur a aquest territori a trencar la seva unió amb Sèrbia i assolir l'estat propi, després que el *sí* obtingués el 55,5% dels vots vàlidament emesos.³⁴

En part, aquesta metodologia exposada ha esdevingut referent dels moviments sobiranistes a l'Europa occidental, com ara l'escocès³⁵ o el català, junt amb la doctrina quebequesa, però, i també indirectament en el cas de Kosovo, fins al punt que la ja citada Opinió consultiva de la Cort Internacional de Justícia, de 22 de juliol de 2010, feia referència a l'Opinió consultiva de 20 d'agost de 1998. El recent acord entre el Govern britànic i l'escocès, signat el 15 d'octubre de 2012, suposa l'acceptació per part del Regne Unit del fet que Escòcia pogués decidir la seva independència mitjançant la celebració d'un referèndum previst per al 18 de setembre de 2014, a través d'una pregunta clara (sí o no a la independència d'Escòcia respecte del Regne Unit).

4 · El corpus internacional o les regles del dret a decidir

Les distintes regles establertes per regular la secessió del Quebec, Montenegro, Kosovo i Escòcia, per bé que es tracti de casos diferents, ens permeten parlar d'un conjunt de regles internacionals que tenen com a denominador comú el fet que no posen en qüestió les motivacions que impulsen la secessió, d'acord amb la complexitat de les distintes realitats polítiques, i que suposen, en conjunt, una superació de les causes que tradicionalment havien legitimat la creació de nous estats, normalment a causa d'avatars històrics

33 Podeu consultar tota la informació relativa a la Comissió de Venècia del Consell d'Europa a l'enllaç següent: <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?opinion=343&year=all>.

34 Montenegro. Llei sobre l'estatus legal d'un referèndum estatal, de 10 octubre de 2001. <http://www.legislationline.org/documents/id/3935> [consulta: 25 maig 2013].

35 Lynch, Peter, «Scottish independence, the Quebec model of secession and the political future of the Scottish National Party», *Nationalism and Ethnic Politics*, 11, núm. 4, gener de 2005, p. 503-531.

sense fonament democràtic: conquestes, guerres, annexions o situacions de força diverses, legitimades posteriorment a través de la invocació al poder constituent i de l'aprovació d'una constitució.

Precisament, aquestes regles han estat delimitades i acceptades ulteriorment per organitzacions internacionals continentals, com ara la Unió Europea (UE) o el Consell d'Europa, així com per altres de globals, com ara Nacions Unides. Sens dubte, aquest fet dificulta cada dia més la tradicional oposició dels estats, en molts casos estats liberaldemocràtics i pluralistes, a la creació de nous estats per secessió invocant exclusivament els principis de constitucionalitat i d'integritat territorial, atès que, com s'ha dit, el fonament d'aquells processos és el principi democràtic, seguint, a més, regles respectuoses amb els drets fonamentals. El principi del federalisme, en combinació amb el principi democràtic, mena que la repudiació constitucional d'assolir la secessió doni pas, almenys, a una obligació recíproca de totes les parts confederades per negociar els canvis constitucionals necessaris per atendre aquests desigs.

Amb tot, cal reconèixer que la construcció jurídica del dret a decidir en l'àmbit internacional no deixa de ser avui en dia molt precària. Encara que es pugui parlar d'un procés d'autèntica «juridificació» d'aquest dret, a partir, com s'ha dit, del pronunciament de distintes jurisdiccions i organismes nacionals i internacionals, continua sense estar recollit de manera expressa en el dret internacional. Així les coses, constatada la voluntat democràtica d'una comunitat per accedir a l'estat propi, en un context pacífic, aquesta voluntat preval per damunt de les regles constitucionals de l'estat matriu que prohibeixen –o no preveuen– la secessió.

La qüestió central és la determinació de la majoria exigida per fundar el nou ordre constitucional. En aquest sentit, tot i que, en estricta teoria democràtica, qualsevol decisió que es prengui per una majoria reforçada troba una difícil justificació perquè significa privilegiar l'*statu quo* existent, en la qüestió de la secessió sembla acceptat consuetudinàriament que la majoria necessària per a la creació d'un nou estat ha de ser superior a la majoria simple, a causa de la transcendència que comporta crear una nova entitat amb sobirania plena i de la necessitat de fomentar l'estabilitat del nou ordre.

El precedent de Montenegro marca de manera precisa què s'ha d'entendre per *majoria clara*, categoria a la qual al·ludia sense més concreció l'Opinió consultiva de la Cort Federal canadenca. La celebració d'un referèndum en què participi com a mínim el 50% del cens i en què s'obtingui un resultat favorable a la independència igual o superior al 55% dels vots

vàlidament emesos s'entén que confereix legitimitat plena a la creació del nou estat. Es tracta, a més, d'una majoria superior a la majoria absoluta dels representants de la ciutadania en una cambra legislativa en cas d'una DUI parlamentària.

No obstant, cal reconèixer que això tensa la relació amb el principi representatiu-partidista. D'entrada, sembla discutible l'exigència d'un quòrum de participació per a la validesa del referèndum (50%, per exemple). No cal dir que amb el referèndum es pretén obtenir un pronunciament positiu o negatiu sobre la base dels vots emesos, de manera que és discutible que el rebuig se sostingui sobre la base de l'abstenció. En tot cas, això revelaria un alt nivell de desconfiança popular, reflex d'un debilitament dels poders establerts. Pel que fa al resultat, semblaria lògic que s'exigís la meitat més un dels vots emesos. Per regla general, en absència d'una solució constitucional distinta, se sol reclamar que la ratificació popular mitjançant referèndum sigui per la majoria dels vots vàlidament emesos, entenent per vots vàlids els positius o negatius, excloent-ne els vots nuls i els vots en blanc, ja que aquests últims equivalen a l'abstenció.

Tanmateix, per al professor Ignacio Torres Muro, no sembla absurd establir un quòrum de participació: «No recordo quan es va introduir per primera vegada, però sí el paper decisiu que va representar en els referèndums britànics dels anys setanta del segle passat, que van tenir com a conseqüència la paralització, en aquell moment, del procés de devolució de poders a Escòcia i Gal·les, procés que, com se sap, es reprendria en els anys noranta, aquest cop amb èxit». També cal recordar les exigències de l'article 151 CE («majoria absoluta dels electors de cada província», per a la iniciativa autonòmica, en l'apartat 1, i «majoria dels vots vàlids emesos en cada província», per a l'aprovació dels estatuts, en l'apartat 2, punts 4 i 5) i del seu desenvolupament en la Llei orgànica de modalitats de referèndum (LORMR) (art. 8 i 9), que tants problemes van plantejar en la seva aplicació al cas de la iniciativa autonòmica andalusa.

Per a Torres Muro, la primera resposta possible és la clàssica: «qui s'absté en una elecció vota amb la majoria, resposta que, reduïda a l'absurd, serviria per propugnar que fins i tot quan hi hagués un únic vot favorable a una opció, d'un electorat raonablement ampli, si la contrària no tingués cap vot, i la resta fos una abstenció massiva, triomfaria aquella».³⁶ Per al

36 Cascajo, José Luis; García, Eloy; Oliver, Joan; Torres, Ignacio, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, p. 11-56.

professor, l'exigència que participi la meitat del cos electoral és raonable, i també ho és que almenys la meitat dels votants es pronunciïn a favor de la mesura que finalment s'aprovi. Se'ns dirà que això posa en mans del 25% dels electors la decisió, i que aquests percentatges són molt baixos, però creiem que són prou significatius per garantir que d'una manera aproximada es conegui la voluntat del cos electoral en els casos menys conflictius. Per a ell, a més, «No s'ha de descartar, però, que, per preses de posició d'especial transcendència, s'exigeixi un quòrum reforçat, que pogués arribar a la previsió que sigui necessària l'aprovació de la mesura per la meitat més un dels electors, en un intent d'afavorir les posicions dels grups minoritaris, i aconseguir que l'acord que es prengui sigui expressió d'una part significativa de l'electorat, com està clar que ha de succeir quan les decisions tinguin una gran rellevància per al futur de la corresponent comunitat política». No cal aclarir que dic això pensant especialment en possibles referèndums d'independència de determinades entitats subestatals, des del moment en què s'hi prendria un acord que commouria els fonaments mateixos de la convivència, i les relacions, entre aquests ens i l'Estat [...]».

4.1 • La *Clarity Act* canadenca

La *Clarity Act* (Llei de la claredat),³⁷ ideada pel polític i exministre federal canadenc Stephan Dion, arran del referèndum quebequès de 1995 i de l'Opinió consultiva de la Cort Suprema de 1998, fixa les condicions que ha de reunir una eventual iniciativa secessionista al Canadà, fent que la secessió unilateral, ni que sigui decidida per majoria absoluta d'una província, resulti il·legal *de iure*, d'acord amb una restrictiva interpretació de la sentència de la Cort Suprema de 1998. Ara bé, aquesta llei federal, adoptada l'any 2000, no nega el dret dels quebequesos a decidir el seu futur. Accepta la possibilitat que un dia el Quebec se'n pugui separar, però utilitza el dret per emmarcar aquest procés de manera legítima en alguns aspectes, i de manera il·legítima en d'altres.

Al Quebec ja s'han celebrat dos referèndums (1980 i 1995), de manera que el precedent d'haver-lo celebrat resta interès al debat sobre qui decideix.

37 *Clarity Act*, aprovada el 29 de juny de 2000. <http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/C-31.8/FullText.html>.

Ja ha quedat establert que els quebequesos tenen dret a decidir. D'aquesta forma, la referida llei se centra en dues grans qüestions: la primera és la relativa a aspectes organitzatius, com ara l'escrutini, i la segona regula l'abast dels efectes jurídics. Entre els aspectes relatius a la qualitat de la deliberació, la qüestió consisteix a definir bé qui decideix, el *demos* o cos electoral decisorí.

En relació a les qüestions relatives a la deliberació, sobresurten dos punts. Concretament, pel que fa a les despeses de campanya, el Quebec disposa d'una llei específica que limita les despeses de la campanya del referèndum, però no així l'Estat federal, perquè òbviament el Quebec no pot imposar una llei a l'Estat federal. El resultat és que a cada referèndum tothom al Quebec té un pressupost limitat menys l'Estat federal. El segon punt és el relatiu a la qüestió de la claredat de la pregunta. És obvi que qui formula la pregunta gaudeix d'un cert avantatge tàctic. Estirant l'argument, es pot dir que fer la pregunta és avançar una mica la resposta. Per això, en els termes de la llei, *claredat* significa, ni més ni menys, que els quebequesos han de poder votar una pregunta directa sobre la independència que tingui per resposta un *sí* o un *no*, sense preveure altres opcions alternatives (ampliar l'autonomia, per exemple, o com proposava Alex Salmond en el cas escocès, incloure un mandat per negociar la sobirania).

A més, la *Clarity Act* taxa els termes de la iniciativa secessionista. No en va, el gran error dels federalistes canadencs el 1995 fou que Ottawa no es va prendre seriosament el referèndum quebequès fins poc abans de l'inici de la campanya. Això portà a preveure en la *Clarity Act* que correspon a l'executiu federal canadenc establir els termes i terminis concrets de la convocatòria. Finalment, d'acord amb el contingut de la tan citada Opinió consultiva de 1998, un altre dels fonaments de la *claredat* canadenca és la necessitat de consensuar la proposta secessionista de qualsevol parlament provincial amb el Parlament federal.

No obstant això, l'aspecte segurament més opac d'aquesta llei, que, paradoxalment, pretén assegurar la claredat del procés, és la determinació de les majories necessàries, seguint la doctrina de la Cort Suprema de 1998 (que, com s'ha dit, exigia per fer efectiva la secessió una majoria *clara*). En aquest punt, tanmateix, la llei no és gens precisa. Pel que fa als efectes jurídics de l'escrutini, es defensa que per guanyar un referèndum calgui la meitat més un, tot i que els unionistes es mostren a favor que aquesta majoria sigui encara més important. En realitat, ni el Tribunal Suprem del Canadà ni la llei federal defineixen què cal entendre per *majoria clara*.

A l'últim, pel que fa al caràcter del referèndum, aquest és purament consultiu, és a dir, sense efectes jurídics immediats i, per tant, es podria no tenir en compte la voluntat del poble. De tota manera, l'aspecte més dubtós de la doctrina de la claredat canadenca és, sens dubte, que s'estableix una regulació de la secessió que deixa la darrera paraula en mans de la majoria parlamentària de la federació.

4.2 · El dictamen de la Comissió de Venècia del Consell d'Europa sobre el referèndum de Montenegro

La UE va imposar el 2005 una esmena a la Carta Constitucional de Sèrbia i Montenegro mitjançant la qual obligava que la legislació sobre el referèndum s'adeqüés als estàndards internacionals. En concret, la instància encarregada de verificar la conformitat fou la CV, òrgan assessor de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, que va prestar atenció prioritària a la qüestió de la majoria requerida. La qüestió de les minories nacionals ha estat fonamental per al Consell d'Europa, especialment des de la caiguda del mur de Berlín i l'esclat de la guerra a l'ex-Iugoslàvia. En concret, el treball del Consell d'Europa en aquest camp ha conduït a l'adopció de dos importants tractats internacionals: la Carta Europea de Llengües Minoritàries o Regionals i la Convenció Marc per a la Protecció de les Minories Nacionals. En concret, la CV, ha estat molt activa en el camp de la protecció de les minories. Com a principal organisme encarregat dels assumptes electorals (a excepció de l'observació electoral), ha abordat la qüestió de les legislacions electorals i les minories nacionals, a través de textos generals o directrius, així com a través d'opinions específiques sobre els estats membres.

Examinant altres casos existents, com que els estàndards internacionals i nacionals seguits eren heterogenis, la CV va concloure per al cas de Montenegro que la majoria simple establerta per la llei no era incompatible amb altres precedents. Tanmateix la CV va observar que l'element comú que feia viables la majoria de processos era un consens ampli a l'hora de respectar la decisió que es produís en un o altre sentit. Per això, tot invocant l'Opinió consultiva de la Cort Suprema del Canadà de 1998, la CV va recomanar emfàticament la recerca d'un consens previ entre el Govern, favorable a la independència, i l'oposició unionista entorn de la majoria que legitimaria per a ambdues parts la decisió dels ciutadans, fos quina fos. Així, auspicats per la UE, tots dos sectors van acordar acceptar una majoria del 55% dels

electors, una xifra que resulta de les estimacions d'ambdues parts sobre les seves forces respectives i que implicava un cert grau d'incertesa sobre el resultat. Pel que fa a la composició del cens electoral, enfront de les pretensions d'ambdues parts de redefinir el significat de *ciutadania* (que incloïa els montenegrins d'origen que residien a Sèrbia o els canvis en els períodes de residència requerit per votar), la CV va argumentar a favor de l'estabilitat del cens i en contra de modificacions *ad hoc* o específiques per a la consulta sobre la separació de Sèrbia.

D'acord amb l'article 79 (9) de la Constitució de Montenegro, a les persones pertanyents a nacions minoritàries i a altres comunitats³⁸ se'ls havia de garantir els drets i llibertats, exercits individualment o col·lectivament a través del «dret a tenir representació al Parlament de la República de Montenegro i en les assemblees d'autogovern locals que representen una part significativa de la població, d'acord amb el principi d'acció afirmativa». En aquest sentit, la CV avalua fins a dues versions successives d'un projecte de llei d'esmenes i addicions a la Llei sobre l'elecció de consellers i membres del Parlament de Montenegro. La legislació en vigor només permetia representació especial als albanesos, en concret cinc escons sobre un total de 81, xifra que corresponia, aproximadament, a la proporció d'albanesos amb relació a la població total (prop del 5%).

D'acord amb la darrera versió del projecte, l'acció afirmativa s'estenia a tots els grups minoritaris (no només a la minoria albanesa com abans) i els grups de ciutadans podien presentar llistes de candidats (no només els partits polítics i coalicions); a més, s'establien dos tipus diferents de mesures d'acció afirmativa: una per als grups minoritaris més grans i una altra per als més petits (la minoria croata); la declaració de pertinença a un grup minoritari passava a ser totalment voluntària; cada minoria nacional tindria dret a beneficiar-se de les mesures de discriminació positiva que preveia la llei, que eliminava la limitació existent en un projecte anterior mitjançant el qual s'hagués exclòs una minoria nacional que representa més d'una sisena part de la població, de manera que els vots expressats en favor d'una minoria particular no es perdien si el nombre de vots rebuts per la minoria arribava al requisit mínim del 0,7% dels vots vàlids (0,4% per a la minoria

38 Quant a la composició ètnica, segons un cens de 2003, el 43% de la població de Montenegro es van identificar com a montenegrins; un 32%, com a serbis; un 12%, com a bosnians i musulmans; un 5%, com a albanesos; i un 1%, com a croats; mentre que el 7% van ser classificats com a *altres*. La població romani s'estima en prop de 20.000 persones, incloent-hi els refugiats procedents de Kosovo.

croata). Més concretament, si cap de les llistes de candidats de la comunitat de minoria nacional no arribava al llindar general del 3%, però algunes de les llistes per separat obtenien no menys del 0,7% dels vots vàlids, les últimes llistes participarien en l'assignació dels escons que corresponien a un màxim del 3% del nombre total de vots vàlids. Aquest límit superior s'aplicaria independentment del nombre real de vots individualment obtinguts per les llistes participants. Aquestes normes específiques en favor de la representació de les minories al Parlament eren considerades com l'aplicació de l'esmentat article 15 de la Convenció Marc per a la Protecció de les Minories Nacionals.

La CV va acollir amb satisfacció les esmenes que estenien l'acció afirmativa a totes les minories de manera no discriminatòria, de conformitat amb el requisit constitucional. També sobresurt la possibilitat de representació de la mateixa minoria en diverses llistes, d'acord amb les normes europees. De fet, la CV havia criticat prèviament una legislació que afavoreix a la pràctica una organització com a representant d'una minoria nacional. D'altra banda, acollí favorablement una esmena al segon esborrany que va deixar clar que la participació d'una llista de candidats d'una nació minoritària determinada o comunitat de minoria nacional en la coalició preelectoral amb llistes de candidats dels partits polítics o grups civils que no representen específicament els drets de les minories no impedeix que els postulants d'altres llistes de candidats d'aquesta nació minoritària o comunitat de minoria nacional es beneficiïn de l'exempció del límit del 3%.³⁹

En termes més generals, les distincions segons la mida de les minories van ser rebudes per l'opinió conjunta. Per a les eleccions nacionals, les llistes d'un partit polític o un grup de ciutadans que representen menys del 2% de la població necessiten el suport de 300 signatures, mentre que en calen 1.000 per a les grans minories (i l'1% de l'electorat per a altres llistes, és a dir, gairebé 5.000). La qüestió que es podria plantejar és si el nombre

39 En la primera versió del projecte de llei presentat a la Comissió de Venècia, estava reservat un tracte preferencial específic a tota «comunitat de minoria nacional amb una participació en el total de la població del 2%». En la segona versió, aquest criteri quantitatiu restà substituït per «la comunitat de minoria nacional de croats», que a la pràctica és la mateixa. No obstant això, la CV va opinar que seria preferible mantenir un criteri objectiu, quantitatiu, per tal de no estigmatitzar un grup específic i, més important, que per no crear una possible base per a la discriminació en la Constitució, en els censos futurs, els croats haurien d'arribar a un percentatge més alt o els altres grups minoritaris assolir percentatges més baixos.

de signatures no ha de dependre de la grandària de la minoria també per a les eleccions municipals.

El 8 de setembre de 2011, el Parlament de Montenegro va aprovar la Llei de esmenes a la Llei d'elecció de consellers i membres del Parlament de Montenegro. Els tres principals punts de controvèrsia es van resoldre de la manera següent: es va introduir en la definició de les minories un criteri quantitatiu de menys del 15% de la població; es va introduir la necessitat de presentar prova de ciutadania montenegrina abans del 31 de desembre 2012; i es va establir en tres el nombre màxim d'escons als quals poden aspirar les llistes agregades.

En conclusió, el treball de la CV en el camp de la participació de les persones pertanyents a minories nacionals en els òrgans electius, i en particular els seus documents de caràcter comparatiu, es basa en els principis següents: l'objectiu a llarg termini de qualsevol sistema polític és la inclusió; la representació de les minories nacionals en els òrgans electius és d'interès públic i pot donar lloc a excepcions a l'estricta igualtat, si està en conformitat amb el principi de proporcionalitat; això significa que les normes específiques sobre la representació de les minories nacionals només són admissibles quan les mesures de caràcter general no garanteixen una participació adequada d'aquestes minories en els òrgans electius i, per tant, s'ha de limitar als territoris i períodes de temps quan siguin necessàries; les excepcions al principi d'«una persona, un vot», com ara el doble vot, només s'han d'aplicar com a *ultima ratio*.

5 • L'eventual posició de la Unió Europea en cas d'obstaculització interna dels processos de secessió

El dret de participació política directa constitueix avui en dia un dret humà bàsic, d'acord amb els principals tractats i convenis internacionals. En aquest sentit, els articles 21.1 de la Declaració Universal de l'Home de 1948 i l'article 25 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics de 1966 reconeixen de manera expressa el dret dels ciutadans de participar en els assumptes polítics, directament, o per mitjà de representants lliurement elegits. Els drets dels pobles, protegits com a drets individuals o col·lectius en la declaració de l'ONU de 1948, han tingut la seva influència en els tractats de la UE. En concret, la noció de ciutadania europea, i els drets i deures aparellats, constitueixen una garantia del seu exercici i protecció.

En aquest sentit, l'adhesió de la UE al Conveni europeu per a la salvaguarda dels Drets Humans i les llibertats fonamentals⁴⁰ faculta la intervenció de la Comissió Europea de Drets Humans i del Tribunal Europeu de Drets Humans d'Estrasburg, ja que hi ha una íntima connexió entre el respecte i la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals. A més, les institucions de la UE i, de manera especial, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE), han establert una línia d'actuació a favor de la protecció dels drets fonamentals i de l'aplicació del dret comunitari. Aquesta etapa de judicialització, que s'inicia amb l'afer Stauber, s'ha mantingut constant i evolutiva. Institucionalment, a més, els drets humans es van incorporar formalment en els tractats, procés que va culminar amb el Tractat de la UE (TUE)⁴¹ i amb la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea (CDFUE),⁴² d'igual valor jurídic que els tractats. En concret, l'article 6.2 TUE estableix que els drets fonamentals que garanteix el Conveni europeu per a la salvaguarda dels Drets Humans i de les llibertats fonamentals (CEDH, Roma 1950), fruit de les tradicions constitucionals comunes dels estats membres, formen part del dret de la UE com a principis generals.

D'aquesta forma, el respecte als mateixos esdevé una condició indispensable perquè qualsevol estat pugui formar part de la UE. Aquest és precisament el sentit dels articles 2 i 7 TUE),⁴³ a més que els drets fonamentals són part constitutiva del dret de la UE com a principis generals

40 Conveni per a la salvaguarda dels Drets Humans i les llibertats fonamentals, Roma, 4 de novembre de 1950. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_CAT.pdf [consulta: 1 juny 2013].

41 Tractat de la Unió Europea, Maastricht, 7 de febrer de 1992. http://www.parlament.cat/activitat/Tractats_UE_web_CA.pdf [consulta: 25 maig 2013].

42 Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea, Niça, 7 de desembre de 2000. http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf [consulta: 1 juny 2013].

43 Article 2 TUE: «La Unió es fonamenta en els valors del respecte a la dignitat humana, de la llibertat, de la democràcia, de la igualtat, de l'estat de dret i del respecte als drets humans, inclosos els drets de les persones pertanyents a minories. Aquests valors són comuns als estats membres en una societat caracteritzada pel pluralisme, la no discriminació, la tolerància, la justícia, la solidaritat i la igualtat entre dones i homes». Article 7 TUE: «1. A proposta motivada d'un terç dels estats membres, del Parlament Europeu o de la Comissió Europea, el Consell, per una majoria de quatre cinques parts dels membres que el componen, i amb l'aprovació prèvia del Parlament Europeu, pot fer constar que hi ha un risc evident de violació greu dels valors a què fa referència l'article 2 per un estat membre. Abans de fer aquesta constatació, el Consell escolta l'estat membre de què es tracti i, seguint el mateix procediment, pot adreçar-li recomanacions [...]».

(art. 6 TUE) i com a contingut dels drets de ciutadania europea (art. 20.2 del Tractat Fundacional de la Unió Europea, TFUE).⁴⁴ En concret, l'article 2 TUE afirma que la UE es fonamenta en els valors de respecte a la dignitat humana, llibertat, democràcia, igualtat, estat de dret i respecte dels drets humans. A més, afegeix que aquests valors «són comuns als estats membres en una societat que s'ha de caracteritzar pel pluralisme, la no discriminació, la tolerància, la justícia, la solidaritat i la igualtat entre homes i dones». Aquests valors no són privatius de la UE, entesa com a organització, sinó que es consideren comuns als estats que l'integren, la qual cosa implica que aquests han de garantir en el seu àmbit intern o nacional la preservació d'aquests valors no només com a requisit necessari per a l'adhesió a la UE, sinó també per continuar-hi formant part.

El component d'obligació d'aquests valors postadhesió es fa evident en el citat article 7 TUE, que preveu un procediment especial per constatar el risc de violació greu dels valors fundacionals, que pot arribar a la suspensió dels drets de vot en el Consell, fins que l'estat membre no modifiqui la situació d'incompliment. Certament, aquest procediment de garantia, de naturalesa política, no deixa de ser un supòsit de molt difícil aplicació, tot i haver-hi algun precedent. En qualsevol cas, cal tenir present que la Comissió Europea, en funcions de vetlla dels tractats, acostuma a utilitzar regularment els valors fundacionals de l'article 2 TUE per a fer un seguiment de les actuacions internes d'alguns estats considerades contràries a aquests valors, especialment amb relació als drets fonamentals.

Per la seva banda, l'article 20.2 TFUE no només reconeix uns drets específics de ciutadania sinó que hi afegeix que ho són tots els drets reconeguts en els tractats, a més dels que reconeix també la CDFUE. Per això, per

⁴⁴ Article 20.2 TFUE: «Els ciutadans de la Unió són titulars dels drets i estan subjectes als deures establerts pels tractats. Tenen, entre altres: a) el dret de circular i residir lliurement en el territori dels estats membres; b) el dret de vot i d'elegibilitat en les eleccions al Parlament Europeu i en les eleccions municipals de l'estat membre en què resideixen, en les mateixes condicions que els ciutadans d'aquest estat; c) el dret d'acollir-se, en el territori d'un país tercer en què no està representat l'estat membre del qual són ciutadans, a la protecció de les autoritats diplomàtiques i consulars de qualsevol estat membre en les mateixes condicions que els ciutadans d'aquest estat; d) el dret de formular peticions al Parlament Europeu, de recórrer al defensor del poble europeu, i també d'adreçar-se a les institucions i als òrgans consultius de la Unió en una de les llengües dels tractats i de rebre una resposta en aquesta mateixa llengua. Aquests drets s'exerceixen en les condicions i dins els límits definits pels tractats i per les mesures adoptades en aplicació dels tractats».

bé que l'exercici del dret a decidir per part d'un territori integrant d'un estat membre de la UE constitueixi una qüestió constitucional d'ordre intern de cada estat, que en principi no afecta el dret comunitari, és plausible pensar que, si en la resolució d'aquests casos es produïssin eventuais situacions contràries o incompatibles amb els valors i principis que requereixen els Tractats, la UE podria actuar-hi.

En aquest context, doncs, l'obstaculització manifestada sistemàticament per part d'un estat matriu o englobant a la celebració d'una consulta d'àmbit territorial podria encaixar en un dels supòsits susceptibles d'empara davant el TJUE. La consulta a la ciutadania, especialment en el cas dels referèndums, constitueix un dret fonamental de participació política que inclou la participació per a l'elecció de representants (democràcia representativa), i també la participació directa (democràcia participativa), un dels instruments bàsics de la qual són els referèndums o les consultes. Hi ha bons arguments jurídics, doncs, per creure que cabria la possibilitat de considerar que aquesta actitud és contrària al principi democràtic i als drets fonamentals de participació política (art. 2 TUE), especialment si el dret intern permet realitzar la consulta i si el seu resultat no suposa, en si mateix, cap vulneració del marc constitucional.

Des del punt de vista procedimental, cal tenir present, tanmateix, el principi general segons el qual la invocació dels drets fonamentals a què es refereixen els tractats i la seva protecció s'ha de relacionar amb les competències de la UE o amb l'aplicació del dret comunitari. Això comporta que l'eventual supòsit d'infracció s'ha de relacionar amb actes o decisions de la UE o dels estats membres, sempre i quan aquests executin obligacions derivades directament del dret comunitari o adoptin mesures per implementar-lo. En aquest sentit, la doctrina del TJUE ha afirmat que els drets fonamentals als quals es refereixen els tractats s'apliquen als estats membres només quan aquests actuen dins «l'àmbit d'aplicació del dret de la Unió». A més, l'article 51 CDFUE⁴⁵ reitera aquest mateix principi i concreta que la Carta no amplia l'àmbit d'aplicació del dret comunitari més enllà de les

45 Article 50 CDFUE: «1. Les disposicions de la present carta s'adrecen a les institucions, els òrgans i els organismes de la Unió, dins del respecte del principi de subsidiarietat, i també als estats membres, únicament quan apliquen el dret de la Unió. Conseqüentment, els subjectes esmentats respecten els drets, observen els principis i en promouen l'aplicació, de conformitat amb llurs competències respectives i dins dels límits de les competències que els tractats atribueixen a la Unió. 2. La present carta no amplia l'àmbit d'aplicació del dret de la Unió més enllà de les competències de la Unió, ni crea

competències de la Unió ni crea cap competència nova per a la Unió. En aquest sentit, cal tenir present que els únics drets de participació política que reconeix la CDFUE es refereixen a les eleccions al Parlament europeu i a les eleccions municipals (arts. 39 i 40), i que entre els principis generals del Conveni no es troba el de dret de participació política directa (art. 6 TUE).

Les consideracions anteriors redueixen aparentment les possibilitats operatives de plantejar l'incompliment dels valors de l'article 2 TUE per la via institucional de l'article 7 TUE. La qüestió és plantejar-se la possible garantia jurisdiccional per la via del TJUE per l'incompliment dels valors fundacionals. En aquest context, fins fa poc s'ha considerat que la protecció dels valors fundacionals de la UE, que també han de ser garantits pels estats membres, només es podien protegir per la via excepcional de l'article 7 TUE. S'entén que aquests valors són autònoms (és a dir, no necessàriament connectats amb l'exercici o aplicació del dret comunitari) i han de ser sempre respectats pels estats membres, fins i tot en les «situacions merament internes». Sens dubte, el deteriorament d'aquests valors en el si d'un estat membre afectaria els fonaments de la mateixa UE, especialment pel que fa al reconeixement mutu, i posaria en qüestió la premissa que la UE s'assenta sobre sistemes polítics respectuosos amb la democràcia i els drets fonamentals.

Per això, sembla plausible que el respecte als valors de l'article 2 TUE ha de ser aplicable a qualsevol autoritat pública en tot l'espai jurídic europeu, incloent-hi els interns, al marge del respecte dels drets comunitaris en sentit estricte. Entre aquests valors, a més, s'hi troben la democràcia i els drets de participació política, que formen part dels drets humans reconeguts en els tractats internacionals, compresos en la referència genèrica de l'article 2 TUE. L'argument principal és que aquests valors, i de manera especial els drets fonamentals consagrats en l'article 2 TUE, han de ser considerats com l'essència dels drets que formen part de l'estatut del ciutadà de la Unió, atès que el respecte a aquests per part dels estats membres és condició necessària no només per accedir a la UE, sinó per continuar formant-ne part (art. 2 TUE). Aquest estatut de ciutadania europea té, doncs, una dimensió interna perquè protegeix els ciutadans de possibles excessos d'un estat contra els seus drets i expectatives com a ciutadans europeus, a partir de l'obligació que té el seu estat de respectar els valors de l'article 2 TUE. D'aquesta for-

cap competència nova ni cap tasca nova per a la Unió, ni modifica les competències i les tasques definides pels tractats».

ma, tota violació per part d'un estat membre dels principis i drets garantits per l'article 2 TUE meritaria ser considerada com una violació de l'essència de la ciutadania de la Unió i com un incompliment dels tractats.⁴⁶

Segons això, els pressupòsits necessaris serien: en primer lloc, que els estats membres retinguessin la seva autonomia de decisió interna i, en funció d'això, presumir si compleixen i asseguruen l'essència dels drets fonamentals i, en general, dels valors consagrats a l'article 2 TUE. D'aquesta forma, un ciutadà de la UE no es podria valer dels drets de ciutadania europea per invocar una violació de l'article 2 TUE. El respecte a la identitat nacional exigiria també que, fora de l'àmbit dels drets reconeguts a la CDFUE, tampoc no es pogués invocar aquesta violació. Aquesta presumpció de compliment podria ser refutada si la situació que es presenta no constituís una violació aïllada sinó que es demostrés l'existència d'un incompliment que, per la seva gravetat i reiteració, pogués ser considerat com un dèficit sistemàtic que erosionés els fonaments de l'espai jurídic europeu i que, en conseqüència, afectés l'essència de la ciutadania de la UE perquè posés en qüestió els valors fundacionals de l'article 2 TUE.

D'altra banda, el fet que hi hagi la via política o institucional de l'article 7 TUE no és determinant per excloure la possible intervenció jurisdiccional, especialment després de les modificacions introduïdes pel Tractat de Lisboa,⁴⁷ que permeten considerar que l'article 2 TUE queda sotmès a la competència del TJUE, d'acord amb el mandat que li dona el mateix tractat de garantir genèricament el respecte del dret en la interpretació i aplicació dels tractats (art. 19.1 TUE). Aquest marc hauria de permetre per si sol plantejar a la UE l'aplicació de la *via política* de l'article 7 TUE i la judicialització d'aquest conflicte per la via de la intervenció del TJUE. Aquesta opció passaria per considerar que l'incompliment dels valors de l'article 2 TUE es pot subjectivar com una violació de l'essència dels drets de ciutadania que justifiquin la demanda d'empara davant el TJUE.

46 Aquesta línia argumental es pot deduir de les sentències del TJUE Rothman de 2008 i Ruiz Xambrano de 2009, que han edificat la idea que l'essència dels drets conferits per l'estatut del ciutadà de la Unió determina que aquest nucli essencial s'oposa a tot tipus de mesures nacionals que permetin o produeixin l'efecte de privar els ciutadans dels drets derivats del seu estatut de ciutadà de la Unió. En l'àmbit doctrinal s'ha donat un pas més desenvolupant aquest plantejament i establint-hi uns requisits d'aplicació perquè la violació pugui donar lloc a l'empara judicial del TJUE (Von Bogdandy).

47 Tractat de Lisboa, Lisboa, 13 de desembre de 2007. <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:ES:HTML> [consulta: 1 juny 2013].

Això ens porta a considerar la qüestió de la legitimació per accedir al TJUE i la idoneïtat del procediment que cal utilitzar. Les circumstàncies descrites farien de difícil aplicació el procediment prejudicial de l'article 267 TFUE,⁴⁸ pensat per a situacions més concretes que afecten drets individuals i tot el dret europeu en general. La hipòtesi procedimental que tindria més sentit considerar és la que preveu l'article 258 TFUE (procediment per incompliment dels tractats). Aquest procediment és l'idoni per determinar si un estat membre ha incomplert les obligacions que li imposen els tractats de la Unió i el pot iniciar la Comissió Europea, en la seva condició de «guardiana dels tractats» i, per tant, com a òrgan encarregat de vetllar en primera instància pel seu compliment.

Aquest procediment es podria iniciar amb una denúncia argumentada per part dels òrgans de govern o institucions del territori damnificat o d'un conjunt de ciutadans davant la Comissió, exposant la situació produïda i la greu afectació dels valors bàsics de la Unió, demanant a la Comissió que estudiï el cas i plantegi recurs davant el TJUE per incompliment de l'estat en qüestió de les obligacions que li imposen els tractats. Aquesta via facultaria, d'acord amb el que preveu l'article 258 TFUE,⁴⁹ la Comissió per estudiar el cas i elaborar un dictamen motivat en aquest sentit, després d'haver ofert a l'estat afectat la possibilitat de presentar-hi al·legacions. Aquest dictamen pot servir potencialment per constatar l'incompliment i demanar a l'estat en qüestió l'adopció de mesures de correcció. Finalment, si l'estat no complís el dictamen, la Comissió podria recórrer al TJUE, el qual podria constatar, mitjançant sentència, l'incompliment o no dels tractats.

Com a *ultima ratio*, les institucions podrien posar en marxa el procediment de l'article 7 TUE, en cas que l'estat continués mantenint-se en situació d'incompliment. En concret, l'article 7 TUE preveu que les institucions comunitàries puguin iniciar un procediment per constatar si un estat membre actua de manera que suposi un risc clar i greu d'incompliment dels

48 Article 267 TFUE: «El Tribunal de Justícia de la Unió Europea és competent per a pronunciar-se, a títol prejudicial: a) sobre la interpretació dels tractats; b) sobre la validesa i la interpretació dels actes adoptats per les institucions, els òrgans o els organismes de la Unió [...]».

49 Article 258 TFUE: «La Comissió, si considera que un estat membre ha incomplert una de les obligacions que li incumbeixen en virtut dels tractats, emet un dictamen motivat sobre aquest fet, després d'haver ofert a aquest estat la possibilitat de presentar observacions. Si l'estat de què es tracta no s'até a aquest dictamen en el termini determinat per la Comissió, aquesta pot recórrer al Tribunal de Justícia de la Unió Europea».

valors fundacionals de l'article 2 TUE, o si es produeix una violació greu i persistent d'aquests valors. Amb tot, aquest procediment requeriria que prèviament s'haguessin donat unes determinades condicions de decisió en el si de la UE (Consell i Parlament), la qual cosa introdueix alguns elements de complexitat.

Bibliografia

- ALDECOA, L.: *La Europa que viene: el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, 2010.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.: «El tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 83, 2008.
- BERMEJO GARCÍA, R.; GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «La independencia de Kosovo a la luz del Derecho a la libre determinación», *Real Instituto El Cano*, DT núm. 7/2008.
- CALONGE ÁLVAREZ, A.: «El derecho de secesión en Canadá: una regulación jurídica completa y un problema político sin resolver», *Revista de Derecho de la Unión Europea* núm. 25, 2013.
- DD.AA.: «Derecho de autodeterminación y creación de nuevos Estados europeos a partir de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de Kosovo», Conferència, Institut d'Estudis Autònoms, 2013.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.: *La naturaleza de la Unión europea*, Civitas, Madrid, 2009.
- ELIA TOSI, D.: *Secessione e costituzione. Tra prassi e teoria*. Jovene Editore, Napoli, 2007.
- GAGNON, Alain-G.: «El Quebec: de l'autodeterminació interna a la externa», *Revista VÍA*, núm. 15, 2012.
- GONZÁLEZ BONDIA, A.: «¿Catalunya sortiria de la UE?», *El Periódico*, 31 d'octubre de 2013.
- GOUNIN, Y.: «Les dynamiques d'éclatement d'Etats dans l'Union Européenne: casse-tête juridiques, défi politique», *Revista Politique Étrangere*, 2014.
- HÄBERLE, P.: «Comparación constitucional y cultural de los modelos federales», *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 8, 2007.
- KREPTUL, A.: «The Constitutional Right to secession in Political Theory and History», *Journal of Liberation Studies*, vol 17, núm. 4, tardor de 2003.

- LINDE, E.: «Estado versus nación. El fin de la era de los nacionalismes en Europa», *Revista de Derecho de la Unión Europea* núm. 25, julio-diciembre 2013.
- LINDE, E; HERRERO, M.: «El referéndum en la Constitución española de 1978», *Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político*, núm. 3, 1979.
- LOUIS, J. V.: *El ordenamiento jurídico comunitario*, Comunitat Europea, 1995.
- LYNCH, P.: «Scottish independence, the Quebec model of secession and the political future of the Scottish National Party», *Nationalism and Ethnic Politics*, 11, n. 4, gener 2005.
- MANGAS, A.; LIÑAN, D. J.: *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2010.
- MARGIOTTA, C.: *L'ultimo diritto. Profil storici e teorici della secessione*. Il Mulino, Bologna, 2005.
- MARTÍN y PÉREZ de NANCLARES, J.: *El federalismo supranacional. ¿Un nuevo modelo para la Unión europea?*, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, Vitoria-Gasteiz, 2003.
- PÉREZ BERNÁNDEZ, C., *Las relaciones de la Unión Europea con organizaciones internacionales. Análisis jurídico de la práctica institucional*, Dirección General de Universidades, 2003.
- PÉREZ TREMPES, P.: *El marco (a)constitucional del debate sobre la secesión del Québec*, fundació Pi i Sunyer, Barcelona, 2004.
- PONS RÀFOLS, X.: «La consulta y su legitimación internacional», *El País*, 7 de febrer de 2014.
- RIDAO, J.: *Podem ser independents?: els nous estats del segle XXI*, RBA Libros, Barcelona, 2012.
- : «The foundations of the “Right to decide” of Catalonia. Perspectives and viability of a Declaration of independence within the frame of a liberal-democratic State like the spanish», *Review pf Constitutional Studies*, University of Alberta, Canada. En premsa.
- : «Le droit de décider de la sentence du 25 Mars 2014, la Cour constitutionnelle espagnole», *Jus Politicum, Revue de drot politique* núm. 13 (Les modèles contemporaines du controle de constitutionnalité), 2014. En premsa.
- : *Dret a decidir: La consulta sobre el futur polític de Catalunya*, Col·lecció IEA, núm. 90 (Institut d'Estudis Autònoms-Generalitat de Catalunya), 2014.

- : «La juridificación del derecho a decidir. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de marzo de 2014», *Revista de Derecho Político*. En prensa.
- RIDAO, J.; GONZÁLEZ BONDIA, A.: «La Unión Europea y la creación de Nuevos Estados surgidos de la secesión de Estados miembros». *Revista de Derecho de la Unión Europea* núm. 27-28, 2014.
- RUÍZ ROBLEDO, A.: «Respuesta canadiense a la cuestión catalana», *El País*, 30 de octubre de 2012.
- SÁIZ ARNAIZ, A.: *Breve apunte sobre las iniciativas de secesión de Quebec*, Ministerio de Administraciones Públicas, 2005.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «Artículo 92», *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid 1985.
- SOBRINO HEREDIA, J. M.: «Las Organizaciones internacionales: Generalidades», a Díez de VELASCO, M.: *Las Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2008.
- STERIO, M.: «On the Right to external Self-Determination: “Selfistans”, Secession and the Great Powers Rule», *Minnesota Journal of International Law*, vol. 19, 2010.
- WILLIAMS, P. R. i MANSOOR, R.: «How the voters of Catalonia may change Europe» *Blog de l'Atlantic Council*, 2014.
- STOLLEIS, M.: «Europa como Comunidad de Derecho», Historia constitucional, *Revista electrónica de Historia Constitucional*, núm. 10, 2009.
- TIERNEY, S.: «Le référendum dans les États décentralisés a-t-il pour effet de fracturer ou de favoriser la gouvernance fédérale?», *L'idée fédérale. Réseau québécois de réflexions sur le fédéralisme*, 2014.
- URRUTIA, I.: «Territorial Integrity and Self-Determination: The Approach of the International Court of Justice in the Advisory Opinion on Kosovo», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 16, 2013.
- VIDMAR, J.: «The Scottish Independence Referendum in an International Context», *Canadian Yearbook of International Law*, núm. 51, 2014.

Documents

Canadà: *Clarity Act* (S.C. 2000, c. 26), de 29 de juny de 2000. <http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/C-31.8/FullText.html> [consulta: 25 maig 2013].

- Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea*, Niça, 7 de desembre de 2000. http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf [consulta: 1 juny 2013].
- Carta de les Nacions Unides*, San Francisco, 26 de juny de 1945. <http://www.un.org/es/documents/charter/> [consulta: 1 juny 2013].
- Comissió de Venècia, Consell d'Europa*. <http://www.venice.coe.int/> [consulta: 25 maig 2013].
- Conveni per a la salvaguarda dels Drets Humans de les llibertats fonamentals*, Roma, 4 de novembre de 1950. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_CAT.pdf [consulta: 1 juny 2013].
- Convenció sobre drets i deures dels estats*, Montevideo, 26 de desembre de 1933. <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html> [consulta: 25 maig 2013].
- Declaració del Consell Nacional d'Eslovàquia per la independència*, Bratislava, 17 de juliol de 1992. <http://www.nrsr.sk/web/default.aspx?SectionId=124> [consulta: 25 maig 2013].
- Declaració sobre els drets de les persones pertanyents a minories nacionals o ètniques, religioses i lingüístiques*. Resolució 47/135 de l'Assemblea General de Nacions Unides, Nova York, 18 de desembre de 1992. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/minorias.htm> [consulta: 1 juny 2013].
- Declaració sobre els principis del dret internacional referent a les relacions d'amistat i cooperació entre els estats*, recollida a la Resolució 2625 (xxv) de l'Assemblea General de Nacions Unides, Nova York, 24 d'octubre de 1970. <http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/25/ares25.htm> [consulta: 1 juny 2013].
- Declaració unilateral d'independència de Kosovo*, Priština, 17 de febrer de 2008. <http://www.assembly-kosova.org/?cid=2,128,1635> [consulta: 25 maig 2013].
- Declaració universal dels Drets Humans*. Resolució 217 A (III) de l'Assemblea General de Nacions Unides, París, 10 de desembre de 1948. <http://www.un.org/es/documents/udhr/> [consulta: 25 maig 2013].
- Directeur général des élections du Québec* (DGEQ). <http://www.elections-quebec.qc.ca> [consulta: 25 maig 2013].
- Etiopia. Carta Constitucional de la República Federal Democràtica d'Etiopia*, de 1995. <http://www.refworld.org/docid/3ae6b5a84.html>.
- Montenegro. Llei sobre l'estatus legal d'un referèndum estatal*, de 10 d'octubre de 2001. <http://www.legislationline.org/documents/id/3935> [consulta: 25 maig 2013].

- Opinió consultiva de la Cort Internacional de Justícia sobre la conformitat amb el dret internacional de la declaració unilateral d'independència relativa a Kosovo*, la Haia, 26 de juliol de 2010. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/64/881> [consulta: 30 maig 2013].
- Opinió consultiva de la Cort Internacional de Justícia sobre les conseqüències jurídiques de la construcció d'un mur en el territori palestí ocupat*, la Haia, 13 de juliol de 2004. http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_2004-07-09.pdf [consulta: 1 juny 2013].
- Opinió consultiva de la Cort Suprema del Canadà sobre la secessió del Quebec*, Ottawa, 20 d'agost de 1998. <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do> [consulta: 1 juny 2013].
- Pacte Internacional de Drets Civils y Polítics*. Resolució 2200 A (XXI) de l'Assemblea General de Nacions Unides, Nova York, 23 de març de 1976. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> [consulta: 1 juny 2013].
- Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals*. Resolució 2200 A (XXI) de l'Assemblea General de Nacions Unides, Nova York, 16 de desembre de 1966. http://www.anue.org/catala/DOCS_FET_HISTORIA/A2Pacte_internacional.pdf [consulta: 1 juny 2013].
- Resolució 1514 de l'Assemblea General de Nacions Unides, sobre la independència als països i pobles colonials*, Nova York, 14 de desembre de 1960. <http://www.un.org/es/decolonization/declaration.shtml> [consulta: 1 juny 2013].
- Resolució 216 del Consell de Seguretat de Nacions Unides en relació amb la qüestió relativa a la situació a Rhodèsia del Sud*, Nova York, 12 de novembre de 1965. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/223/47/IMG/NR022347.pdf?OpenElement> [consulta: 25 maig 2013].
- Resolució 217 del Consell de Seguretat de Nacions Unides en relació amb la qüestió relativa a la situació a Rhodèsia del Sud*, Nova York, 20 de novembre de 1965. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/223/47/IMG/NR022347.pdf?OpenElement> [consulta: 25 maig 2013].
- Resolució 541 del Consell de Seguretat de Nacions Unides en relació amb la qüestió relativa a la situació de Xipre*, Nova York, 18 de novembre de 1983. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/454/50/IMG/NR045450.pdf?OpenElement> [consulta: 25 maig 2013].

Resolució 787 del Consell de Seguretat de Nacions Unides en relació amb la situació de Bosnia i Herzegovina, Nova York, 16 de novembre de 1992. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N92/723/06/IMG/N9272306.pdf?OpenElement> [consulta: 25 maig 2013].

Resolució de la Cort Internacional de Justícia relativa a Timor Oriental, la Haia, 30 de juny de 1995. <http://www.unizar.es/ssalinas/documents/Pretican9.Documenton6.pdf> [consulta: 1 juny 2013].

Resolució 1244 del Consell de Seguretat de Nacions Unides, Nova York, 10 de juny de 1999. <http://www.un.org/spanish/docs/comitesanciones/1160/sres1244.pdf> [consulta: 25 maig 2013].

Sèrbia. Carta Constitucional de Sèrbia i Montenegro, 4 de febrer de 2003. <http://www.refworld.org/docid/43e7547d4.html> [consulta: 25 maig 2013].

Tractat de la Unió Europea, Maastricht, 7 de febrer de 1992. http://www.parlament.cat/activitat/Tractats_UE_web_CA.pdf [consulta: 25 maig 2013].

Tractat de Lisboa, Lisboa, 13 de desembre de 2007. <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:ES:HTML> [consulta: 1 juny 2013].

TERCERA SESSIÓ

**NOUS ESTATS SORGITS D'ESTATS MEMBRES I LES
SEVES RELACIONS AMB LA UNIÓ EUROPEA**

NOUS ESTATS SORGITS D'ESTATS MEMBRES I LES SEVES RELACIONS AMB LA UNIÓ EUROPEA

ALFONSO GONZÁLEZ BONDIA

*Professor de Dret Internacional Públic
de la Universitat Rovira i Virgili*

SUMARI: 1. La posició d'un nou estat sorgit de la secessió o dissolució d'un estat membre de la Unió Europea envers aquesta organització. 1.1. La singular naturalesa de la Unió Europea. 1.2. La normativa aplicable en cas de secessió o dissolució d'un estat membre respecte de la condició de membre de la UE. 1.3. La resposta de la Unió Europea davant d'un procés de successió en l'estatut de membre si es produís un procés de secessió o de dissolució d'un estat membre. 2. Les possibles vies per articular una resposta de la Unió Europea per permetre que un nou estat sorgit d'una secessió o dissolució d'un estat membre sigui reconegut com a membre de la Unió. 2.1. La negociació de l'adhesió abans de la constitució efectiva del nou estat per fer-les coincidir en el temps. 2.2. L'ampliació interna a través d'un acord intern de la Unió, l'establiment d'un règim transitori i la celebració d'un acord modificatiu dels tractats constitutius. 2.3. La decisió dels caps d'estat i de govern d'establir un període transitori, i l'aplicació posterior de l'article 49 del TUE.

Una de les qüestions que s'han plantejat en relació amb les conseqüències que tindria per a la Unió Europa la creació d'un nou estat sorgit de la secessió o de la dissolució d'un estat membre és la de determinar com s'articularia la seva relació amb la Unió.¹ Ara bé, per resoldre aquesta incògnita, cal abordar dues qüestions estretament relacionades.

– En quina situació quedaria respecte de la Unió Europea un nou estat sorgit d'un procés de secessió o de dissolució d'un estat membre de la Unió

¹ Una bona part de les conclusions d'aquest estudi es fonamenta en el treball de Matas, J.; González, A.; Jaria, J.; Roman, L., *L'ampliació interna de la Unió Europea. Anàlisi de les conseqüències jurídicopolítiques per a la Unió Europea en cas de secessió o dissolució d'un estat membre*, Barcelona, Fundació Josep Irla - CMC, 2010.

Europea que tingués la pretensió de ser reconegut com a membre de la Unió?

- Com es podria articular la resposta de la Unió Europea per permetre que un nou estat sigui reconegut com a membre de la Unió?

Les respostes a aquestes qüestions es fonamenten en el fet que la creació del nou estat compleix el conjunt de circumstàncies següent: que el nou estat ja existeix efectivament i reuneix els elements constitutius que requereix qualsevol estat per tal que pugui ser reconegut internacionalment com a tal; que el naixement d'aquest nou estat s'ha produït com a conseqüència d'un procés democràtic sense vulnerar cap norma imperativa de dret internacional; que el nou estat ha demostrat la seva voluntat de negociar amb l'estat predecessor tot el procés d'independència i les conseqüències que se'n deriven; i que els ciutadans del nou estat tenen la voluntat que aquest esdevingui membre de la Unió Europea, i així ho ha manifestat el nou estat a la Unió. Així doncs, en un context diferent del que s'acaba de descriure, les conclusions a les que s'arribarà a continuació es podrien veure seriosament afectades.

1 · La posició d'un nou estat sorgit de la secessió o dissolució d'un estat membre de la Unió Europea envers aquesta organització

Per donar resposta a una situació d'aquest tipus és necessari abordar les qüestions següents:

- Amb caràcter previ, s'han de determinar des d'un punt de vista juridicopolític les principals característiques de la Unió Europea.
- A continuació, s'hauria d'identificar la normativa aplicable en cas de secessió o dissolució d'un estat membre respecte de la condició de membre de la UE.
- Finalment, caldria determinar quina seria la resposta de la Unió Europea si és trobés davant d'un procés de successió en l'estatut de membre si es produís un procés de secessió o de dissolució d'un estat membre.

1.1 · La singular naturalesa de la Unió Europea

La Unió Europea és una organització internacional singular. Una singularitat ve donada per diverses circumstàncies, de les quals podem destacar les següents:

- D’una banda, la Unió Europea té trets característics propis de les estructures federals, i manté un difícil equilibri entre l’homogeneïtat i la diversitat que caracteritza tot el projecte de construcció europea.
- D’altra banda, la Unió Europea es fonamenta en un conjunt de principis democràtics que s’ha compromès a defensar i promocionar tant internament com internacionalment.
- Finalment, la Unió Europea es constitueix en una comunitat de dret, que reconeix drets i obligacions subjectives, que té un catàleg de drets fonamentals i que reconeix l’estatut de ciutadà europeu als nacionals dels estats membres.

1.2 · La normativa aplicable en cas de secessió o dissolució d’un estat membre respecte de la condició de membre de la UE

Per determinar el marc jurídic aplicable en cas de secessió o dissolució d’un estat membre de la Unió Europea respecte de la seva pertinença a aquesta organització internacional cal analitzar el dret internacional i de la Unió Europea aplicable a aquest cas concret.

En aquest sentit, es pot constatar, en primer lloc, la inexistència d’una normativa internacional que reguli amb caràcter general aquesta qüestió.

Cal dir, amb caràcter previ, que quan parlem de successió ens referim a «la substitució d’un estat per un altre en la responsabilitat de les relacions internacionals d’un territori».² L’ordenament jurídic internacional estableix també que són supòsits de successió, entre d’altres, la separació d’una part o de diverses parts del territori d’un estat, amb independència de si l’estat predecessor continua, i la dissolució quan l’estat predecessor deixa d’existir i es creen dos o més estats successors.

2 Tal com estableix l’article 2.1,b) del Conveni de Viena de 1978, sobre la successió d’estats en matèria de tractats, i l’article 2.1,b) del Conveni de Viena de 1983, sobre la successió d’estats en matèria de béns, arxius i deutes de l’estat.

Els supòsits de successió d'estats plantegen una gran varietat de problemes jurídics que han estat objecte d'un procés de codificació molt lent per part de la Comissió de Dret Internacional (CDI). Els resultats dels treballs de codificació han estat fins al moment:

- El Conveni de Viena de 1978, sobre la successió d'estats en matèria de tractats, que va entrar en vigor el 6 de novembre de 1996, tot i que només en són part quatre estats membres de la Unió Europea (Croàcia, República Txeca, Eslovàquia i Polònia).
- El Conveni de Viena de 1983, sobre la successió d'estats en matèria de béns, arxius i deutes de l'estat, que encara no ha entrat en vigor.
- L'adopció l'any 1999 per part de la Comissió de Dret Internacional d'un projecte d'articles sobre la nacionalitat de les persones físiques amb relació a la successió d'estats.

Cal dir també que l'any 1987 es va decidir aparcar el procés de codificació de les normes relatives a la successió en la qualitat de membre de les organitzacions internacionals.

Ara bé, aquests convenis no exhaureixen la normativa internacional existent sobre la qüestió. A més de diversos tractats que solucionen els problemes derivats d'un procés concret de successió d'estats, no es pot excloure *a priori* l'existència de normes consuetudinàries sobre la qüestió, fins i tot en àmbits no regulats expressament en els instruments internacionals de caràcter convencional i que han estat aplicades en diversos processos de solució pacífica de controvèrsies.

Així doncs, quan la successió d'estats suposa l'aparició d'un estat nou es planteja el problema de si aquest estat nou el succeeix en la condició de membre de les organitzacions internacionals a les quals pertanyia l'estat predecessor. L'abandonament d'aquesta qüestió per part de la CDI ens deixa amb un únic precepte del Conveni de Viena de 1978, sobre successió en matèria de tractats, que es refereix a la qüestió. Es tracta de l'article 4, que regula l'àmbit d'aplicació de la Convenció de Viena de 1978 i afirma el següent:

La presente convención se aplicará a los efectos de la sucesión de Estados respecto de:

a) todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional, sin perjuicio de las normas relativas a la adquisición de la calidad de miembro y sin perjuicio de cualquier otra norma pertinente de la organización.

b) todo tratado adaptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización.

Convé assenyalar, amb caràcter previ, que aquest tractat internacional ha tingut molt poc èxit, ja que l'han ratificat molt pocs estats, per la qual cosa difícilment es pot considerar que per aquells estats que no l'han ratificat sigui un Conveni que recull normes consuetudinàries que els siguin aplicables, tot i que també és cert, que algunes de les seves disposicions han estat recollides en diversos processos de successió.³

Ara bé, l'aplicació obligatòria d'aquestes regles és força complicada per als estats part, perquè tot i que, de manera general, s'estableix que la Convenció de Viena de 1978 s'aplica als supòsits de successió d'estats en matèria d'acords constitutius d'organitzacions internacionals, a continuació, s'afirma que aquesta regla general s'aplica sens perjudici de les que són aplicables a l'adquisició de la qualitat de membre i de qualsevol altra norma pertinent de l'organització. La interpretació de l'abast d'aquest precepte no és del tot pacífica per part de la doctrina, tot i que majoritàriament es considera que trasllada a les regles pròpies de l'organització internacional la solució de la qüestió d'una eventual successió en la qualitat de membre d'una organització internacional.⁴ Amb això, se segueix també el que estableix la mateixa Comissió de Dret Internacional en el comentari del projecte d'articles de la Convenció que aquest mateix òrgan va adoptar l'any 1974, quan assenyalava «s'il est vrai que bien souvent les règles de la succession d'Etats ne s'appliquent pas à l'acte constitutif d'une organisation internationale, il serait faux de dire qu'elles ne s'appliquent pas du tout à cette catégorie de traités.

3 Les solucions que dona la Convenció de Viena de 1978, en el cas de successió d'estats que no sorgeixin d'un procés de descolonització se sustenten en el principi de continuïtat, de tal manera que els estats successors, si volen, segueixen sent part dels tractats dels quals era part l'estat predecessor amb una simple notificació de successió per escrit. En el cas concret de les repúbliques successores de la Unió Soviètica, i tenint en compte que el Tractat no estava en vigor i el fet que es plantejaven dubtes sobre si, en aquesta matèria, s'ha produït realment un procés de simple codificació de normes preexistents, aquest principi ha estat acceptat en la Declaració d'Almaty, de 21 de desembre de 1991. En relació amb la unificació alemanya, es va signar un tractat entre la RFA i la RDA que va establir la continuació dels tractats de la RFA per a tot el territori de l'estat i l'examen dels tractats de la RDA per veure si continuaven en vigor, si s'havien d'adaptar o si havien d'expirar.

4 Sobre aquesta qüestió es pot veure l'anàlisi de Bühler, K. G., *State succession and membership in international organizations: legal theories versus political pragmatism*, Kluwer Law International, la Haia, 2001, p. 30-35.

En principe, ce sont les règles pertinentes de l'organisation qui l'emportent, mais elles n'excluent pas complètement l'application des règles générales de la succession d'Etats en matière de traités dans les cas où le traité est l'acte constitutif d'une organisation internationale».⁵

Així doncs, es pot afirmar que per solucionar aquestes qüestions cal remetre's al dret propi de l'organització internacional, però també és cert que això no significa que les normes generals en matèria de successió d'estats no es puguin aplicar en cap cas a les organitzacions internacionals. Caldrà veure, doncs, la compatibilitat d'aquesta normativa amb les regles de l'organització internacional, incloent-hi en aquesta categoria, com fa la CDI, les normes escrites i els costums de la mateixa organització.⁶

Dit això, cal analitzar si hi ha normes específiques en el marc de la Unió Europea que regulin la qüestió de la successió en la qualitat de membre de la organització o si s'ha desenvolupat alguna pràctica específica aplicable a aquest tipus de situacions.

Sobre la primera de les qüestions, es pot constatar que la successió en la qualitat de membre de la Unió Europea no ha estat regulada de manera específica en cap disposició dels tractats constitutius. Arribat aquest punt és obligat abordar les posicions doctrinals que defensen l'existència de normes específiques a la Unió Europea que s'aplicarien en cas de successió. En aquest sentit, Alfredo Galán afirma que seria aplicable l'article 49 del Tractat de la Unió Europea (TUE), que regula l'adhesió d'un tercer estat a la Unió Europea, perquè de la redacció d'aquest precepte no es pot sostenir que s'hagi volgut excloure del seu àmbit d'aplicació els estats sorgits de la secessió d'un estat membre.⁷ Ara bé, aquesta afirmació hauria de partir d'una doble presumpció que caldria confirmar.

5 Comissió de Dret Internacional, «Rapport de la Commission à l'Assemblée générale. Projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de traites et commentaires», *Annuaire de la Commission du Droit International*, vol. II, la part, 1974, p. 185.

6 Ibidem.

7 «De entrada, en nuestra opinión, no existe una laguna normativa en los Tratados de la Unión respecto a la cuestión de la sucesión en la cualidad de miembro. Para que haya tal laguna no basta con la falta de una disposición que específicamente trate el problema, sino que es necesario, además, que no encuentre solución mediante la aplicación del conjunto de normas del ordenamiento de que se trate. Y lo cierto es que el supuesto que nos ocupa, esto es, la pertenencia a la Unión de un nuevo estado nacido como consecuencia de la secesión de parte del territorio de un estado miembro, encuentra su encaje en el art. 49 TUE. Este precepto, efectivamente, regula los requisitos y el procedimiento para la adhesión, en términos muy generales, de “cualquier estado europeo”. Para la

D'una banda, es podria presumir que l'article 49 del TUE s'ha previst expressament per regular no només l'adhesió de tercers estats completament aliens al procés de construcció europea, sinó també altres situacions derivades per exemple d'estats que anteriorment eren membres de la Unió o d'estats sorgits de qualsevol situació típica de successió d'estats en què hi estiguessin implicats un o més estats membres. Ara bé, no trobem cap indicatiu que aquesta hagi estat la voluntat dels redactors de l'article 49 del TUE. Encara més, la redacció de l'article 50 del TUE podria indicar-nos justament el contrari del que es presumeix de l'aplicació universal de l'article 49 del TUE. L'article 50 del TUE estableix que en el cas que un estat membre consumés la seva retirada de la Unió Europea, la seva sol·licitud d'admissió se sotmetria al procediment de l'article 49 del TUE. Així es regula de manera inequívoca què succeiria en un context en què la manca d'una previsió expressa podria plantejar seriosos dubtes sobre una aplicació automàtica d'aquest precepte per a un estat que ja ha estat membre de l'organització i que de manera voluntària ha deixat de ser-ne. Així doncs, no es pot concloure tan clarament que en altres supòsits que no siguin el de tercers estats completament aliens al procés de construcció europea sigui aplicable l'article 49 del TUE.

Unión, el nuevo estado tendrá la consideración de tercer estado o estado no miembro y, en consecuencia, quedará subsumido dentro de esa categoría genérica de “cualquier estado europeo” que debe solicitar su ingreso. Dicho de otra manera, la redacción de esta disposición no da pie a sostener que queden excluidos de su ámbito de aplicación los supuestos de estados nacidos de la secesión de un estado miembro. De hecho, la comparación con el art. 50 TUE parece confirmar esta conclusión. Este artículo reconoce a los estados miembros el derecho a decidir retirarse de la Unión. Ahora bien, si una vez fuera quiere volver a entrar, “su solicitud se someterá al procedimiento establecido en el art. 49”. Es decir deberá seguirse el procedimiento ordinario o común de adhesión. El hecho de que ya hubiera sido miembro, incluso de que siga a día de hoy cumpliendo las condiciones exigidas para la adhesión, no solamente no le eximen de seguir un nuevo procedimiento, sino que ni tan siquiera justifica la previsión de un itinerario especial o más simplificado. Nadie fuerza al estado miembro a salir, pero si lo hace voluntariamente debe saber que, si pretende en el futuro volver a ingresar, no se le va a dar un trato privilegiado. Pues bien, algo similar puede ocurrir con el estado sucesor: nadie le obliga a independizarse, esto es, a que se produzca la secesión, pero si voluntariamente decide llevarse a cabo no se puede pretender, siempre dentro del marco normativo europeo vigente, recibir un tratamiento privilegiado para su incorporación a la Unión.» Galán Galán, Alfredo, «Secesión de Estados y pertenencia a la Unión Europea: Cataluña en la encrucijada», *Istituzioni del Federalismo, Rivista di Studi Giuridici e Politici*, num. 1, 2013, p. 111.

D'altra banda, també pot passar que l'aplicació forçosa de l'article 49 del TUE parteixi de la presumpció que tots els articles dels tractats constitutius d'una organització que regulen els processos d'ampliació són aplicables automàticament als processos de successió, encara que aquesta darrera possibilitat no hagi estat objecte d'una regulació específica; però resulta que la pràctica internacional desmenteix categòricament aquesta conclusió. En aquest sentit, cal considerar que la remissió que fa el Conveni de Viena de 1978, sobre successió d'estats en matèria de tractats, es refereix únicament a regles específiques de les organitzacions internacionals sobre aquesta qüestió en concret. Una qüestió diferent és que les organitzacions internacionals hagin decidit, en absència d'aquesta regulació específica, utilitzar en els supòsits de successió les regles generals que regulen l'entrada de nous estats a l'organització, circumstància que s'ha donat en diverses ocasions, tot i que la pràctica internacional existent fins al moment demostra també que les solucions adoptades han estat molt variades. Així doncs, en absència de regulació específica en matèria de successió en la qualitat de membre d'una organització internacional, és la mateixa organització internacional la que ha de decidir la via jurídica que s'adapta millor a les seves necessitats i la seva naturalesa per fer front a situacions d'aquests tipus. Aquesta pràctica particular formaria part de les regles pròpies de l'organització internacional aplicables en situacions d'aquest tipus.

Quant a la qüestió relativa a l'existència d'una pràctica específica en matèria de successió en la qualitat de membre de la Unió Europea, cal assenyalar que fins al moment no s'ha produït mai una situació d'aquesta mena i, en conseqüència, no es pot afirmar que hi hagi regles particulars sorgides de la pràctica de l'organització. Tot i això, en els últims anys, la Comissió Europea i alguns dels seus membres s'han pronunciat de manera directa o indirecta sobre aquesta qüestió. La seva posició no ha estat del tot consistent, tot i que, fins al moment, en cap cas no ha acceptat de manera clara l'aplicació de la regla de la continuïtat automàtica del nou estat. Ara bé, el que sembla més significatiu és que la Comissió ha decidit que només manifestarà la seva opinió sobre les conseqüències per a la Unió Europea d'una secessió, d'acord amb la normativa europea, a petició d'un estat membre que detalli una situació concreta.⁸

8 Per a una anàlisi detallada sobre les oportunitats en què les institucions europees s'han manifestat sobre la qüestió, vegeu Galán Galán, «Secesión de Estados...», *loc. cit.*, p. 115-133.

No obstant això, cal destacar que la UE sí que ha abordat diversos casos en què s'han produït canvis territorials o d'organització territorial en els estats membres que afectaven l'aplicació dels tractats, com va passar, per exemple, amb el canvi de sobirania del Sarre, amb la independència d'Algèria, amb el procés d'autonomia de Grenlàndia o amb la reunificació alemanya. En tots els casos, la Unió Europea va mostrar la seva flexibilitat i pragmatisme polític, adoptant solucions jurídiques per adaptar-se a aquesta nova realitat, sense que hi hagués normes jurídiques prèvies que donessin resposta a aquest tipus de situacions i, tal com assenyala Palomares, «en detrimento de una aplicación rigurosa e inmediata de los procedimientos de adhesión o revisión».⁹

Finalment, en el cas d'inaplicació de les disposicions del Conveni de Viena de 1978, sobre la successió d'estats en matèria de tractats, caldria determinar si hi ha un costum internacional aplicable amb caràcter general a totes les organitzacions internacionals, com una part de la doctrina sembla assumir quan analitza les conseqüències que tindria per a la Unió Europea un cas com el que ens ocupa.¹⁰

La pràctica internacional sobre la matèria ens mostra solucions de tota mena, des dels casos en els quals no s'accepta la successió automàtica dels nous estats sorgits d'un procés de successió d'estats, que en són majoritaris, fins als supòsits en els quals una simple notificació a l'organització inter-

9 Palomares Amat, Miquel, «Las decisiones de los jefes de estado y de gobierno, en el seno del Consejo Europeo, como categoría jurídica para regular transitoriamente la participación en la Unión Europea de nuevos estados surgidos de la separación de estados miembros», *Revista d'Estudis Autònoms*, núm. 17, abril 2013, p. 165.

10 Mangas Martín afirma que «Es de manual. Si se consumara el proceso de secesión, el territorio que se desgaja no puede heredar la condición de miembro de una organización internacional: tendrá que solicitar el ingreso en la ONU, OTAN, UNESCO, OIT, etcétera». Mangas Martín, Araceli, «Construir la casa catalana por el tejado», *El Mundo*, 16/10/2012, p. 25. En aquesta mateixa línia, tot i que finalment reconeix que caldrà remetre's a les regles internes de cada organització internacional, Sánchez afirma que «En todos los casos de secesión o separación, tanto la llamada secesión colonial, como los fenómenos de secesión no ligados a la descolonización, el nuevo Estado ha debido satisfacer las condiciones y procesos de adhesión a las organizaciones internacionales fijadas por sus tratados constitutivos respectivos». Sánchez, Víctor M., «Catalunya, nuevo Estado de Europa», *Eldebat.cat*, 18/10/2012, 16:34, URL: http://www.eldebat.cat/cast/notices/2012/10/cataluna__nuevo_estado_de_europa_64557.php [consulta: 1-07-2013].

nacional per part del nou estat successor és suficient perquè es reconegui la seva condició de membre.¹¹

L'estudi realitzat per Bühler sobre la pràctica de les organitzacions internacionals des de 1945 fins a 1990 identifica sis categories de respostes: la continuïtat de la condició de membre; la recuperació de la condició de membre; l'admissió *ex novo* com a membre; la successió en la condició de membre; la substitució en la condició de membre; i l'amalgama en la condició de membre.¹² En conseqüència, aquesta varietat de pràctiques impossibilita el naixement d'un costum internacional sobre la matèria que sigui de compliment obligat per a la Unió Europea. Ara bé, una part de la doctrina considera, en canvi, de manera implícita que sí que hi ha un costum internacional en el sentit que tot procés de secessió comporta necessàriament per al nou estat una admissió *ex novo* a l'organització internacional a la qual pertanyia l'estat predecessor.¹³

1.3 · La resposta de la Unió Europea davant d'un procés de successió en l'estatut de membre si es produís un procés de secessió o de dissolució d'un estat membre

La tercera de les qüestions que cal resoldre és la determinació de com es podria articular la resposta de la Unió Europea per permetre que un nou estat esdevingués o fos reconegut com a membre de la Unió. Per donar resposta aquesta qüestió cal dilucidar, primerament, qui ha de respondre en nom de la Unió Europea i, finalment, quina hauria de ser o podria ser aquesta resposta.

11 Una anàlisi sobre els diversos tipus de solucions donades per les provisions dels tractats constitutius de les organitzacions internacionals als supòsits de successió d'estats en la condició de membre es pot veure a Bühler, *op. cit.*, p. 18-30.

12 Vegeu Bühler, *op. cit.*, p. 287.

13 En aquesta línia s'ha manifestat la professora Mangas Martín, tal i com acabem de veure a la nota núm. 10. Per la seva part, Sánchez considera que «No ha habido excepciones a esta regla, si bien es cierto que hay organizaciones internacionales técnicas, administrativas o financieras que permiten la adhesión de nuevos miembros de modo casi automático: a veces basta con notificar la voluntad de nueva adhesión en debida forma. Pero incluso en estos casos, por ejemplo, en la OIT, la UNESCO o la OMS, esta forma semiautomática de ser miembro de estas organizaciones se deriva de haber obtenido primero la categoría de miembro de la ONU, que no es automática». Sánchez, «Catalunya, nuevo...», *loc. cit.*

La primera de les incògnites no és menor, en tant que en la seva resposta es dipositen no poques esperances dels diversos estats involucrats en un cas de secessió o de dissolució d'un estat membre de la Unió Europea. Així doncs, cal determinar qui ha de donar aquesta resposta en el marc de la Unió Europea i com s'ha d'articular.

Com es pot deduir clarament del que s'ha exposat fins ara, en no haver-hi cap procediment expressament previst en l'ordenament jurídic de la Unió Europea per donar resposta a una petició de successió en la qualitat de membre de la Unió Europea per part d'un nou estat sorgit de la secessió o de la dissolució d'un estat membre, no es pot establir *a priori* qui i com ha de donar resposta a aquesta pretensió. Al nostre parer, els articles 13.2, 15.1, 17.1 i 14.1 del TUE constitueixen les pedres angulars sobre les quals s'ha de fonamentar la resolució d'aquesta qüestió.

En aquest sentit, el Consell Europeu semblaria la institució més adient per pronunciar-se davant d'una petició d'aquesta mena, en tant que l'article 15.1 estableix que aquesta institució «dará los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones y prioridades políticas generales». En aquesta línia, tal com assenyala Miquel Palomares, «los estados miembros han acudido, en la práctica, a la categoría jurídica de las decisiones de los jefes de Estado y de Gobierno, en el seno del Consejo Europeo, con la finalidad de solucionar problemas políticos de envergadura, de una forma simplificada, inmediata y transitoria».¹⁴ Ara bé, ens podríem preguntar si aquest protagonisme l'ha d'assumir el Consell Europeu en solitari. Al meu parer, l'obligació que tenen totes les institucions de mantenir entre si una cooperació lleial,¹⁵ combinada amb el paper polític que han desenvolupat tant la Comissió, que ha de promoure «el interés general de la Unión y tomará las iniciativas adecuadas con este fin»,¹⁶ com el Parlament Europeu, que exerceix funcions de control polític,¹⁷ fa que estiguin cridades també a col·laborar amb el Consell Europeu en aquesta funció.

Quant a la majoria necessària perquè el Consell Europeu adopti les seves decisions, l'article 15.4 del TUE estableix que es pronunciarà per

¹⁴ Palomares Amat, «Las decisiones de...», *loc. cit.*, p. 174.

¹⁵ Article 13.2 del TUE.

¹⁶ Article 17.1 del TUE.

¹⁷ Article 14.1 del TUE.

consens, excepte quan els tractats disposin una altra cosa. Així doncs, si un estat membre es pronunciés de manera expressa en contra d'una proposta de decisió se n'estaria impedit l'adopció.

La possibilitat de vet ha estat esgrimida per diversos autors com el principal obstacle per pretendre que el nou estat sorgit d'un procés de secessió o de dissolució d'un estat membre pugui esdevenir estat membre de la Unió des del mateix moment de la seva independència, per la qual cosa una situació d'aquest tipus, al seu parer, passaria indefectiblement per l'aplicació de l'article 49 del TUE, relatiu a l'adhesió de nous estats membres, i un eventual vet d'un o més estats membres.¹⁸ En aquest sentit, la professora Mangas Martín afirma que «a diferencia de las otras organizaciones internacionales, en la UE se precisa la unanimidad del Consejo para el ingreso (28 con Croacia en julio de 2013). Cualquier Estado miembro puede vetar no ya el ingreso, incluso el ser aceptado como candidato para negociar el ingreso que requiere también la unanimidad».¹⁹ En la mateixa línia, però amb menor contundència, Molina considera que com a conseqüència d'aquesta possibilitat «lo cierto es que sí que se puede saber lo que pasaría y, en consecuencia, que no resulta en absoluto inconcebible una exclusión. Con todo, también es verdad que la cuestión no resulta del todo sencilla. [...] está más o menos despejada la problemática jurídica (quedando descartada la tesis de la pertenencia automática a la UE de un territorio secesionado)» i «[...] también resulta claro que algunos Estados miembros no ven *a priori* con buenos ojos una flexibilización de las condiciones de reingreso que hicieran posible una adhesión muy rápida o incluso simultánea del nuevo Estado».²⁰

Sembla que ambdues posicions se centren en el fet que directament s'aplica l'article 49 del TUE relatiu a l'admissió de tercers estats a la Unió Europea, amb la convicció que aquesta opció s'assumeix per la Unió Europea sense que s'hagi produït un debat previ al si de la Unió i sense que s'hagi adoptat una decisió prèvia sobre la via que s'ha de seguir per vehicular la resposta al cas que ens ocupa. Tot i això, Molina reconeix que seria possible que els actors rellevants a la Unió Europea, incloent-hi els estats i les institucions europees, estiguessin a favor d'un reingrés ràpid o d'una

18 Sánchez, «Catalunya, nuevo...», *loc. cit.*

19 Mangas Martín, «Construir la casa...», *loc. cit.*

20 Molina, Ignacio, «Independentismo e integración europea (I): la imposible adhesión automática a la UE de un territorio secesionado», ARI 80/2012, Real Instituto ElCano, Madrid, 22/11/2012, p. 11.

adhesió simultània del nou estat. Ara bé, això dependria, al seu parer, «de las circunstancias: por ejemplo, si el proceso se resuelve –o no– de manera transparente, dialogada, democrática y legal o si el nuevo Estado independizado resulta –o no– acorde con los valores de la Unión y puede aportar ímpetu al proceso de integración». I, a continuació, afegeix, d'una manera un tant sorprenent, que «es posible que el caso escocés o el catalán pueden servir como dos buenos ejemplos casi paradigmáticos que hacen inclinar ese “depende” político más bien hacia un lado (positivo en Escocia) o hacia otro (negativo en Cataluña)».²¹

Per determinar quina hauria de ser o podria ser la resposta de la Unió Europea en cas de successió en l'estatut de membre de la Unió davant d'un supòsit de secessió o dissolució d'un estat membre, i tenint present la singularitat de la Unió Europea, és de gran utilitat l'anàlisi de la pràctica de les organitzacions internacionals i dels estats federals en aquest tipus d'esdeveniments amb l'objectiu de conèixer com s'hi ha fet front i estudiar la seva adequació al cas que ens ocupa.

De tots aquests exemples sorgits de la pràctica de les organitzacions internacionals, el supòsit de secessió o de dissolució d'un estat membre de la Unió Europea podria donar lloc, per al nou o nous estats sorgits del procés, en el marc d'aquesta organització, a un cas de continuïtat en la condició d'estat membre,²² un cas d'admissió *ex novo* com a membre²³ o a un cas de successió en la condició de membre.²⁴ Així doncs, les posicions que defensen que els casos de creació de nous estats com a conseqüència

21 Ibidem.

22 La continuïtat s'ha aplicat en casos de separació o secessió per a l'estat predecessor, en cas d'incorporació o d'accessió per a l'estat resultant i en casos d'altres persones internacionals continuadores després d'un simple canvi en el seu estatut, com, per exemple, l'adquisició de sobirania estatal. En tots aquests supòsits, algunes organitzacions han acceptat la continuïtat en la condició de membre de l'organització internacional des de la data original de l'adquisició de membre amb els mateixos drets i obligacions que l'estat originari.

23 L'admissió *ex novo* com a membre de l'organització s'ha aplicat en casos de separació/secessió o de desmembrament per part d'algunes organitzacions internacionals i implica que l'estat successor ha d'iniciar els procediments formals d'admissió com a membre d'una organització internacional d'acord amb els respectius instruments constitutius.

24 La successió en la condició de membre ha estat aplicada per algunes organitzacions internacionals en casos de separació/secessió o de desmembrament i suposa acceptar la successió en la condició de membre per al nou estat creat en la condició de membre que ostenta l'estat predecessor. Aquesta circumstància no es produeix de manera automàtica, requereix una «notificació de successió» i, en alguns casos, ha requerit també

d'un procés de secessió o de dissolució d'un estat membre suposaria indefectiblement l'exclusió automàtica i *sine die* del nou estat de totes les organitzacions internacionals de les quals era membre l'estat predecessor no respon a l'existència d'una norma internacional general sobre la qüestió, ni a una pràctica uniforme de les organitzacions internacionals. Ara bé, l'aplicació analògica d'alguna d'aquestes solucions estaria condicionada per la seva adequació a la naturalesa singular de la Unió Europea. Cal analitzar, doncs, si les solucions utilitzades per altres organitzacions internacionals són adequades, tenint present les conseqüències que tindrien aquestes solucions per a la mateixa Unió Europea.

Des d'aquesta perspectiva, cal tenir present que la pràctica analitzada correspon a organitzacions internacionals clàssiques de cooperació molt diferents a la Unió Europea, organització internacional d'integració amb trets característics d'estructures de tipus federal i confederal. Singularitat que es reforça encara més amb les particularitats dels procediments que preveu el Tractat de la Unió Europea per regular dues qüestions bàsiques relacionades amb la condició de membre de l'organització. Així, els procediments d'adhesió per a tercers estats (art. 49 TUE) i de retirada de la Unió Europea (art. 50 TUE) no tenen comparació amb els utilitzats per la resta d'organitzacions internacionals. En ambdós casos, de resultes de les conseqüències que aquests dos fets tenen per a la Unió, per als estats membres, per a la ciutadania i per a les persones jurídiques que operen en el seu territori, s'ha previst la celebració d'un tractat internacional que ha de regular les condicions de l'adhesió i les adaptacions necessàries (art. 49 TUE), així com la forma de la seva retirada i les relacions futures entre l'antic membre i la Unió (art. 50.2 TUE).

Si analitzem la pràctica en els estats federals podrem observar que, en un exemple de submissió al principi democràtic i de respecte a la pluralitat, s'ha optat per solucions molt respectuoses amb la voluntat de la ciutadania que plantejava supòsits de ruptura constitucional respecte de la organització o de la integritat territorial de l'estat. Així, per exemple, s'ha acceptat la creació de nous estats federats sense que hi hagués clàusula constitucional d'habilitació i sense que això suposés l'expulsió de la federació, com va passar a Jura, a Suïssa, i en altres casos, com, per exemple, al Quebec, s'han

el compliment d'unes condicions determinades i d'una decisió formal de l'organització.
En aquest cas, el nou estat es considera membre des de la data de successió.

acceptat referèndums d'autodeterminació sense que hi hagués cap clàusula d'habilitació prevista de manera expressa en la lletra de la Constitució.

Així les coses, quina ha de ser la resposta de la UE? Tot i que no hi ha normes específiques que resolguin la qüestió, sí que trobem principis jurídics de la Unió Europea que ens serveixen per donar una resposta jurídica a la qüestió plantejada. Al nostre parer, la Unió Europea ha d'acceptar la condició de membre del nou estat, garantint la posició de membre des del moment de la seva constitució. Aquesta resposta es fonamenta principalment en dos arguments:

- En primer lloc, en compliment del principi democràtic que reconeix l'article 2 del TUE, la Unió hauria d'estar obligada a respectar i defensar les decisions adoptades democràticament per una majoria de ciutadans d'una part del seu territori, i això inclouria també un procés de secessió que s'hagués produït com a conseqüència d'un procés democràtic.²⁵ En aquesta mateixa línia se situarien les solucions adoptades en la solució donada a les pretensions d'independència dels governs del Quebec i d'Escòcia per part del Canadà i del Regne Unit, respectivament, o a la pretensió de creació del cantó de Jurà a Suïssa.
- En segon lloc, cal tenir present que l'exclusió automàtica de la Unió Europea d'un territori secessionat d'un estat membre suposaria un gran problema jurídic, polític i econòmic per als estats membres de la Unió, per als seus ciutadans i per a les seves empreses. I la mateixa Unió Europea, i els seus estats membres, n'és conscient quan, per exemple, en l'article 50 del TUE regula de quina manera s'ha de produir una retirada d'un estat membre de la Unió Europea i estableix l'obligació de negociar els termes d'aquesta retirada o un període mínim de dos anys abans de fer-se efectiva en cas que no s'hagi arribat a una acord. Així doncs, sembla que la Unió Europea no concep una exclusió automàtica de cap part del territori de la Unió i això seria perfectament aplicable també en els casos de secessió, ja que les conseqüències per a la Unió serien les mateixes.

²⁵ En aquesta mateixa línia es pronuncia Edward, David, *Scotland and the European Union*, SCFF Blog, 17/12/2012, punt 9, URL: <http://www.scottishconstitutionalfutures.org/OpinionandAnalysis/ViewBlogPost/tabid/1767/articleType/ArticleView/articleId/852/David-Edward-Scotland-and-the-European-Union.aspx> [consulta: 1-07-2013].

En una línia semblant, per al cas d'una eventual secessió d'Escòcia, Avery considera que s'hauria de garantir que Escòcia fos membre de la Unió Europea de manera simultània a la seva declaració d'independència, perquè els cinc milions d'escocesos pertanyen a la Unió Europea des de fa més de quaranta anys, i hi han adquirit el dret com a ciutadans de la Unió Europea, i perquè per raons polítiques i pràctiques no es podria materialitzar una sortida de la Unió i una sol·licitud d'admissió posterior.²⁶

Finalment, cal assenyalar també que l'antic jutge del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) David Edward considera que en virtut de les seves obligacions de bona fe, cooperació sincera i solidaritat, les institucions de la UE i tots els estats membres (incloent-hi el Regne Unit actual), estarien obligats iniciar negociacions, abans que la separació entrés en vigor, per determinar les futures relacions, dins la Unió Europea, de les parts separades de l'antic Regne Unit i els estats membres.²⁷

Ara bé, tot i que en aquest treball es defensa que la resposta més ajustada als principis i a la naturalesa de la Unió Europea seria la que garantís una solució sense un trencament, és innegable que el Consell Europeu és una institució que actua amb una forta influència de consideracions purament polítiques, per la qual cosa no es podria descartar en cap cas que la solució finalment adoptada fos una altra. Ara bé, arribat a aquest punt, tampoc no es podria descartar l'actuació del TJUE en defensa dels drets de les persones físiques i jurídiques nacionals dels estats membres, o dels que fins aquell moment eren ciutadans de la Unió Europea, tenint present la tendència progressiva del tribunal a reforçar aquest estatut personal i a protegir-lo per sobre de les actuacions dels estats.²⁸

Vist això, quina de les tres vies utilitzades a les organitzacions internacionals per donar resposta a un nou estat sorgit d'una secessió o una dissolució d'un estat membre d'una organització internacional que sol·licités ser membre d'aquesta organització seria la més adequada?

26 Avery, Graham, *The Foreign Implications of and a separate Scotland*, HC 643/17, 24/9/2012, ap. 2, 17/10/2012, URL: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmfaif/writev/643/m05.htm> [consulta: 1-07-2013].

27 Edward, *Scotland and...*, loc. cit., punt 19.

28 En aquesta línia es pot destacar la Sentència del Tribunal de Justícia de 7 de juliol de 1992, afer C-369/90, Micheletti i altres; la Sentència de 20 de febrer de 2001, afer C-192/99, Kaur; la Sentència d'11 de juliol de 2002, afer C-224/1998, D. Hoop; la Sentència de 2 d'octubre de 2003, afer C-148/02, García Avello; i la Sentència de 2 de març de 2010, afer C-135/2008, Janko Rottmann contra Freistaat Bayern.

L'admissió *ex novo* del nou estat sorgit d'una secessió o d'una dissolució d'un estat membre a la Unió Europea implicaria un trencament absolut del nou estat amb la Unió i la possibilitat que la Unió Europea pogués no acceptar l'adhesió del nou estat o endarrerir-la durant un període de temps indeterminat.²⁹ Aquesta opció suposaria, en definitiva, la no-aplicació dels tractats constitutius des del moment de la independència efectiva del nou estat, amb totes les conseqüències que això tindria en l'aplicació efectiva de l'ordenament jurídic de la Unió Europea, en especial en l'efectivitat dels drets i les obligacions reconegudes no només als estats, sinó també als ciutadans i a les persones jurídiques, tant els nacionals del nou estat com els ciutadans i persones jurídiques de la Unió que es trobessin en el territori del nou estat. D'altra banda, l'elecció d'aquesta opció per part de la Unió Europea implicaria també una mena de sanció per als ciutadans del nou estat, que haurien exercit l'opció democràtica de crear un nou estat, actitud que seria contrària a la defensa dels principis democràtics que postula la mateixa Unió. En una línia semblant, Palomares considera que «la adhesión a la Unión Europea de un Estado, surgido de la separación de un Estado miembro, no se adecua, con exactitud, al sentido y finalidad del artículo 49 del TUE».³⁰ Ara bé, aquests efectes negatius es podrien superar si la Unió Europea apliqués un regim jurídic provisional al nou estat, que, tot i no ser considerat membre de l'organització, pogués permetre l'aplicació de l'ordenament jurídic de la Unió com si en fos membre, mentre no ho fos de manera efectiva.

La continuïtat automàtica i la successió del nou estat en la condició de membre de la Unió Europea no suposaria un trencament amb aquesta última. Aquestes solucions suposarien una veritable ampliació interna que garantiria la continuïtat en l'aplicació efectiva de l'ordenament de la Unió Europea en el territori del nou estat amb tot el que això significa: entre altres

29 Ara bé, com reconeix Molina, tot i defensar la via de l'article 49 del TUE per articular la pertinença a la Unió del nou estat, «también es cierto que –considerando la magnitud del problema– una posición basada en determinada interpretación formal de los tratados podría resultar políticamente difícil de mantener. Es decir, un veto o una posición muy poco constructiva durante las negociaciones de reingreso tendrían tal vez que enfrentarse a los poderosos deseos de una mayoría de Estados miembros o de las instituciones europeas». Molina, «Independentismo e integración europea (I)...», *loc. cit.*, p. 10-11. Així doncs, aquesta possibilitat es revela clarament inoperant per articular un procés de successió en la posició de membre de la Unió Europea.

30 Palomares Amat, «Las decisiones de...», *loc. cit.*, p. 165.

qüestions, garantir l'autoritat de les institucions i òrgans de la Unió Europea, en especial, els referents als mecanismes de control administratiu i judicial de l'aplicació del dret de la Unió. Ara bé, cal analitzar també l'impacte que tindria cadascuna d'aquestes dues solucions per a la Unió Europea.

La continuïtat automàtica no permetria modular les condicions de permanència del nou estat a la Unió Europea, perquè aquest tindria els mateixos drets i obligacions que l'estat predecessor, la qual cosa provocaria problemes institucionals a la Unió Europea i podria tenir conseqüències negatives, tant per a la Unió Europea com per al nou estat i els seus nacionals en relació amb l'aplicació de determinades disposicions de dret material de la Unió, com, per exemple, succeiria en el cas de quotes assignades als estats membres en determinades normes de dret derivat. A més, aquesta possibilitat quedaria descartada si se seguís el posicionament de la Comissió Europea de considerar-lo un nou estat al qual no se li podrien aplicar els tractats. En canvi, la successió en la condició de membre permetria donar resposta a la situació creada per la secessió o la dissolució d'un estat membre, garantint també la continuïtat dels drets i deures derivats de l'aplicació del dret de la Unió Europea. Aquesta solució seria, a més, respectuosa amb la defensa dels principis democràtics que postula la Unió.

2 · Les possibles vies per articular una resposta de la Unió Europea per permetre que un nou estat sorgit d'una secessió o dissolució d'un estat membre sigui reconegut com a membre de la Unió

Per acabar, caldria analitzar de quina manera es podria articular aquesta successió al si de la Unió Europea per a aquells nous estats sorgits d'un procés de secessió o de dissolució de la Unió Europea. En els últims temps s'han posat sobre la taula diverses solucions que intentarien evitar un trencament entre el nou estat i la Unió Europea i garantir la continuïtat del territori i dels ciutadans que configuren el nou estat respecte dels drets i obligacions que emanen de l'ordenament jurídic de la Unió Europea. A continuació, descriurem les principals característiques de cadascuna d'aquestes solucions.

2.1 · La negociació de l'adhesió abans de la constitució efectiva del nou estat per fer-les coincidir en el temps

Com hem assenyalat anteriorment, iniciar un procés d'adhesió seguint el procediment que estableix l'article 49 del TUE, a partir del moment del naixement efectiu del nou estat, suposaria un trencament en les relacions jurídiques, econòmiques i socials, que podria comportar greu perjudicis tant per als nacionals del nou estat com per a la resta de membres de la Unió Europea.³¹ En canvi, Avery ha proposat per al cas d'Escòcia la possibilitat d'iniciar el procés d'adhesió des del moment que el resultat del referèndum fos favorable a la independència d'Escòcia, de tal manera que en el moment de la seva constitució efectiva es produís una adhesió simultània a la Unió Europea, cosa que garantiria la continuïtat en l'aplicació territorial i personal de l'ordenament jurídic de la Unió Europea.

Aquesta possibilitat es fonamenta en la via que va utilitzar la Unió Europea per fer les adaptacions internes derivades de la reunificació alemanya, incloent-hi les modificacions de les normes materials de dret derivat. En aquest cas, la Comissió Europea va portar a terme les negociacions amb Berlín i Bonn per determinar els canvis que s'havien d'introduir en la normativa de la Unió Europea, i les seves propostes varen ser aprovades ràpidament pel Consell i el Parlament Europeu.³² En la mateixa línia, Avery proposa que la Unió Europea adopti un procediment simplificat en el qual la Comissió Europea iniciï unes converses exploratòries amb els governs escocès i britànic i amb la resta de capitals amb l'objectiu d'elaborar unes propostes que serien les bases d'una conferència intergovernamental per

31 En aquesta mateixa línia, Palomares assenyalava que «El proceso para regular las condiciones por las que los tratados constitutivos dejarían de aplicarse en un territorio de los estados miembros de la Unión Europea exigiría un período de tiempo, con el fin de formalizar, en un tratado, las consecuencias y los efectos para la Unión, para el Estado predecesor y para el territorio que se separa. Este proceso, obviamente, conllevaría un conjunto de problemas relevantes, de carácter jurídico y político. En la medida en que se manifieste la voluntad de pertenencia de estos nuevos estados a la Unión, una vez terminado el proceso de negociación de las consecuencias y efectos de la inaplicación de los tratados, debería iniciarse un nuevo proceso de negociación de la adhesión. Esta solución es absurda en términos políticos, y altamente costosa en términos jurídicos. En este marco, tiene interés la observación del profesor Pescatore en el sentido de que la interpretación jurídica debe conducir a un resultado que sea operativo en la práctica». Palomares Amat, «Las decisiones...», *loc. cit.*, p. 166-167.

32 Avery, *The Foreign Implications...*, *loc. cit.*, ap. 5.

formalitzar l'acord, que se sotmetria a la ratificació de tots els estats membres per tal que entrés en vigor el dia de la independència d'Escòcia.³³ En aquest sentit, cal assenyalar també que Avery no es pronuncia expressament sobre si es tractaria d'una mena d'acord simplificat d'adhesió o un acord modificatiu dels tractats constitutius.

2.2 · L'ampliació interna a través d'un acord intern de la Unió, l'establiment d'un règim transitori i la celebració d'un acord modificatiu dels tractats constitutius³⁴

La formalització de la successió com a membre de la Unió Europea s'hauria de perfeccionar en diverses fases. El primer pas consistiria en la notificació de successió per part del nou estat a la Unió Europea. A continuació, s'hauria de produir el reconeixement de la successió per part de la Unió Europea. El tercer pas seria l'establiment del règim transitori. Per acabar tot el procés, s'hauria de procedir a la modificació dels tractats constitutius.

La manifestació de voluntat del nou estat de succeir l'estat predecessor en la condició de membre de la Unió Europea s'hauria de materialitzar, com s'ha fet en altres organitzacions internacionals, mitjançant una *notificació de successió* per part del nou estat en la qual comunicaria la nova situació i la seva voluntat de succeir l'estat predecessor en la condició de membre de la Unió Europea com a nou estat que respecta els principis i condicions requerides per ser membre de la Unió, així com el seu compromís d'acceptació de tot el cabal normatiu de la Unió Europea. Finalment, la notificació hauria de contenir la seva voluntat d'iniciar immediatament el procés d'adaptació que hauria de permetre l'adequació del dret de la Unió Europea a la nova situació i la seva decisió d'adoptar tots aquells actes que permetin el compliment de totes les obligacions internacionals assumides pels estats com a membres de la Unió Europea.

A continuació, la Unió Europea haurà de reconèixer aquesta situació i adoptar les decisions necessàries per fer-la efectiva. Primerament, la Unió Europea hauria d'adoptar un «Acte de reconeixent de la successió com a membre de la Unió d'un nou estat sorgit de la secessió o de la dissolució

³³ Avery, *The Foreign Implications...*, loc. cit., ap. 10 i 11.

³⁴ Aquesta possibilitat ha estat analitzada de manera més detallada a Matas, González, Jaria, Roman, *L'ampliació interna de la Unió Europea...*, loc. cit.

d'un altre estat membre de la Unió Europea». Si es donessin les condicions exigides per al reconeixement, incloent-hi el respecte al principi democràtic que recull l'article 2 del TUE, aquest acte hauria de ser un acte degut i per tant no hauria d'estar subjecte a consideracions de tipus polític. Ara bé, també és evident que és possible que les circumstàncies que hagin portat a la creació del nou estat estiguin presents en el moment d'adoptar la decisió i un o més estats membres pretenguin condicionar la resposta, de la mateixa manera que les conseqüències jurídiques, polítiques, econòmiques i socials del sentit de la resposta també tindrien el seu pes. Aquest acte implicaria el reconeixement de l'estat predecessor, en el cas de continuar existint, i de l'estat/s successor/s com a membres de la Unió Europea i hauria de contenir les disposicions inicials necessàries per garantir el bon funcionament de la Unió.

Arribats a aquest punt es planteja una nova qüestió, la de quina institució hauria de fer aquest acte de reconeixement. Els tractats constitutius no permeten donar una resposta definitiva, perquè no regulen la qüestió ni contenen clàusules de tancament. Una possible solució al problema seria la d'acceptar que ho fes el Consell Europeu, com a institució que ha de donar els impulsos necessaris per al desenvolupament de la Unió Europea (art. 15 TFUE), tot i que en virtut del principi de cooperació lleial interinstitucional, també el Parlament Europeu i la Comissió haurien de participar activament en aquest acte de reconeixement.

L'establiment del règim transitori s'hauria de produir de manera immediata amb l'objectiu de garantir el bon funcionament de la Unió Europea i el compliment dels drets i obligacions del nou estat i dels seus nacionals. Aquest règim transitori se sustentaria en els principis següents:

- L'aplicació del principi de continuïtat en les normes de dret primari i de dret derivat material que no requereixin adaptacions.
- La regularització de la composició de les institucions, òrgans i organismes de la UE, aplicant els tractats fundacionals per garantir la representació del nou estat i dels seus ciutadans.
- La modificació de les normes de dret derivat, tant institucionals com materials, per adequar-se a la nova realitat.
- L'aplicació de les normes de dret internacional relatives a la successió en els acords internacionals de la UE i dels estats membres amb tercers estats i/o organitzacions internacionals.

- L'aplicació de les normes de dret internacional relatives a la successió en els acords europeus celebrats entre els estats membres com a membres de la UE.

Paral·lelament, s'hauria d'iniciar el procés de modificació dels tractats constitutius amb l'objectiu d'adequar el dret primari a la nova realitat. En aquest sentit, s'hauria de negociar un tractat modificatiu dels tractats constitutius de la UE seguint el procediment que preveu l'article 48 del TUE. Els aspectes que s'haurien de modificar són els relatius a l'establiment de les parts contractants dels tractats, els articles relatius a l'aplicació territorial dels tractats, altres preceptes que es considerés oportú i, en cas que fos necessari, s'haurien de modificar els protocols annexos als tractats, i es podrien incloure noves declaracions i protocols annexos als tractats.

2.3 · La decisió dels caps d'estat i de govern d'establir un període transitori, i l'aplicació posterior de l'article 49 del TUE

Palomares ha descrit un procediment que permetria evitar el trencament, utilitzant una pràctica consolidada de la Unió Europea com a pas intermedi cap a la solució definitiva. Aquest autor aposta per l'adopció d'una decisió dels caps d'estat i de govern dels estats membres reunits al si del Consell Europeu com la fórmula més adequada per permetre fer front en primera instància als problemes jurídics i institucionals que es plantegen. En aquest sentit, considera que «la naturaleza de estas decisiones, como acuerdos internacionales concluidos en forma simplificada, permitirían superar los problemas derivados de la necesidad de negociar, en un primer momento, las consecuencias de la inaplicación de los tratados y, en un segundo momento, la posterior solicitud de adhesión, por parte de los nuevos estados surgidos de la separación de un territorio de los estados miembros. Esta conclusión en forma simplificada conllevaría la ventaja de su rapidez y facilidad en la elaboración y adopción del acuerdo».³⁵

Aprofundint en aquesta línia, afirma que «las decisiones de los jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, como categoría específica de los mencionados actos de los representantes de los

³⁵ Palomares Amat, «Las decisiones de...», *loc. cit.*, p. 77.

estados en el seno del Consejo, pueden erigirse también como un mecanismo jurídico de concertación transitoria, idónea para regular una situación como la que se plantea en este estudio: la permanencia en la Unión Europea de un nuevo Estado surgido de la separación de un Estado miembro. Esta fórmula jurídica permitiría formalizar, transitoriamente, hasta la conclusión de un tratado de adhesión, la situación de permanencia de estos territorios en la Unión Europea, al tiempo que evitaría los problemas derivados de la necesaria negociación de las consecuencias y efectos de la inaplicación de los tratados, en el supuesto de que dichos estados manifiesten su voluntad de formar parte de la Unión Europea».³⁶ Així doncs, l'autor aposta per una solució que garantiria el no trencament amb la Unió Europea, mentre es completa el procés d'adhesió que preveu l'article 49 del TUE.

36 Palomares Amat, «Las decisiones de...», *loc. cit.*, p. 178.

QUARTA SESSIÓ

**QUINZE ANYS DE L'OPINIÓ DE LA CORT SUPREMA
DEL CANADÀ SOBRE LA SECESSIÓ DEL QUEBEC**

GÈNESI I EXERCICI DEL DRET A DECIDIR AL QUEBEC I AL CANADÀ

PATRICK TAILLON

*Professor de Dret Constitucional
de la Universitat Laval*

SUMARI: 1. La gènesi del dret a decidir el propi futur mitjançant un referèndum. 2. L'exercici efectiu del dret a decidir.

El referèndum, com a expressió directa de la sobirania d'un poble, és un instrument d'afirmació i de construcció identitària.¹ Permet que una comunitat política pugui exercir la seva autonomia i la seva llibertat d'elecció. Contribueix a forjar el sentiment nacional en la mesura que les propostes sotmeses a l'electorat són susceptibles de convertir-se en l'expressió d'un projecte comú. En efecte, votar, en certa manera, significa afiliar-se a una comunitat política i manifestar aquesta pertinença mitjançant un ritual ciutadà.² Ernest Renan, a la seva època, per destacar la capacitat del referèndum de formalitzar l'expressió de convivialitat, ja qualificava la nació de «plebiscit quotidià».³

Per a nacions minoritàries com són el Quebec, Escòcia o Catalunya, el referèndum és una eina que contribueix a afirmar la singularitat pròpia, ja que suscita un ampli debat públic sobre el destí i el futur d'aquestes nacions. Així, els referèndums sobre el seu estatus polític i constitucional, que alguns anomenen «referèndums de sobirania»,⁴ contribueixen al procés d'afirma-

L'autor vol destacar que aquest text s'ha escrit amb la col·laboració d'Amélie Binette i Rachel Pominville. De la mateixa manera, agraeix al Fons de Recerca del Quebec -Societat i Cultura i al Secretariat d'Afers Intergovernamentals Canadencs del govern del Quebec la seva ajuda financera per a la recerca, així com als professors Xavier Arbós Marín, Juan Vintró Castells i Carlos Viver Pi-Sunyer el seu suport. Dit això, l'autor és l'únic responsable de les opinions que recull aquest estudi.

- 1 Taillon, Patrick, «Le veto populaire comme mode d'expression directe d'un pouvoir constituant québécois», *RQDC*, 2, 2009, p. 150.
- 2 Schnapper, Dominique; Bachelier, Christian, *Qu'est-ce que la citoyenneté?*, París, Gallimard, 2000 (col. «Folio actuel»), p. 143; Schnapper, Dominique, *La communauté des citoyens*, París, Gallimard, 1994 (col. «Folio essais»), p. 79.
- 3 Renan, Ernest, *Qu'est-ce qu'une nation?*, Marsella, Le Mot et le Reste, 2007, p. 34.
- 4 Auer, Andreas; Malinverni, Giorgio; Hottelier, Michel, *Droit constitutionnel suisse*, Berna, Staempfli, 2000 (col. «Précis de droit Staempfli»), p. 249-250. Segons aquests

ció col·lectiva d'aquestes nacions minoritàries històricament integrades o annexades a un conjunt més ampli.

Ara bé, la posada en pràctica del dret a decidir com a tal pressuposa, prèviament, l'existència d'una comunitat política nacional diferent, el reconeixement de la qual és, en certa manera, facilitat per l'expressió d'una voluntat referendària. Aquesta relació, lleugerament circular, entre el naixement d'un poble i els mitjans d'expressió a través dels quals pot explicitar la seva existència, mostren de fet una de les paradoxes dels referèndums sobre el futur polític i constitucional de les nacions minoritàries. Si, per una banda, l'expressió de la voluntat d'un poble mitjançant un referèndum pressuposa, prèviament, l'existència d'una nació mínimament constituïda, per l'altra, és sovint el referèndum el mecanisme que permet, a la pràctica, que la nació es constitueixi democràticament. Tal com escriu Philippe Gérard, «encara que pretengui referir-se a comunitats preexistents, en realitat, [el referèndum] contribueix a la constitució d'aquestes comunitats».⁵ En altres paraules, per al referèndum sobiranista l'existència d'una comunitat política nacional és a la vegada una condició prèvia i un dels seus efectes.

En la mesura que aquesta comunitat resulta potencialment reforçada de l'exercici del referèndum, la resposta a la qüestió del futur o de l'estatus polític implica, prèviament i per força, la qüestió sobre la pròpia existència d'aquestes nacions. Com a mínim, aquest és un dels efectes de les votacions organitzades sobre el futur polític i constitucional de nacions minoritàries com són el Quebec,⁶ Catalunya⁷ o Escòcia.⁸ De fet, l'impuls de legitimitat

autors, alguns referèndums, encara que siguin materialment constitucionals, en realitat són referèndums sobiranistes. Així, aquest tipus de votacions engloben els referèndums d'autodeterminació, de divisió de fronteres o d'adhesió a una organització supranacional.

- 5 Gérard, Philippe, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Brussel·les, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1995, p. 224.
- 6 Referèndums quebequesos del 20 de maig de 1980 (*Sobirania-associació*) i del 30 d'octubre de 1995 (*Sobirania-partenariat*), Centre d'Estudis i de Documentació sobre la Democràcia Directa [d'ara endavant, CD2], Universitat de Ginebra, en línia: <http://www.c2d.ch/?lang=fr> [consultat el 18 d'abril de 2014].
- 7 Futur referèndum català del 9 de novembre de 2014 (*Independència*); referèndum català del 18 de juny de 2006 (*Estatut d'autonomia*), del 25 d'octubre de 1979 (*Estatut d'autonomia*) i del 2 d'agost de 1931 (*Autonomia*), CD2, citat anteriorment, nota 6.
- 8 Referèndums escocesos del proper 18 de setembre de 2014 (*Independència*), del 2 de març de 1979 i de l'11 de setembre de 1997 (*Devolució*), CD2, citat anteriorment, nota 6.

que confereix el referèndum, evidentment, el converteix en un instrument privilegiat d'afirmació nacional.

A partir del moment en què se'l considera una expressió directa de la sobirania d'un poble, el referèndum tendeix a imposar-se com una font legítima incontestable, susceptible de modificar i capgirar el marc jurídic establert.⁹ Tot l'interès, així com la controvèrsia lligada a l'exercici del referèndum, consisteix en aquesta força sobirana del poble i en la seva capacitat per legitimar els actes potencialment contraris a l'ordre jurídic establert.

En aquestes circumstàncies, no ens hem de sorprendre si els referèndums mitjançant els quals una nació minoritària decideix el seu futur vénen acompanyats de polèmica. En efecte, aquest tipus de votació pretén aconseguir «una reorientació espacial i estructural» de l'Estat, «que modifiqui els elements fonamentals de la seva sobirania».¹⁰ D'aquesta manera, es converteix, per als partidaris de l'*statu quo*, en una eina per contenir, canalitzar o racionalitzar aquesta expressió en favor del referèndum.¹¹

9 La capacitat de «legitimant un acte del qual disposa el mecanisme referendari és una de les característiques essencials dels referèndums nacionals». Taillon, Patrick, *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*, París, Dalloz, 2012 (col. «Bibliothèque Parlementaire et Constitutionnelle»), p. 4; Hamon, Francis, «Vox imperatoris, vox populi? Réflexion sur la place du référendum dans un État de droit», a *L'État de droit: Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, París, Dalloz, 1996, p. 389; Mercuzot, Benoît, «La souveraineté de l'expression référendaire: un principe nécessaire au droit constitutionnel», *RDP*, 3, 1995, p. 661; Denquin, Jean-Marie, *Référendum et plébiscite: essai de théorie générale*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976 (col. «Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique», núm. 52), p. 278.

10 Auer, Malinverni i Hottelier, citat anteriorment, nota 4, p. 249-250.

11 Cal distingir dues categories en aquests processos de racionalització de l'expressió referendària. Per una banda, trobem els processos relatius a l'organització del referèndum. Aquests engloben, en primer lloc, la controvèrsia ciutadana lligada a la qüestió de saber qui és el poble o el cos electoral competent i legítim per decidir una qüestió. En segon lloc, les exigències relatives a la qualitat de la deliberació del referèndum, especialment la qüestió tan delicada sobre el finançament de les campanyes referendàries. En tercer lloc, el mètode utilitzat per preguntar, és a dir, la formulació de la pregunta. Finalment, en quart lloc, la determinació del llindar de majoria necessari. Per altra banda, també hi ha altres processos que, en aquest cas, aspiren a limitar l'abast dels resultats del referèndum. En aquesta segona categoria figuren, entre d'altres, la polèmica relativa al caràcter consultiu o decisor de la votació, així com el control per part de la autoritat jurídica de la conformitat de la voluntat resultant del referèndum amb les normes anomenades jeràrquicament superiors (control de constitucionalitat, convencionalitat

En primer lloc, el govern central pot intentar impedir que l'organització o estat celebri un referèndum, tal com ha fet fins ara el Govern espanyol en resposta a la voluntat del Govern català de celebrar un referèndum el 9 de novembre de 2014. En segon lloc, el govern central pot sotmetre la voluntat popular a diverses exigències, sobretot per controlar la constitucionalitat de la voluntat resultant d'un referèndum. La sentència del 28 de juny de 2010¹² del Tribunal Constitucional Espanyol, que neutralitza una gran part de l'Estatut d'autonomia de Catalunya tot i que va ser aprovat per una gran majoria popular mitjançant el referèndum celebrat el 18 de juny de 2006, il·lustra aquesta tendència a racionalitzar l'expressió a favor d'un referèndum.

Contràriament, al Canadà, el dret del Quebec a decidir el seu futur s'ha exercit diverses vegades, encara que actualment aquest dret s'ha imposat i exercit gràcies al reconeixement explícit del Tribunal Suprem del Canadà. En tot cas, aquesta és la tesi que ens agradaria demostrar en aquest estudi, mitjançant l'anàlisi de la història de la pràctica referendària i de l'exercici del dret a escollir al Quebec i al Canadà. Des de la seva gènesi i fins al dia d'avui, veurem com el dret del Quebec i també d'altres províncies que componen el Canadà a decidir el seu futur ha evolucionat al marge dels textos constitucionals, i que aquest dret ha estat exercit diverses vegades. Per aquest motiu, en primer lloc, examinarem la gènesi del dret a decidir el propi futur mitjançant un referèndum (ap. 1) i, en segon lloc, parlarem de l'exercici d'aquest dret en múltiples ocasions en l'àmbit provincial i federal (ap. 2).

1 · La gènesi del dret a decidir el propi futur mitjançant un referèndum

Per raons històriques i contextuals, el referèndum, en general, i el dret a decidir dels quebequesos, en particular, s'ha imposat *de facto* mitjançant l'exercici d'una pràctica referendària efectiva (ap. a) que s'allunya, en molts aspectes, del text de la Constitució canadenca (ap. b).

o supraconstitucionalitat, etc.). Per a una anàlisi global d'aquest fenomen de racionalització de l'expressió referendària, Taillon, citat anteriorment, nota 9.

12 Tribunal Constitucional d'Espanya, Sentència 31/2010, 28 de juny de 2010, publicada al BOE, núm. 172, sec. TC, 16 de juny de 2010, p. 1-491, en línia: <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2010-11409.pdf> [consultat el 17 d'abril de 2014].

a. Fonaments

Des de l'origen de la federació canadenca el 1867 fins avui, els textos de la Constitució canadenca no han abordat¹³ la possibilitat de celebrar referèndums: tant per a la modificació de la Constitució com per a l'adopció de lleis federals i provincials, els textos constitucionals es fonamenten en una concepció estrictament representativa de la democràcia. Ja sigui per lleialtat i fidelitat amb el model britànic de monarquia parlamentària¹⁴ i per diferenciar-se de la cultura política americana,¹⁵ o per qualsevol altra raó,¹⁶ el referèndum es va excloure de manera sistemàtica i deliberada¹⁷ del procés d'adopció de la Constitució de 1867¹⁸ i de la fórmula d'esmena constitucional adoptada el 1982.¹⁹

13 Boyer i Patrick, *Direct Democracy in Canada: The History and the Future of Referendum*, Toronto, Dundurn Press, 1992, p. 190.

14 Bell, David V. J., «The Loyalist Tradition in Canada», *Journal of Canadian Studies*, 5, 1970, p. 22; Preece, Rod, «The Anglo-Saxon Conservative Tradition», *Canadian Journal of Political Science*, 13-1, 1980, p. 3; Smith, David E., «Empire, Crown and Canadian Federalism», *Canadian Journal of Political Science*, 24 (3), 1991, p. 451; Kaufmann, Eric, «Condemned to rootlessness: The loyalist origins of Canada's identity crisis», *Nationalism and Ethnic Politics*, 3-1, 1997, p. 110; Mancke, Elizabeth, «Early Modern Imperial Governance and the Origins of Canadian Political Culture», *Canadian Journal of Political Science*, 32, 1999, p. 3.

15 Chévrier, Marc, «La genèse de l'idée fédérale chez les pères fondateurs américains et canadiens», a Gagnon, Alain-G. (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions*, Mont-real, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 18; Vaughan, Frederick, *The Canadian federalist experiment from defiant monarchy to reluctant republic*, Mont-real, McGill-Queen's University Press, 2003.

16 Chévrier, citat anteriorment, nota 15, p. 18; Vaughan, citat anteriorment, nota 15.

17 Delwaide, Karl «La législature québécoise peut-elle implanter un système complet d'initiative et de référendum», *C de D*, 22, 1981, p. 700; Chévrier, Marc, «L'idée républicaine au Québec et au Canada français – les avatars d'une tradition cachée», a Baquiast, Paul; Dupuy, Emmanuel (dir.), *L'idée républicaine dans le monde – XVIIIe/XXIe siècles*, vol. 2, París, L'Harmattan, 2007 (col. «La République Universelle»), p. 45; Grammond, Sébastien, «Une province peut-elle subordonner l'approbation d'une modification constitutionnelle à la tenue d'un référendum?», *C de D*, 38, 1997, p. 590-591.

18 L'absència de ratificació mitjançant un referèndum de la Llei constitucional de 1867 30&31 Vict., c. 3 (R.-U.), s'emmarca a contracorrent de l'experiència americana i australiana, en la qual l'emancipació de poder de les autoritats britàniques es va fonamentar en el recurs a la sobirania del poble, expressat a través dels processos de la democràcia directa. Chévrier, citat anteriorment, nota 17, p. 47.

19 Llei constitucional de 1982, annex B de la Llei de 1982 sobre el Canadà, 1982, c. 11 (R.-U.).

La democràcia referendària, pel fet de no haver estat desitjada ni prevista pels redactors de la Constitució, ha evolucionat gràcies a una transformació de les pràctiques polítiques existents al marge dels textos constitucionals. Inevitablement, aquesta evolució s'ha imposat a la resta d'òrgans de l'Estat, els quals l'han reconegut i avalat amb certes reserves i condicions.²⁰ Amb el pretext segons el qual allò que no contempla el text de la Constitució no implica la seva prohibició, la democràcia referendària ha sabut integrar-se en un sistema en què ni el text constitucional ni l'esperit amb el qual es va adoptar el text oferien un terreny fèrtil per a aquella empresa. Amb aquest punt de vista, la democràcia referendària ha sabut trobar el seu lloc, malgrat que el referèndum es basa en una lògica institucional i una concepció de la democràcia ben diferents de les preconitzades pels pares fundadors de la Confederació de 1867, i malgrat l'existència de raons sòlides per creure que és per coneixement de causa que aquests fundadors van excloure voluntàriament el recurs al referèndum.²¹ La democràcia referendària ha sabut trobar el seu lloc fonamentant-se en el caràcter «paraconstitucional» de la consulta referendària, per una banda, i en la natura consensualista del pacte federal, per l'altra.

20 Re: *The Initiative and Referendum Act*, [1919] AC, p. 935-946; *The King vs. Nat Bell Liquors Ltd*, [1922] 2 AC 128; *Haig vs. Canadà (Director General de les Eleccions)*, [1993] 2 RCS 995; Dictamen relatiu a la secessió del Quebec, [1998] 2 RCS 217.

21 Per exemple, John A. Macdonald, un dels pares de la Confederació de 1867, va afirmar que: «As it would be obviously absurd to submit the complicated details of such a measure to the people, it is not proposed to seek their sanction before asking the Imperial Government to introduce a Bill in the British Parliament». Boyer, citat anteriorment, nota 14, p. 15. Amb el mateix punt de vista, Georges-Étienne Cartier, principal representant dels interessos dels canadencs francòfons en el moment de la negociació de la Constitució de 1867, va declarar: «La conservació del principi monàrquic serà el principal caràcter de la nostra confederació, mentre que a l'altra banda de la frontera, el poder dominant és la voluntat de les masses, de la plebs, vaja». Discurs de *sir* Georges Cartier, Eusèbe Sénécal i fils, Imprimeurs-éditeurs, 1893, p. 421; Chévrier, citat anteriorment, nota 17, p. 45.

– *Caràcter paraconstitucional de la pràctica referendària*

El referèndum és un dels instruments paraconstitucionals²² que –de la mateixa manera que les convencions constitucionals²³ i els acords intergovernamentals²⁴ (anomenats acords administratius)– fan evolucionar el

-
- 22 El concepte de *paraconstitucionalitat* s'inspira parcialment en la definició que publica Johanne Poirier en els seus estudis sobre els acords intergovernamentals. En les seves paraules, una «funció paraconstitucional designa una funció que s'emmarca al marge o com a complement de les normes constitucionals. Pot tractar-se d'eludir, completar, interpretar, desarticular o evitar les normes o la necessitat de reformes institucionals». Poirier, Johanne, «Quand le non-droit fait la loi: les ententes entre partenaires fédéraux et l'hypothèse du pluralisme juridique», web col·laboratiu de recerca sobre el futur del dret públic, Centre de Droit Public de l'ULB, en línia: [http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/index.php?id=14&tx_ttnews\[pointer\]=1&cHash=bf631284](http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/index.php?id=14&tx_ttnews[pointer]=1&cHash=bf631284) [consultat el 16 de juliol de 2013]; Mathieu, Catherine; Taillon, Patrick, «*Aux frontières de la modification constitutionnelle: le caractère para-constitutionnel de la réforme du Sénat canadien*» *RQDC*, 5, 2013, en línia: http://www.aqdc.org/pub/cms_volume_tablemat.php?id_volume=5 [consultat el 18 d'abril de 2014]; Mathieu, Catherine, *La réforme du Sénat en marge des procédures multilatérales de modification constitutionnelle*, tesi de màster, Quebec, Facultat d'Estudis Superiors, Universitat Laval, 2013, p. 8, 11, 12, 27, 54, 59, 63, 108, 140 i 141.
- 23 Les convencions constitucionals són regles no escrites reconegudes però no ratificades pels tribunals, ja que el seu contingut entra directament en contradicció amb el text de la Constitució. Aquestes convencions, l'objectiu de les quals és reconciliar el dret positiu amb els valors i les pràctiques polítiques contemporànies, restringeixen l'àmbit de poder discrecional d'un òrgan constituït. Per exemple, els poders que li corresponen a la Corona i als seus representants en l'àmbit federal (governador general) i en l'àmbit provincial (vicegovernador) són, d'acord amb les convencions constitucionals, exercits a la pràctica segons el dictamen del primer ministre o el Govern. La jurisprudència canadense ha delimitat tres condicions essencials per reconèixer una convenció constitucional com a tal en el Dictamen: Resolució per modificar la Constitució, [1981] 1 RCS 753, p. 888-909. En primer lloc, el Tribunal exigeix precedents (p. 888-898), la presència dels quals és necessària però, tanmateix, insuficient. En segon lloc, els actors polítics involucrats en els precedents han de sentir-se vinculats a aquesta convenció que, tot i que no té un caràcter estrictament obligatori, ha acabat sent reconeguda i acceptada a la pràctica (p. 898-905). Finalment, el tercer criteri pretén conèixer la raó de ser del comportament adoptat, raó que ha de diferir del simple ús o del costum.
- 24 L'Acord de col·laboració en matèria d'immigració i de selecció dels ciutadans estrangers que volen instal·lar-se al Quebec de manera permanent o temporal és un exemple d'acord intergovernamental emmarcat al marge de la divisió de competències legislatives (Acord Couture-Cullen). Aquest acord, signat el 20 de febrer de 1978 entre el ministre quebequès d'Immigració, Jacques Couture, i el seu homòleg federal, Jack Cullen, reconeix per primera vegada al Quebec el dret de seleccionar els ciutadans estrangers dins del

dret per altres vies diferents de les que prescriu formalment el text de la Constitució. Encara que en aparença siguin notablement diferents, aquests instruments paraconstitucionals presenten un cert nombre de característiques comunes. En realitat, tots intenten implementar canvis mitjançant un procés diferent del que preveu el dret positiu formal. D'aquesta manera, es basen en el consens resultant dels electors, en el cas d'un referèndum, o dels actors polítics, en el cas dels acords intergovernamentals i de les convencions constitucionals, i aconseguen que els instruments de reforma paraconstitucional facin evolucionar el dret sense modificar necessàriament el text escrit de la constitució. Per tant, persegueixen un objectiu contradictori: conservar intacta la constitució escrita i formal i, al mateix temps, modificar les pràctiques polítiques que, tanmateix, estan regides per aquesta mateixa constitució.

D'alguna manera, els instruments de reforma paraconstitucional reflecteixen una voluntat de canvi que s'expressa al marge dels processos establerts per tal de modificar, d'entrada, les pràctiques polítiques i preparar, a la llarga, una possible modificació de la constitució escrita i formal. Per exemple, els referèndums sobre el futur polític i constitucional del Quebec (1980 i 1995) o de Terranova (1948) tenien per objectiu portar a terme canvis constitucionals de gran magnitud mitjançant un procés de legitimació directe al si d'un electorat la voluntat del qual es va imposar posteriorment als altres òrgans de l'Estat, que en virtut del dret positiu formal continuaven sent titulars del poder per modificar la Constitució. Vist així, el caràcter paraconstitucional de la pràctica referendària canadenca ha permès apostar a favor de decisions referendàries que, malgrat no poder-se executar directament en un pla jurídic, comprometen els actors polítics i els col·loquen davant una voluntat ineludible. En altres paraules, el referèndum no només s'inscriu en processos de modificació de la constitució ja establerts, sinó que gràcies a la seva força de legitimació es converteix en el principal motor de canvi. El referèndum, tot i no ser un substitut dels processos formals d'adopció de normes, té la capacitat de sol·licitar als òrgans constituïts modificacions profundes en l'ordre constitucional existent.

seu territori en funció dels interessos demogràfics, econòmics i socioculturals. El 1991, va ser reemplaçat per l'Acord Canadà-Quebec relatiu a la immigració i a l'admissió temporal d'immigrants (Acord Gagnon-Tremblay-McDougall), que s'emmarca dins el mateix context.

A més del caràcter paraconstitucional del referèndum, l'altre factor important que impedeix l'evolució de la pràctica referendària, en general, i del dret de les províncies a decidir el seu futur, en particular, és evidentment l'origen federal i el caràcter associatiu del pacte negociat durant l'adopció de la Constitució de 1867.

Així, l'adhesió voluntària de cada estat membre al si d'un pacte consentit lliurement, com a mínim el 1867,²⁵ va denotar una concepció consensualista del federalisme, on les colònies de l'Amèrica del Nord britànica susceptibles de convertir-se en els estats membres d'aquesta federació van romandre lliures d'adherir-se o no al pacte federatiu.²⁶

Des d'aquesta òptica, certes colònies com les de l'illa del Príncep Eduard i Terranova van participar a les primeres conferències sobre la negociació de la Constitució de 1867, tot i que més tard van retirar-se lliurement d'un dels processos perquè els va deixar de convenir.²⁷ Poc després de

25 L'adopció el 1982 d'una nova Constitució canadense sense l'acord del Quebec ser-
veix clarament per matisar aquest aspecte. Des de llavors, l'Assemblea Nacional del
Quebec ha impugnat diverses vegades aquest text: Resolució unànime per «ratificar»
que la Llei constitucional de 1982, promulgada fa 30 anys sense l'acord del Quebec,
encara roman inacceptable, 16 de novembre de 2011; Resolució unànime que ratifica
que l'Assemblea Nacional mai no s'ha subscrit a la Llei constitucional de 1982, 14 de
juny de 2007; Resolució unànime sobre la no-adhesió a la Llei constitucional de 1982,
17 d'abril de 2002; i Resolució sobre les condicions sense les quals el Quebec no pot
acceptar el repatriament de la Constitució canadense, 1 de desembre de 1981; Secretariat
d'Afers Intergovernamentals canadencs del Govern del Quebec, en línia: [http://www.
saic.gouv.qc.ca/institutionnelles_constitutionnelles/resolutions_assemblee_nationale.
htm](http://www.saic.gouv.qc.ca/institutionnelles_constitutionnelles/resolutions_assemblee_nationale.htm) [consultat el 17 d'abril de 2014]. Llei relativa a la Llei constitucional de 1982, LRQ
c. L-4.2.

26 Per exemple, tot i que el vot al si de l'Assemblea del Baix-Canadà va ser molt ajustat
(35 diputats a favor, 25 en contra), els representants electes del Quebec inicialment van
permetre l'adopció de la Llei constitucional de 1867, citat anteriorment, nota 18, malgrat
la forta oposició manifestada pels diputats *vermells* del Partit Liberal d'Antoine-Aimé
Dorion, els quals, sense èxit, van denunciar l'absència de participació del poble en
l'elaboració del projecte de reforma constitucional. Boyer, citat anteriorment, nota 13,
p. 14; Lacoursière, Jacques, *Histoire populaire du Québec*, t. 3, Québec, Septentrion,
1996, p. 183.

27 Creighton, Donald, *The road to Confederation: the emergence of Canada, 1863-1867*,
Toronto, Macmillan of Canada, 1964; Waite, P. B., *The life and times of Confederation,
1864-1867: politics, newspapers, and the union of British North America*, Toronto,
University of Toronto Press, 1962 (2a ed., revisada i corregida).

l'entrada en vigor de la Constitució de 1867, la victòria electoral del partit Anticonfederalista a Nova Escòcia va portar, a partir de 1868, a un intent de secessió per part d'aquesta província que, finalment, va fracassar.²⁸ Posteriorment, i de manera voluntària, de nou, i d'acord amb les disposicions de l'article 146 de la Llei constitucional de 1867, diferents territoris, com ara la Colúmbia Britànica (el 1871), l'illa del Príncep Eduard (el 1873) i Terranova (el 1948), van adherir-se a la federació canadenca. Encara que la influència de les autoritats imperials probablement va tenir molt a veure en la creació d'aquest conjunt federal,²⁹ és cert que cada un dels territoris preexistents a la federació va decidir permetre aquesta unió lliurement. En la major part dels casos, aquest consentiment es va manifestar a través de la mediació dels representants electes, a excepció de la província de Terranova, on els electors van poder expressar-se directament amb la celebració d'un referèndum doble.³⁰

A més del caràcter consensualista del pacte que va donar lloc a la Confederació de 1867, la distribució i divisió de competències legislatives³¹ i el manteniment del dret preconfederatiu³² són factors que van afavorir indirectament el desenvolupament de la pràctica referendària. D'aquesta manera, encara que la Constitució de 1867 no contemplava cap procés referendari, tant la redacció del text com el procés d'adopció, sí que van preservar les competències respectives de les províncies i el Govern federal pel que fa als comicis electorals. Així, la competència electoral es va repartir implícitament entre el Govern federal i les províncies, segons la pròpia natura de cada elecció. La Constitució de 1867, que reconeix a cada un dels membres de la federació el poder de decidir sobre el seu ordre de govern,³³ ha fet

28 Dictamen relatiu a la secessió del Quebec, citat anteriorment, nota 20, par. 42; Lacoursière, citat anteriorment, nota 26, p. 204; Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 16.

29 Bell, citat anteriorment, nota 14; Preece citat anteriorment, nota 14; Kaufmann, citat anteriorment, nota 14.

30 Referèndums de Terranova del 3 de juny de 1948 (*futur institucional de Terranova*) i del 22 de juliol de 1948 (*futur institucional de Terranova*), al CD2, citat anteriorment, nota 6.

31 Llei constitucional de 1867, citat anteriorment, nota 18, art. 91-95.

32 Ídem, art. 129.

33 L'organització d'eleccions és una competència implícita relacionada amb la capacitat de cada província per determinar la seva pròpia constitució (article 45 de la Llei constitucional de 1982, citat anteriorment, nota 19, antigament article 92 [1] Llei constitucional de 1867, citat anteriorment, nota 18) i de les autoritats federals per legislar sobre els aspectes relatius al funcionament de les institucions federals que no qüestionin cap

possible l'existència de múltiples legislacions relatives a l'organització de comicis. Aquestes votacions, exclusivament electorals, acaben prenent la forma de consultes referendàries en funció de les necessitats i iniciatives portades a terme en aquestes matèries pel govern de les províncies i el Govern federal.

b. Primers usos

Les províncies i el Govern federal, fonamentant-se en les seves competències pel que fa a la legislació electoral i a l'organització de comicis, han celebrat referèndums de manera ocasional. Aquests primers referèndums *ad hoc*, que en inicialment es van organitzar cas a cas, van precedir l'adopció de lleis marc enfocades a l'estructuració d'aquesta pràctica.

– Intents d'instauració de la democràcia directa a l'oest canadenc

Sobretot les províncies de l'oest canadenc van ser les que, sota la influència dels moviments reformistes, progressistes i populistes americans,³⁴ van portar a terme processos democràtics directes. Aquests moviments,

element essencial de la federació (article 45 de la Llei constitucional de 1982, citat anteriorment, nota 19, antigament article 91 [1] de la Llei constitucional de 1867, citat anteriorment, nota 18). A part d'això, la competència provincial en matèria electoral també pot fonamentar-se en la competència gairebé residual de les províncies en «totes les matèries» de «natura purament local» de l'article 92 (16) de la Llei constitucional de 1867, citat anteriorment, nota 18, així com en la continuïtat de les lleis preconfederatives (article 129 de la Llei constitucional de 1867, citat anteriorment, nota 18).

- 34 A propòsit d'aquesta influència estrangera, Richard Theoret escriu: «Foreign influence also played a role in the rise of the direct legislation movement. A similar phenomenon had taken place a decade earlier in certain American States and was becoming popular in Australia. Moreover, there was a wave of immigration from United States during this period with no doubt exerted some influence». Theoret, Richard, *The use of the referendum in Canada*, a Rowat, Donald C. (dir.), *The Referendum and Separation Elsewhere: implications for Quebec*, Ottawa, Departament de Ciències Polítiques de la Universitat de Carleton, 1978, p. 22; Lemieux, Vincent, «Le référendum et la démocratie au Canada», a Aucoin, Peter (dir.), *Le gouvernement représentatif et la réforme des institutions*, Ottawa, Comissió Reial sobre la Unió Europea i les Perspectives de Desenvolupament al Canadà, 1985 (Estudi núm. 38), p. 138; Piott, Steven L., *Giving voters a voice: the origins of the initiative and referendum in America*, Columbia, University of Missouri Press, 2003; Goebel, Thomas, *A government by the people: direct democracy in America*, Chapel Hill - Londres, University of North Carolina Press.

antielitistes, crítics amb els efectes perversos del capitalisme³⁵ i que tenien poca confiança en les elits representatives al poder,³⁶ promovien que el poble tingués més control sobre el poder.³⁷ Aquests moviments eren molt actius a l'oest canadenc i van fer possible l'adopció de lleis que van institucionalitzar els processos principals de la democràcia directa: els referèndums d'iniciativa popular i els referèndums de revocació de càrrecs electes.

A Saskatchewan, el govern del Partit Liberal de Walter Scott va ser el primer a adoptar una legislació semblant el 1913: la Direct Legislation Act.³⁸ Aquesta llei pretenia instaurar dos tipus de processos democràtics directes. Per una banda, establia que les lleis aprovades pel Parlament no entrarien en vigor fins a noranta dies després de la seva aprovació, període durant el qual els ciutadans, mitjançant la recollida del 5% de signatures dels electors inscrits a l'elecció precedent, podien sotmetre les lleis aprovades a un referèndum.³⁹ Per una altra banda, la llei contemplava l'exercici de la iniciativa legislativa popular, segons el qual el 8% d'electors podia

35 Patrick Boyer resumeix així el programa d'aquests moviments: «The progressives spoke about the public interest rather than private interests, and focused their reforms on the abusive aspects of child labour, slums, sweat shops, alcohol, concentration of economic power, business monopolies, wasteful consumption of natural resources, despoliation of the landscape, misdistribution of wealth, limited voting rights, bribery and corruption of public officials, lobbying, worker protests, and farmers' dissent». Boyer, Patrick, *The People's Mandate: Referendum and a More Democratic Canada*, Toronto, Dundurn Press, 1992, p. 46-47.

36 L'origen d'aquest sentiment de decepció de la població rural de l'oest canadenc es devia, entre altres motius, al canvi de rumb dels liberals electes el 1896 amb el suport de l'oest gràcies a la seva política favorable al lliure canvi. Una vegada al poder, aquests càrrecs es van negar a abaixar les tarifes duaneres, com els conservadors. En un sentit més ampli, els progressistes defensaven en l'àmbit polític la formació d'un tercer partit, la democratització dels partits tradicionals, la lluita contra la corrupció i la posada en pràctica de processos democràtics directes. Theoret, citat anteriorment, nota 34, p. 21-23; Boyer, citat anteriorment, nota 35, p. 39.

37 Boyer, citat anteriorment, nota 35, p. 46; Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 244-245; Boyer, Patrick, *Lawmaking by the People: Referendums and Plebiscites in Canada*, Toronto, Butterworths, 1982, p. 25-26; Theoret, citat anteriorment, nota 34, p. 21.

38 Direct Legislation Act, SS, 1913, c. 2.

39 Tanmateix, la llei contemplava dues excepcions importants respecte al període de noranta dies: 1) si durant el procés parlamentari d'aprovació de les lleis, s'aconseguís aprovar-les per majoria de dos terços de l'Assemblea legislativa, podien entrar en vigor abans dels noranta dies establerts; i 2) quan la legislació tingués a veure amb àmbits fiscals i pressupostaris.

sotmetre al Parlament una proposta de llei.⁴⁰ Malgrat això, el novembre de 1913, després de ser aprovada pel Parlament de Saskatchewan, aquesta llei va ser sotmesa a l'aprovació dels electors⁴¹ de la província mitjançant un referèndum, la participació en el qual va ser insuficient i no va permetre arribar al llindar de suport necessari del 30% dels electors inscrits.⁴² Així, l'adopció de la Direct Legislation Act va fracassar per falta de participació popular!

El mateix any, a Alberta, la Direct Legislation Act⁴³ va establir que a iniciativa popular d'almenys el 20% dels electors inscrits, es podien presentar al Parlament propostes legislatives sobre qualsevol qüestió de competència provincial que no afectés el pressupost, i en cas que les propostes no fossin aprovades pel Parlament, s'havien de sotmetre a un referèndum popular. La Direct Legislation Act també contemplava que les lleis no entressin en vigor fins a noranta dies després de la seva aprovació parlamentària, període durant el qual si al menys un 10% dels electors presentava una petició de veto sobre una determinada llei, aquesta llei havia de sotmetre's a un referèndum popular.⁴⁴ La Direct Legislation Act, que mai no es va utilitzar, va ser finalment abrogada el 1958.⁴⁵ La seva probable inconstitucionalitat va ser el motiu principal per justificar-ne l'abrogació.⁴⁶ Més tard, el 1936, el govern *creditista* de Willian Aberhart, amb el desig de celebrar un referèndum d'iniciativa popular sobre la revocació dels càrrecs electes, va fer

40 En aquest cas, el Parlament podia aprovar la iniciativa popular o bé sotmetre-la a un referèndum popular vinculant.

41 En virtut de la llei següent: An Act to Submit to the Electors the Question of the Adoption of the Direct Legislation Act, SS, 1913, c. 3.

42 Rowat, Donald, «Our Referendums are not Direct Democracy», *Revista Parlamentària Canadenca*, 21-3, 1998, en línia: <http://www.revparl.ca/english/issue.asp?art=111¶m=68> [consultat el 18 d'abril de 2014]; Côté, Julien, *La consultation populaire au Canada et au Québec*, Quebec, Directeur General de les Eleccions del Quebec, 2000 (3a ed.), p. 12; Theoret, citat anteriorment, nota 34, p. 20; Lemieux, citat anteriorment, nota 34, p. 136; Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 79.

43 An Act to provide for the Initiative or Approval of Legislation by the Electors, SA, 1913, c. 3.

44 Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 84.

45 Côté, citat anteriorment, nota 39, p. 12; Theoret, citat anteriorment, nota 34, p. 21; Lemieux, citat anteriorment, nota 34, p. 136.

46 L'article 24 de la Direct Legislation Act n'exigia l'adopció pel parlament provincial en el següent debat parlamentari i, en cas que no fos possible, calia l'organització d'un referèndum popular.

adoptar la Legislative Assembly (Recall) Act.⁴⁷ L'efecte bumerang no va trigar a produir-se: aquest mateix ministre, el 1937, es va convertir en la primera víctima del mecanisme de revocació que ell mateix havia contribuït a implementar. També es va sotmetre a votació una segona llei⁴⁸ amb efectes retroactius per tal d'abrogar aquest dispositiu.⁴⁹

A Manitoba, l'adopció unànime de la Initiative and Referendum Act⁵⁰ va anar acompanyada d'una elevació de la llei als tribunals per tal de comprovar-ne la constitucionalitat.⁵¹ Així, al final, els tres tipus de democràcia directa que establia⁵² mai no van ser utilitzats perquè, pocs anys després de la seva adopció, el Comitè Judicial del Consell Privat de Londres⁵³ va confirmar la decisió del Tribunal d'Apel·lació de Manitoba⁵⁴ relativa a la inconstitucionalitat d'aquest tipus de dispositius.

A part dels efectes directes sobre la llei de Manitoba, la decisió del Comitè Judicial del Consell Privat de Londres també va provocar que es frenés l'entrada en vigor de la Direct Legislation Act⁵⁵ adoptada el 1919 per la Colúmbia Britànica, que establia el referèndum per iniciativa popular.⁵⁶ Finalment, el Govern va decidir no fer entrar en vigor aquesta llei a

47 Côté, citat anteriorment, nota 42, p. 13; Boyer, citat anteriorment, nota 35, p. 30-33; Boyer, citat anteriorment, nota 37, p. 22.

48 An Act to amend The Legislative Assembly Act, Projecte de llei núm. 64, 8a legis., 3a sessió, 1937.

49 Marquis, Pierre, *Les référendums au Canada: les conséquences d'un processus décisionnel populiste pour la démocratie représentative*, Ottawa, Servei de Recerca de la Biblioteca del Parlament del Canadà, 1994 (col. «Étude Générale»), p. 8; Boyer, citat anteriorment, nota 35, p. 33; Boyer, citat anteriorment, nota 37, p. 23-24.

50 Initiative and Referendum Act, SM, 1916, c. 59.

51 Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 89; Boyer, citat anteriorment, nota 37, p. 36.

52 El 8% d'electors podia proposar una iniciativa popular a favor d'una nova proposta de llei. Posteriorment, aquesta proposta havia de ser adoptada sense cap canvi significatiu pel Parlament o bé ser sotmesa a l'aprovació dels electors mitjançant una votació referendària. En aquest cas, era necessari el suport del 5% dels electors per procedir amb la iniciativa popular d'abrogació de lleis que ja estava en vigor o amb el veto popular durant els tres mesos posteriors a la fi de la sessió parlamentària en contra de les lleis votades però encara no aprovades pel vicegovernador.

53 Re: The Initiative and Referendum Act, citat anteriorment, nota 20, p. 935-946.

54 Re: The Initiative and Referendum Act, [1918] 27 Manitoba Reports, p. 1-45.

55 An Act to Provide for the Initiation and Approval of Legislation by the Electors, SM, 1916, c. 59.

56 Aquesta iniciativa permetia el 25% dels electors del 75% de circumscripcions electorals, que s'havia de correspondre, com a mínim, amb el 10% d'electors inscrits en el cens

causa de la sentència sobre la inconstitucionalitat de la llei de Manitoba.⁵⁷ El caràcter vinculant dels resultats dels referèndums regulats per aquesta llei hagués tingut com a conseqüència que el parlament provincial i, per tant, el vicegovernador (*lieutenant-gouverneur*) obligatòriament haguessin hagut d'adoptar i ratificar lleis prèviament aprovades pels electors, cosa que entrava en contradicció amb la sentència sobre Manitoba

Segons els jutges del Comitè Judicial del Consell Privat de Londres que van dictaminar sobre la llei de Manitoba, els referèndums, per tal de ser conformes a la Constitució del Canadà, havien d'organitzar-se de manera que preservessin les funcions del vicegovernador [representant de la Corona britànica al Canadà] i, més concretament, la seva competència per ratificar lleis. Aquesta competència, si bé a la pràctica estava limitada per les convencions constitucionals i pel funcionament democràtic de les institucions, era (i avui dia encara és) una competència formalment discrecional del vicegovernador, que no podia veure's limitada per una llei ordinària com era la Initiative and Referendum Act. En altres paraules, només una modificació constitucional podria permetre institucionalitzar un referèndum amb efectes directament executoris o que limités el marge de valoració discrecional del vicegovernador en l'exercici de la competència constitucionalment atribuïda a l'hora de ratificar lleis.⁵⁸

Ara bé, el fracàs d'aquests intents per instaurar processos de democràcia directa a les províncies de l'oest canadenc va tenir, malgrat tot, diverses conseqüències en el desenvolupament de la democràcia referendària al Canadà. En primer lloc, va permetre als tribunals definir les condicions segons

electoral, sotmetre una proposta de llei segons el parer dels electors, llevat de temes que afectessin el pressupost.

⁵⁷ Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 92; Boyer, citat anteriorment, nota 37, p. 37-38.

⁵⁸ Contràriament als motius del Tribunal d'Apel·lació de Manitoba, que insistien en altres consideracions relacionades amb la natura del parlamentarisme britànic, el Comitè Judicial del Consell Privat de Londres va invalidar la llei de Manitoba, no pas al·legant algun tipus d'incompatibilitat amb el funcionament de la democràcia parlamentària, sinó simplement perquè les províncies no podien modificar la seva constitució interna si això afectava el càrrec de vicegovernador. Re: The Initiative and Referendum Act, citat anteriorment, nota 54, p. 1-45. En la decisió unànime del Tribunal d'Apel·lació, els jutges havien considerat que els parlaments provincials no podien substituir la democràcia directa per la democràcia representativa. En última instància, el Comitè Judicial del Consell Privat va resultar més moderat a l'hora d'escollir els seus motius. Brun, Henri; Tremblay, Guy, *Droit constitutionnel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002 (4a ed.), p. 227; Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 90.

les quals la democràcia referendària, tot i que no disposava de cap fonament en la Constitució canadenca, podia ser utilitzada per les províncies canadenques. Posteriorment, a causa de la protecció constitucional de les funcions del vicegovernador, es va imposar la idea segons la qual només el referèndum anomenat *consultiu*, és a dir, un referèndum els resultats del qual no són directament vinculants, era conforme al dret constitucional canadenc.⁵⁹ A més de l'elevat als tribunals la Initiative and Referendum Act⁶⁰ de 1919, la validesa constitucional del fet que el poble s'expressi mitjançant un referèndum va ser confirmada per altres decisions dels tribunals.⁶¹ Per exemple, uns anys més tard, la jutgessa L'Heureux-Dubé, a favor de la majoria en el cas Haig, també va reconèixer amb paraules encara més explícites, el «poder de les províncies per consultar com considerin oportú els seus propis electors».⁶² Les exigències jurisprudencials que resulten del conjunt d'aquestes decisions judicials van permetre confirmar tant la validesa del referèndum consultiu com la natura paraconstitucional d'aquest procediment. Com a testimoni, aquí tenim un fragment dels motius unànims del Tribunal Suprem del Canadà amb relació al Dictamen relatiu a la secessió del Quebec:

59 Côté, citat anteriorment, nota 42, p. 12; Lemieux, citat anteriorment, nota 34, p. 136; Beaudoin, Gérald-A., *Le fédéralisme au Canada*, Mont-real, Wilson & Lafleur, 2000 (col. «La Collection Bleue»), p. 151; Dunsmuir, Mollie, *Référendums: l'expérience canadienne dans un contexte international*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 1992 (col. «Étude Générale BP-271F»), p. 32; Pelletier, Benoît, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996, p. 164-166; Morin, Jacques-Yvan; Woehrling, José, *Les Constitutions du Canada et du Québec. Du régime français à nos jours*, t. 1, Mont-real, Les Éditions Thémis, 1994, p. 501-502; Brun i Tremblay, citat anteriorment, nota 58, p. 227-228; Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 90.

60 Re: The Initiative and Referendum Act, citat anteriorment, nota 20, p. 935-946; Brun, Henri; Chevette, François; Langlois, Raynold; Pinard, Maurice, *Mémoire d'un comité du Barreau à la Commission de la présidence du conseil, de la constitution et des affaires intergouvernementales sur le livre blanc sur la consultation populaire au Québec*, Mont-real, Barreau du Québec, Service de la Recherche et de la Législation, 1977, p. 2.

61 *The King vs. Nat Bell Liquors Ltd*, citat anteriorment, nota 20; *Haig vs. Canada (Director General de les Eleccions)*, citat anteriorment, nota 20; Dictamen relatiu a la secessió del Quebec, citat anteriorment, nota 20.

62 *Haig vs. Canada (Director General de les Eleccions)*, citat anteriorment, nota 21, p. 1006. En aquest cas, el Tribunal va confirmar que el dret de votar en un referèndum no el recollia l'article 3 de la Carta canadenca dels drets i les llibertats, part I de la Llei constitucional de 1982 [annex B de la Llei de 1982 sobre el Canadà, 1982] c. 11 (R.-U.): «Considero que el referèndum, com a tribuna per afavorir l'expressió, depèn de la política legislativa i no del dret constitucional».

*La mateixa Constitució no contempla el referèndum com a recurs, i els resultats d'un referèndum no tenen cap paper directe ni efecte jurídic en el nostre règim constitucional, tot i que un referèndum sens dubte pot resultar un mitjà democràtic per conèixer l'opinió de l'electorat sobre qüestions polítiques importants en un cas concret. El principi democràtic definit anteriorment exigiria atorgar un pes considerable a l'expressió clara de la població del Quebec sobre la seva voluntat de fer efectiva la secessió del Canadà, malgrat que un referèndum, senzillament per si mateix, no tindria cap efecte jurídic directe ni podria per si sol fer efectiva una secessió unilateral. Les nostres institucions polítiques estan fonamentades en el principi democràtic i, per tant, l'expressió de la voluntat democràtica de la població d'una província tindria importància, en el sentit que conferiria legitimitat als esforços que realitzaria el Govern del Quebec per posar en marxa un procés per modificar la Constitució amb l'objectiu de fer efectiva aquesta secessió mitjançant vies constitucionals.*⁶³

D'aquesta manera, la natura paraconstitucional del referèndum que emana de les condicions de validesa elaborades pels tribunals el transforma en una espècie de palanca democràtica que permet activar canvis importants al marge dels procediments formals.

Finalment, el fracàs dels intents per instaurar a les províncies de l'oest canadenc processos de democràcia directa no va impedir, d'altra banda, el desenvolupament d'una pràctica referendària efectiva. Encara que les lleis instituïen diferents tipus de procediments de democràcia directa que a la pràctica no van donar lloc a cap iniciativa popular, els governs de les diferents províncies implicades, durant el primer terç del segle xx, van celebrar diversos referèndums d'iniciativa governamental sobre temes diversos, com ara la prohibició de les begudes alcohòliques⁶⁴ o la reforma de les institucions democràtiques (dret de sufragi de la dona⁶⁵ i procediments de democràcia directa).⁶⁶ En la mateixa línia, els debats sobre la constitucionalitat del procés referendari i la seva compatibilitat amb els principis fonamentals

⁶³ Dictamen relatiu a la secessió del Quebec, citat anteriorment, nota 20, par. 87.

⁶⁴ A la Colúmbia Britànica: referèndums del 25 de novembre de 1909, 16 de desembre de 1916, 20 d'octubre de 1920 i 20 de juny de 1924; a Alberta: referèndums del 21 de juliol de 1915, 25 d'octubre de 1920 i 5 de novembre de 1923; a Saskatchewan: referèndums de l'11 de novembre de 1916, 25 d'octubre de 1920, 16 de juliol de 1924 i 16 de juny de 1934; a Manitoba: referèndums del 23 de juliol de 1892, 2 d'abril de 1902, 13 de març de 1916, 22 de juny de 1923, 11 de juliol de 1923 i 28 de juny de 1927.

⁶⁵ A la Colúmbia Britànica: referèndum del 14 de setembre de 1916.

⁶⁶ A Saskatchewan: referèndum del 27 de novembre de 1913.

del parlamentarisme britànic no semblen haver afectat la determinació de les autoritats federals per organitzar, durant aquest període, els dos primers referèndums pancanadencs que, malgrat tot, van acabar generant controvèrsies relacionades amb la natura plurinacional del federalisme canadenc.

– *Els primers referèndums pancanadencs*

El desenvolupament d'una pràctica referendària en l'àmbit federal va estar marcat per problemes considerables, que van dificultar la interpretació dels resultats. Aquests primers referèndums, que van revelar les fractures lingüístiques i religioses que caracteritzen el Canadà, van conduir a l'expressió de la voluntat diametralment oposada dels canadencs anglòfons i dels canadencs francòfons.

El primer referèndum federal es va organitzar el 1898 i va tractar sobre la prohibició de les begudes alcohòliques [la famosa *lleï seca*]. Pretenia solucionar l'absència de consens sobre aquesta qüestió, que dividia el Partit Liberal de Wilfrid Laurier.⁶⁷ El referèndum de 1898, compromís electoral de les eleccions generals de 1896, va ser organitzat en virtut d'una llei *ad hoc*⁶⁸ per a l'ocasió. Més enllà del baix percentatge de participació (44% de l'electorat), els resultats van estar marcats per la forta divisió entre els canadencs francòfons i els canadencs anglòfons.⁶⁹ En el conjunt del Canadà, la llei seca va guanyar per un petit marge del 51,3% de vots. En qualsevol cas, aquests resultats tan ajustats revelaven la gran divisió entre un Quebec profundament oposat a la llei seca (a raó del 81% dels vots), per una banda, i les províncies majoritàriament anglòfones on el 63% dels vots van ser-hi favorables, per l'altra.

En aquestes circumstàncies, i atesa la profunda divisió que denotava, era difícil que les autoritats federals poguessin posar en pràctica la llei referendada, especialment tenint en compte que la competència legislativa en la matèria es trobava en la frontera entre la competència federal relativa al dret penal i la competència provincial sobre dret privat i assumptes locals.

⁶⁷ Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 16-18.

⁶⁸ Acta del plebiscit de la llei seca, SC, 1898, c. 51 (adoptat el 25 de maig de 1898).

⁶⁹ Boyer, Patrick J., «L'expérience canadienne des plébiscites et des référendums», a Côté, Pierre F. (dir.), *Démocratie et référendum: la procédure référendaire, Actes du colloque du département de science politique de l'Université de Montréal*, Mont-real, Département de Science Politique, Université de Montréal, 1992, p. 54; Theoret, citat anteriorment, nota 34, p. 23.

D'aquesta manera, per saber quin era el cos electoral competent i legítim per resoldre aquesta polèmica, el Govern federal va fer tot el possible per deixar que cada província s'encarregués d'establir la seva pròpia política en matèria de prohibició i comercialització de begudes alcohòliques,⁷⁰ malgrat que en aquella època el Govern federal disposava de la capacitat d'ignorar les normes relatives a la divisió competencial.⁷¹ D'altra banda, aquesta política va donar lloc a nombrosos referèndums sobre aquestes qüestions en un àmbit provincial⁷² i a polítiques asimètriques en aquesta matèria durant molt de temps.

Posteriorment, el 1942, el Govern liberal de Mackenzie King va celebrar un segon referèndum pancanadenc sobre el reclutament militar. No es

70 Boyer, citat anteriorment, nota 69, p. 54; Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 25.

71 En efecte, el Parlament federal s'hauria pogut fonamentar en la teoria de les dimensions nacionals per tal de justificar la validesa de la seva legislació: *The Attorney General for Ontario vs. The Attorney General for the Dominion of Canada, and the Distillers and Brewers' Association of Ontario* [1896] AC 348; *A.-G. Ontario vs. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193.

72 Patrick Boyer censa 34 referèndums sobre la llei seca celebrats abans i després del de 1898. En l'àmbit federal: referèndum del 29 de setembre de 1898 (*Prohibició de begudes alcohòliques*); a la Colúmbia Britànica: referèndums del 25 de novembre de 1909 (*Venda local de begudes alcohòliques*), 16 de desembre de 1916 (*Prohibició de begudes alcohòliques*), 20 d'octubre de 1920 (*Llei Tempérance*), 20 de juny de 1924 (*Venda de cervesa en gots*) i 12 de juny de 1952 (*Normativa sobre la venda de begudes alcohòliques*); a Alberta: referèndums del 21 de juliol de 1915 (*Prohibició de begudes alcohòliques*), 25 d'octubre de 1920 (*Prohibició de begudes alcohòliques*), 5 de novembre de 1923 (*Llei Tempérance*) i 30 d'octubre de 1957 (*Obertura d'altres punts de venda de begudes alcohòliques*); a Saskatchewan: referèndums de l'11 de desembre de 1916 (*Abolició dels comerços de begudes alcohòliques*), 25 d'octubre de 1920 (*Importació de begudes alcohòliques*), 16 de juliol de 1924 (*Prohibició de begudes alcohòliques*) i 19 de juny de 1934 (*Venda de cervesa a granel*); a Manitoba: referèndums del 23 de juliol de 1892 (*Prohibició de begudes alcohòliques*), 2 d'abril de 1902 (*Prohibició de begudes alcohòliques*), 13 de març de 1916 (*Llei Tempérance*), 22 de juny de 1923 (*Normativa de l'Estat sobre la venda de begudes alcohòliques*), 11 de juliol de 1923 (*Modificació de la Llei Tempérance*) i 28 de juny de 1927 (*Tres preguntes sobre la venda de cervesa*); a Ontàrio: referèndums del 4 de desembre de 1902 (*Prohibició de begudes alcohòliques*), 20 d'octubre de 1919 (*Quatre preguntes sobre l'anul·lació de la Llei Tempérance d'Ontàrio i sobre la venda de cervesa*) i 18 d'abril de 1921 (*Importació de begudes alcohòliques*); a Nova Brunsvic: referèndums del 10 de juliol de 1920 (*Prohibició de begudes alcohòliques*) i 10 d'octubre de 1921 (*Importació d'alcohol*); a Nova Escòcia: referèndums del 25 d'octubre de 1920 (*Normativa sobre la venda de begudes alcohòliques*) i 31 d'octubre de 1929 (*Manteniment de la llei seca*). Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 16.

tractava de sol·licitar el suport dels electors per al projecte de reclutament militar obligatori, sinó més aviat de permetre que el Govern es desdigués de la seva promesa solemne feta als canadencs francòfons durant les eleccions de 1940 de no aplicar mai més a aquesta política.⁷³ Lluny de ser un exemple de claredat, la formulació de la pregunta s'entrellaçava amb les divisions culturals, lingüístiques i territorials que, un cop més, ha posat sobre la taula la pràctica referendària al Canadà. El pacte acordat per Mackenzie King amb els canadencs francòfons durant les eleccions de 1940 es va diluir bruscament a causa dels resultats del referèndum, dominat pel pes demogràfic dels canadencs anglòfons. De nou, els resultats van revelar les divisions lingüístiques que estructuraven el Canadà.⁷⁴ Efectivament, el *sí* del 64,2% dels electors no aconseguia amagar la gran oposició del 73% dels quebequesos, compensada de sobres per l'immens suport de les províncies anglòfones, que, de manera inversa, van votar a favor del reclutament, fins al 78,9%.⁷⁵ Aquesta ambigüitat resultant de l'expressió de la divisió entre francòfons i anglòfons va portar el Govern liberal de Mackenzie King a actuar amb molta prudència a l'hora de posar en pràctica els resultats referendaris. De fet, el Govern no va decretar el reclutament militar fins al 1944.

La confrontació de vot entre els francòfons i els anglòfons, a imatge dels resultats del referèndum de 1898 sobre la prohibició de l'alcohol, reflectia clarament la dificultat per interpretar la voluntat expressada en un referèndum plurinacional. D'aquestes primeres experiències referendàries al Canadà, es desprèn que l'expressió de dos pobles amb voluntats oposades, en el marc d'una mateixa votació, transforma el referèndum pancanadenc

73 La pregunta era la següent: «Esteu d'acord d'alliberar el govern de tota obligació resultant dels compromisos anteriors que restringeixen els mètodes de mobilització per al servei militar? Sí, no». The Dominion Act, LC, 1942 (més endavant, Llei de 1942 sobre el plebiscit federal).

74 Côté, citat anteriorment, nota 42, p. 15; Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 41.

75 Tal com relata André Laurendeau, l'oposició entre francòfons i anglòfons era tan forta al Quebec que els resultats són gairebé «incòmodes de registrar: Beauce (97%), Kamouraska (96 %), Nicolet-Yamaska (94 %)». Laurendeau, André, *La crise de la conscription*, Ottawa, Éditions du Jour, 1962, p. 40 i següents; citat a: Côté, citat anteriorment, nota 43, p. 20. L'oposició dels francòfons del Quebec també es va reproduir a Manitoba, Ontàrio i Nova Brunsvic, al si de les comunitats francòfones d'aquestes províncies. Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 41-42; Côté, Pierre-F., «La législation québécoise sur les consultations populaires», a Côté (dir.), citat anteriorment, nota 69, p. 18; Theoret, citat anteriorment, nota 34, p. 26.

en un fet revelador, o fins i tot amplificador, de les divisions que estructuraven la societat canadenca.⁷⁶

2 · L'exercici efectiu del dret a decidir

Mentre que la pràctica referendària es va desenvolupar tímidament en l'àmbit provincial i federal al començament del segle xx, el període següent, més conegut i documentat, va donar lloc a diversos referèndums de sobirania; concretament, a votacions en les quals estava directament en joc l'estatus polític i constitucional d'una de les províncies canadenques (ap. a). A aquests exemples concrets i repetitius de l'exercici efectiu del dret a decidir, s'hi va afegir una forta tendència en favor d'un ús previ i sistemàtic del referèndum per dur a terme reformes constitucionals (ap. b). D'aquesta manera, tot i que el referèndum mai no va aparèixer en els textos constitucionals, uns anys més tard, va tendir a imposar-se com a element estàndard en totes les modificacions importants de la Constitució canadenca.

a. Els referèndums sobre el futur polític i constitucional

Dues províncies canadenques van tenir l'oportunitat dues vegades cada una d'exercir el seu dret a escollir lliurement el seu estatus constitucional en el marc d'un referèndum: Terranova, el 1948, i el Quebec, el 1980 i el 1995.

– Els referèndums de Terranova

Els referèndums de sobirania⁷⁷ celebrats a Terranova el 3 de juny de 1948 i el 22 de juliol de 1948 són els primers referèndums d'aquest tipus

⁷⁶ El caràcter consensualista del federalisme canadenc tradicionalment ha portat les elits polítiques a resoldre els conflictes per la via de les negociacions entre els representants de cada ordre de govern. Aquest procés «d'acomodament entre elits», també qualificat de federalisme executiu, té per objectiu afavorir els compromisos. Grammond, citat anteriorment, nota 17, p. 601; Taillon, Patrick, *Les nouveaux obstacles juridiques au renouvellement du fédéralisme canadien*, Mont-real, Institut de Recherche sur le Québec, 2007, p. 34.

⁷⁷ Vincent Lemieux qualifica aquests referèndums de «referèndums d'encaix». Es tractava de votacions que tenien per objecte l'autodeterminació d'una entitat i la seva annexió

en la història canadenca. De fet, no es tractava formalment de referèndums canadencs, ja que Terranova en aquella època era una colònia britànica diferent del Canadà. Tot i això, és cert que si es té compte el motiu de la votació, així com el paper que van tenir les autoritats polítiques del territori de domini britànic durant la campanya i, sobretot, el reconeixement i posada en pràctica dels resultats, els precedents de Terranova pertanyen *de facto* a l'experiència històrica canadenca.

Els dos referèndums celebrats el 1948 van convocar els electors a escollir entre 1) el manteniment de l'*statu quo* (govern de comissió),⁷⁸ 2) l'establiment d'un govern parlamentari i 3) l'adhesió a la federació canadenca.⁷⁹ Aquests referèndums van provocar l'entrada de l'illa de Terranova a la federació canadenca. Ara bé, al principi, la consulta referendària només havia d'incloure dues opcions. De fet, malgrat els intents de Joseph Smallwood a favor d'un referèndum amb múltiples opcions que inclogués, entre d'altres, l'opció de l'adhesió al Canadà,⁸⁰ l'Assemblea Legislativa de Terranova es va pronunciar clarament a favor d'un referèndum amb dues opcions com a resposta: 1) l'*statu quo* i 2) l'establiment d'un govern parlamentari.⁸¹ Tot i això, van ser les autoritats britàniques les que van fer cas omís de les recomanacions de l'Assemblea i van imposar que s'hi afegís una tercera opció: l'adhesió a la federació canadenca.⁸² Tal com destaca Vincent Lemieux, «la inclusió d'una tercera opció suposava problemes de forma, així com de contingut, ja que d'aquesta manera no es garantia que una de les opcions obtingués la majoria absoluta a l'hora de votar».⁸³ Calia,

a una altra. D'aquí ve la possibilitat d'analitzar el fet des del punt de vista del dret constitucional nacional i el dret internacional. Lemieux, citat anteriorment, nota 34, p. 139.

78 Des de 1934, com a resultat de problemes econòmics profunds, la colònia estava dirigida per un govern de comissió presidit per un governador investit amb els poders legislatius i executius, que substituïa les institucions representatives de Terranova. Posteriorment, el desembre de 1945, es va conformar una assemblea legislativa per proposar formes de govern que poguessin ser sotmeses a referèndum per part del poble. Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 119; Côté, citat anteriorment, nota 42, p. 21.

79 Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 121; Theoret, citat anteriorment, nota 34, p. 27.

80 Centre d'Information sur l'Unité Canadienne, *Pour mieux comprendre les référendums: six cas historiques: Australie, Terre-Neuve, Irlande, Norvège, Danemark, Royaume-Uni*, Ottawa, Centre d'Informació sobre la Unitat Canadenca, 1978, p. 8.

81 Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 120.

82 Theoret, citat anteriorment, nota 34, p. 27; Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 121.

83 Lemieux, citat anteriorment, nota 34, p. 139.

doncs, preveure la possibilitat d'un segon referèndum, que van organitzar les autoritats britàniques.⁸⁴

Afegir-hi aquesta tercera opció va ser determinant, sobretot perquè l'opció d'adherir-se a la federació canadenc va quedar en segon lloc en el referèndum celebrat el 3 de juny de 1948 (41,1% en contra; 44,6% a favor de l'establiment d'un govern parlamentari; i 14,3% a favor de l'*statu quo*) i va guanyar en el segon referèndum celebrat el 22 de juliol de 1948 per una majoria decisiva de més del 52% dels vots.⁸⁵

Tanmateix, l'èxit dels referèndums a Terranova va anar precedit d'un seriós debat sobre el grau de claredat d'aquesta expressió referendària.⁸⁶ En primer lloc, la decisió de recórrer a una pregunta amb tres opcions originava la celebració d'un segon referèndum, necessari per tal d'obtenir un resultat lliure d'ambigüitats.⁸⁷ En segon lloc, la valoració sobre la claredat de l'expressió referendària depenia no només dels polítics de Terranova, sinó també de les autoritats britàniques, que exercien, en aquella època, una forta tutela colonial, i de les autoritats polítiques canadencs, directament

84 Malgrat tot, l'afegit d'una tercera opció no esgotava totes les possibilitats, tal com demostra Mollie Dunsmuir en recordar que diversos opositors a la Confederació consideraven, en aquella època, que si la unió amb el Canadà se sotmetia als electors, també s'havia de fer el mateix amb la unió amb els Estats Units: «Els referèndums celebrats a la província de Terranova sobre la seva entrada a la Confederació el 1948 il·lustren fins a quin punt és difícil trobar la pregunta correcta. Els canadencs consideraven que la redacció de la pregunta afavoria el govern de l'època. Pel que fa als opositors a la Confederació, aquests pretenien que també fos inconstitucional incloure la possibilitat d'una unió amb el Canadà en el referèndum. D'altres consideraven que si la unió amb el Canadà es presentava com una possibilitat, també s'hauria de fer el mateix amb la unió amb els Estats Units». Dunsmuir, citat anteriorment, nota 59, p. 22.

85 Cal precisar que aquest referèndum amb més de dues opcions de resposta seria, avui dia, impossible, com a mínim en l'àmbit federal, ja que l'article 3 (3) de la Llei referendària, LC, 1992, c. 30, art. 3, disposa que el referèndum necessàriament ha de presentar una opció binària de tipus *sí, no*.

86 Centre d'Information sur l'Unité Canadienne, citat anteriorment, nota 80, p. 12; Proulx, Daniel, «La modification constitutionnelle de 1997 relative aux structures scolaires au Québec: une mesure opportune et juridiquement solide», *R du B*, 58, 1998, p. 41-94; Beaudoin, G.-A., citat anteriorment, nota 59, p. 362; Bibliothèque et Archives Canada, *La Confédération canadienne*, en línia: <https://www.collectionscanada.gc.ca/confederation/023001-3060-f.html#g> [consultat el 18 d'abril de 2014].

87 Davant dels resultats del primer referèndum, va resultar necessari celebrar una segona votació, especialment perquè «the British government had stipulated that a clear majority would be needed; should a second ballot be required». Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 121.

compromeses per una eventual adhesió a la federació canadenca,⁸⁸ tal com explica Vincent Lemieux:

En vista d'un segon referèndum, es va produir un debat sobre el tipus de majoria que necessitaria l'opció guanyadora per tal de comprometre el Govern del Regne Unit i el del Canadà. No s'havia previst que el referèndum fos vinculant, en el sentit estricte de la paraula, tot i que l'amplitud de la majoria es considerava com un element crucial. El Regne Unit va precisar que se sentiria compromès per qualsevol resultat majoritari a favor de la confederació, encara que fos feble, però el Govern canadenc i el Govern de comissió no mantenien una posició tan transparent. Ambdós van deixar entendre que en cas d'una majoria feble, no seria prudent emprendre una via que contemplés canvis importants. [...] El 30 de juliol, en una declaració conjunta, el Govern del Regne Unit, el del Canadà i el de la Comissió van afirmar que el resultat era evident i que s'emprendrien les gestions necessàries per posar-lo en pràctica.⁸⁹

D'aquesta manera, després d'haver exigint una majoria «clearly and beyond all possibility of misunderstanding»,⁹⁰ les autoritats canadenques van acceptar i posar en pràctica el que havia decidit una majoria del 52,3% de vots. Aquest fet va constituir un precedent important en la històrica canadenca i testimonia no només el dret dels ciutadans de Terranova a decidir lliurement el seu futur, sinó també l'acceptabilitat d'un resultat una mica per sobre del llinar de la majoria: poc més del 50%.

– Els referèndums quebequesos

Els referèndums quebequesos sobre els projectes de sobirania-associació (20 de maig de 1980) i de sobirania-partenariat (30 d'octubre de 1995) són, evidentment, molt recurrents quan es parla sobre el dret d'una nació minoritària a decidir lliurement el seu estatus polític i constitucional. Aquests referèndums celebrats a iniciativa del Govern del Quebec, que estava dirigit pel Partit Quebequès de René Lévesque (el 1980) i Jacques Parizeau (el 1995), es van organitzar en virtut de la Llei sobre la consulta popular.⁹¹

⁸⁸ Abans d'adoptar la Llei constitucional de 1982, l'adhesió d'una nova colònia britànica a la federació canadenca estava regida per l'article 146 de la Llei constitucional de 1867, citat anteriorment, nota 18.

⁸⁹ Lemieux, citat anteriorment, nota 34, p. 141.

⁹⁰ Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 122.

⁹¹ La Llei sobre la consulta popular, LRQ, c-64.1, adoptada el 1978, és una llei que emmarca l'organització de referèndums facultatius i consultius a petició del govern del

Aquesta llei, adoptada el 1978, estava en gran mesura inspirada en el model britànic implementat durant el referèndum del 5 de juny de 1978 sobre el manteniment del Regne Unit dins la Comunitat Econòmica Europea, especialment pel que fa a la creació de comitès paraigua i al caràcter facultatiu i consultiu d'aquest referèndum d'iniciativa governamental.⁹²

Tant el 1980 com el 1995, el Govern federal va participar activament en la campanya referendària i no va oposar-se a les normes jurídiques que regien el referèndum. Aquesta participació activa de les autoritats federals és important en la mesura que implica un cert reconeixement tàcit de la legitimitat i legalitat del procés i dels resultats referendaris. Tot i això, aquesta manifestació efectiva del dret dels quebequesos a decidir lliurement el seu futur va anar acompanyada de diverses polèmiques.

En primer lloc, el text de les preguntes referendàries sotmeses a l'opinió dels quebequesos va ser objecte, en cada cas, d'intenses crítiques per part dels partidaris de la unitat canadenca. El 1980, va ser denunciat nombroses vegades⁹³ a causa de la llargada de la pregunta (119 paraules),⁹⁴ així com el seu motiu, una simple atribució per negociar una nova associació d'estat sobirà, al qual havia de seguir un segon referèndum. El 1995, també va ser objecte de crítiques una pregunta clarament més curta,⁹⁵ ja que feia refe-

Quebec. Abans d'adoptar aquesta llei, el Quebec només havia organitzat una sola votació referendària durant la seva història, el referèndum del 10 d'abril de 1919 sobre la llei seca, organitzat *ad hoc* en virtut de la Llei de referèndum de 1919, aprovada el 17 de març de 1919. A part d'això, l'octubre de 1969, el govern de Jean-Jacques Bertrand va intentar, sense èxit, fer adoptar el projecte de llei 55, Llei sobre les eleccions i referèndums. Tellier, Paul M., *La politique du référendum au Québec*, RJT, 17-1, 1967, p. 99; Côté, citat anteriorment, nota 42, p. 26; Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 131.

92 Brun, Henri; Tremblay, Guy, *Consultations populaires québécoises et référendums fédéraux*, C de D, 20, 1979, p. 146; Côté, citat anteriorment, nota 42, p. 27; Côté, citat anteriorment, nota 75, p. 18-19.

93 Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 137.

94 La pregunta era la següent: «El Govern del Quebec ha fet saber la seva proposta d'arribar, amb la resta del Canadà, a un nou acord fonamentat en el principi d'igualtat entre els pobles; aquest acord permetria que el Quebec adquirís el poder exclusiu de crear les seves lleis, percebre els seus impostos i establir les seves relacions exteriors, la qual cosa significa sobirania, i, al mateix temps, mantenir amb el Canadà una associació econòmica que implicaria l'ús de la mateixa moneda; no es portarà a terme cap canvi sobre l'estatus polític resultant d'aquestes negociacions sense l'acord de la població mitjançant un referèndum; conseqüentment, conferiu al Govern del Quebec el poder per negociar l'acord proposat entre el Quebec i el Canadà?».

95 Aquesta vegada, la pregunta era la següent: «Accepteu que el Quebec esdevingui sobirà, després d'haver ofert formalment al Canadà un nou partenariat econòmic i polític, en el

rència a un projecte de llei⁹⁶ i a un acord tripartit⁹⁷ acordat entre el Partit Quebequès, el Bloc Quebequès i l'Acció Democràtica del Quebec que definia el contingut d'un possible partenariat econòmic i polític que caldria negociar amb la resta del Canadà en cas que guanyés l'opció sobiranista.

En segon lloc, l'amenaça que mai no es va materialitzar del Govern federal d'organitzar el seu propi referèndum va suscitar, al seu torn, una certa controvèrsia. Poc abans del referèndum de 1980, el Govern federal liberal de Pierre Elliott Trudeau va presentar a la Cambra dels Comuns un projecte de llei marc sobre els referèndums.⁹⁸ Aquest projecte de llei, que va morir amb la dissolució del Parlament del 22 de maig de 1979, hauria permès a les autoritats federals organitzar en una província, en diverses o en el conjunt del país, un referèndum sobre qüestions constitucionals. Finalment, es va adoptar una llei més o menys similar el 1992,⁹⁹ és a dir, poc abans del referèndum pancanadenc del 26 d'octubre de 1992 sobre l'Acord de Charlottetown.

En tercer lloc, la polèmica sobre les conseqüències dels resultats referendaris pel que fa al futur de les Primeres Nacions (que ocupaven i, d'altra banda, tenien pretensions sobre una part significativa del territori quebequès) va suscitar problemes entre la ciutadania que encara no s'han resolt.¹⁰⁰

marc d'un projecte de llei sobre el futur del Quebec i de l'acord firmat el 12 de juny de 1995?». Quebec, Assemblée Nacional, *journal des Débats* de l'Assemblée Nationale, la sessió, 35a legis., 7 de setembre de 1995 (M. Jacques Parizeau).

96 Llei sobre el futur del Quebec, projecte de llei núm. 1 (presentació, 7 de setembre de 1995), la sessió, 35a legis. (Qc). Llei sobre la sobirania del Quebec, avantprojecte de llei (presentació, 6 de desembre de 1994), la sessió, 35a legis. (Qc).

97 Acord del 12 de juny de 1995, aparegut en el Projecte de llei sobre el futur del Quebec, que inclou la Declaració de sobirania i l'acord del 12 de juny de 1995, Quebec, Éditeur Officiel du Québec, 1995, 24 p.

98 El projecte de llei C-40 (Llei sobre la celebració d'un referèndum al Canadà sobre les qüestions relatives a la Constitució del Canadà de 1978 [Llei sobre el referèndum del Canadà], 3a sessió, 30a legis. [Can]), que havia de convertir-se en la tardor següent en el projecte de llei C-9 (Llei sobre el referèndum al Canadà, 4a sessió, 30a legis. [Can]) va aparèixer com una rèplica del Govern federal a l'adopció de la Llei sobre la consulta popular, citat anteriorment, nota 91; Lemieux, citat anteriorment, nota 34, p. 144; Boyer, citat anteriorment, nota 37, p. 60-88; Boyer citat anteriorment, nota 35, p. 187-189; Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 45; Brun i Tremblay, citat anteriorment, nota 92, p. 147-152.

99 Llei relativa als referèndums sobre la Constitució del Canadà, LC, 1992, c. 30.

100 El 4 d'octubre de 1995, una vintena de caps amerindis del Quebec van signar aquesta declaració: «Nosaltres respectem el dret dels quebequesos a celebrar una consulta referendària sobre el seu futur, però declarem que els nostres pobles i els nostres

De fet, durant el transcurs del referèndum de 1995, la nació cree (una nació minoritària autòctona que ocupava gran part del nord del Quebec) va decidir organitzar el seu propi referèndum per tal de fer palès el seu rebuig de participar en la construcció d'un nou estat i per explicitar el seu desig de seguir formant part del Canadà.¹⁰¹ Aquest referèndum, que des de la perspectiva del poble cree representava la voluntat d'una nació minoritària d'exercir el seu dret a l'autodeterminació, no va ser reconegut com a tal per les autoritats quebequeses, que negaven d'aquesta manera l'afirmació segons la qual els cree podien separar-se del Quebec. Això significava que el reconeixement del caràcter nacional d'un referèndum infraestatal organitzat per una nació minoritària és una qüestió de context que es pot valorar des de diferents punts de vista en funció de la perspectiva i els interessos polítics de cada component del conjunt plurinacional.¹⁰²

En quart lloc, la ineficiència del control de despeses referendàries, malgrat l'existència d'un dispositiu legislatiu molt elaborat, evidentment ha alimentat un bon nombre de polèmiques i ha qüestionat l'autenticitat i integritat dels resultats.¹⁰³ En efecte, tant en el transcurs del referèndum de 1980 com en el de 1995, les autoritats federals van negar-se a sotmetre's a la llei quebequesa¹⁰⁴ relativa al finançament i control de les despeses referendàries de cada un dels comitès paraigua involucrats en la campanya.¹⁰⁵ Ara bé, en virtut de la immunitat de la Corona,¹⁰⁶ la Corona provincial no pot

territoris no es veuran compromesos ni afectats de cap manera pels resultats d'aquest referèndum». Declaració citada a Côté, citat anteriorment, nota 42, p. 49.

101 Wherrett, Jill, *Les peuples autochtones et le référendum de 1995: les questions qui se posent*, Ottawa, Direction de la Recherche Parlementaire de la Bibliothèque du Parlement, 1996, p. 4.

102 Dictamen relatiu a la secessió del Quebec, citat anteriorment, nota 20, par. 96, 125.

103 Philpot, Robin, *Le référendum volé*, Mont-real, Les Intouchables, 2005; Marsolais, Claude-V., *Le référendum confisqué: histoire du référendum québécois du 20 mai 1980*, Mont-real, VLB, 1992.

104 Llei sobre la consulta popular, citat anteriorment, nota 91, art. 22-25 i 36-40.

105 Bernard, André, «Bilan de l'expérience québécoise», a Côté (dir.), citat anteriorment, nota 69, p. 35; Massicotte, Louis, «La réforme de la procédure référendaire québécoise: la réflexion sur quelques enjeux», a Côté (dir.), citat anteriorment, nota 69, p. 121; Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 147; Côté, citat anteriorment, nota 42, p. 58.

106 «Cap llei no pot tenir conseqüències en els drets de la Corona, llevat que aquestes s'hagin contemplat expressament [...] o com a mínim acceptat.» Decisió del Consell del referèndum del 16 de maig de 1980, p. 4-5, citat a Boily, Robert, «Le financement et l'intervention des tierces parties au référendum de 1980 au Québec», a Côté (dir.), citat anteriorment, nota 69, p. 109. Llei d'interpretació, LRC (1985), capítol. I-21, article 16.

sotmetre la Corona federal (ni, eventualment, les empreses de dret federal) a les seves lleis.¹⁰⁷ A falta d'un acord polític o d'una subjugació voluntària de les autoritats federals, es va poder superar amb escreix el límit de despeses imposat, amb l'objectiu de promoure la unitat canadenca. D'altra banda, aquesta successió de despeses desproporcionades va acabar convertint-se en un dels escàndols politicofinancers més importants de la història del Canadà, l'anomenat *escàndol dels comandites*.¹⁰⁸

Dit això, i malgrat la polèmica, la importància de la qual no s'ha de minimitzar, els referèndums quebequesos de 1980 i 1995 continuen sent il·lustratius del dret dels quebequesos a decidir el seu futur en el marc d'un referèndum de sobirania. El percentatge de participació del 93,52% i els resultats extremadament igualats del referèndum de 1995 (49,42% sí, 50,58% no) són testimonis del caràcter profundament democràtic del procés posat en pràctica. D'altra banda, el Tribunal Suprem del Canadà sembla haver confirmat, a la seva manera, la legitimitat d'aquest procediment referendari en insistir, en ocasió del Dictamen relatiu a la secessió del Quebec, sobre l'obligació de negociar de bona fe allò que incumbeix les autoritats polítiques després d'un vot clarament favorable a un projecte de modificació constitucional com el de la secessió d'una província.¹⁰⁹

b. El referèndum paraconstitucional per a la modificació de la Constitució del Canadà

L'exercici efectiu i repetitiu del dret dels ciutadans de Terranova i dels quebequesos a decidir mitjançant un referèndum el seu futur també ha tingut conseqüències fora del Canadà. Aquestes votacions han permès escampar la idea segons la qual cal imposar el referèndum per als canvis constitucionals importants. Immediatament després dels referèndums sobre el futur polític de Terranova i el Quebec, va anar guanyant terreny progressivament una tendència favorable a una major democratització de

¹⁰⁷ Brun i Tremblay, citat anteriorment, nota 92, p. 145; Issalys, Pierre; Lemieux, Denis, *L'action gouvernementale: précis de droit des institutions administratives*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 1323-1396.

¹⁰⁸ Gomery, John Howard, Commission d'Enquête sur le Programme de Commandites et les Activités Publicitaires, *Qui est responsable?*, vol. 1, i *Rétablir l'imputabilité*, vol. 2, Ottawa, Ministre des Travaux Publics et Services Gouvernementaux, 2006.

¹⁰⁹ Dictamen relatiu a la secessió del Quebec, citat anteriorment, nota 20, par. 87-88; *Haig vs. Canadà* (Director General de les Eleccions), citat anteriorment, nota 20.

l'exercici del poder constituent al Canadà. De fet, el lloc i el paper dels electors durant el procés de modificació de la Constitució del Canadà van evolucionar profundament en el transcurs de l'intens període de negociacions constitucionals que va caracteritzar la dècada dels anys vuitanta i començament dels anys noranta.

– *La democratització de l'exercici del poder constituent*

Al Quebec, la campanya referendària que va precedir la votació del 20 de maig de 1980 va estar profundament marcada pel discurs del primer ministre del Canadà, Pierre Elliott Trudeau, el 14 de maig de 1980. Durant una gran concentració del bàndol del *no*, en un to de gran solemnitat, va assegurar que un *no* dels quebequesos a la sobirania seria sinònim de canvis a la Constitució canadenca,¹¹⁰ canvis que, molt probablement, afavoririen els interessos del Quebec.

A part de les peticions tradicionals del Quebec, tard o d'hora aquests canvis eren necessaris per tal de procedir a la repatriació de la Constitució canadenca. De fet, abans de 1982, la modificació de la Constitució del Canadà havia de ser fonamentalment confirmada pel Parlament britànic a causa de l'origen colonial dels textos constitucionals canadencs.¹¹¹ Després de l'adopció el 1931 de l'Estatut de Westminster,¹¹² els britànics estaven disposats a reconèixer la plena independència del domini canadenc, però

110 En aquell moment, el primer ministre va declarar: «Em dirigeixo solemnement a tots els canadencs de les altres províncies, ens la juguem, nosaltres, els diputats quebequesos, perquè diem als quebequesos que votin “no”, i us diem a vosaltres, de les altres províncies, que després no acceptarem que aquest “no” sigui interpretat per vosaltres com un indicatiu que tot va bé perquè tot pot continuar com abans. Volem un canvi, posem els nostres escons en joc per aconseguir un canvi». Discurs de Pierre Elliott Trudeau del 14 de maig de 1980 al Centre Paul Sauvé, Mont-real, Arxius de Ràdio Canadà, en línia: http://archives.radio-canada.ca/politique/provincial_territorial/clips/7450/ [consultat el 18 d'abril de 2014].

111 De fet, la Llei constitucional de 1867, citat anteriorment, nota 19, era una llei britànica que emmarcava el funcionament d'aquest domini esdevingut políticament independent amb l'adopció de l'Estatut de Westminster de 1931, LRC (1985), ann. II, núm. 27. Llevat de certes modificacions menors, mitjançant les quals les mateixes autoritats federals o provincials podien canviar certs aspectes de la Constitució de 1867 (art. 91 [1], 92 [1] i 146 de la Llei constitucional de 1867), el poder constituent del Canadà romania formalment a les mans del Parlament de Westminster, que l'exercia a petició de les autoritats polítiques canadenques (Estatut de Westminster de 1931, art. 4 i 7).

112 Estatut de Westminster, citat anteriorment, nota 111.

les autoritats polítiques canadenques no estaven en posició d'acordar les condicions d'un procés de modificació. Ara bé, per tal de preservar el caràcter supralegislatiu de la divisió de competències que preveia la Constitució de 1867¹¹³ i que va ser qüestionat amb l'adopció de l'Estatut de Westminster sobre la sobirania legislativa dels dominis, els representants del Govern federal i de les províncies havien sol·licitat a les autoritats britàniques poder conservar temporalment, en mans del Parlament de Londres, l'exercici del poder constituent canadenc.¹¹⁴ Aquesta solució, que pretenia ser temporal i excepcional, només havia de durar fins que les autoritats canadenques arribessin a un acord sobre les condicions d'un *repatriament de la Constitució*, és a dir, sobre l'adopció de les regles relatives a l'exercici d'un poder constituent canadenc *alliberat* de la tutela britànica. Malgrat això, per raons polítiques, no es va poder arribar a cap acord.

L'endemà del referèndum quebequès de 1980, el Govern federal va iniciar un nou intent de repatriament de la Constitució. Lluny de posar en pràctica les peticions de descentralització del Quebec proposades en el Llibre Beix¹¹⁵ del cap del Partit Liberal del Quebec, Claude Ryan, el primer ministre Trudeau, amb el suport de només dues províncies (Ontàrio i Nova Brunsvic), es va entestar a defensar canvis constitucionals que limitaven les competències de les províncies. El Quebec i set províncies més es van oposar sistemàticament a les intencions centralistes del primer ministre del Canadà, i fins i tot van impugnar davant dels tribunals el seu projecte de repatriament unilateral.¹¹⁶

113 Històricament, el caràcter rígid i supralegislatiu de les lleis constitucionals residia en el fet que aquestes eren, formalment, lleis del Parlament de Londres i jeràrquicament superiors a les lleis canadenques en virtut del principi de preeminència de les lleis britàniques per sobre de les lleis dels dominis, principi en vigor fins a l'adopció, el 1931, de l'Estatut de Westminster, citat anteriorment, nota 111, a la Llei sobre la validesa de les lleis colonials, 28-29 Vict., vs. 63 (R.-U.), a *Statutes at Large*, vol. 27 (1866), p. 72-73.

114 L'article 7 de l'Estatut de Westminster, citat anteriorment, nota 111, anuncia: «Aquesta llei no s'aplica envers l'abrogació ni la modificació de les lleis de 1867 a 1930 a l'Amèrica del Nord britànica o dels seus textos d'aplicació».

115 La Commission Constitutionnelle du Parti Libéral du Québec, *Une nouvelle fédération canadienne*, Mont-real, Parti Libéral du Québec, 1980.

116 La qüestió, jutjada en última instància pel Tribunal Suprem del Canadà en el Dictamen: Resolució per modificar la Constitució, citat anteriorment, nota 23, havia estat estudiada prèviament pels tribunals d'apel·lació de tres províncies canadenques: *P.G. Manitoba c. P.G. du Canada* (1981), 117 DLR (3d) 1; *P.G. de Terre-Neuve c. P.G. du*

Pel que fa al contingut d'aquest projecte de modificació constitucional, el recurs al referèndum no figura ni en la proposta del Govern federal, ni en la dels seus dos aliats provincials, ni en la proposta defensada pel grup de les vuit províncies. Tot i que la via referendària inicialment va ser considerada per alguns, es va descartar deliberadament en benefici de procediments de modificació que apostaven per una concepció estrictament representativa de la legitimitat democràtica, segons la qual exclusivament els representants electes de les províncies i del Govern federal podien acordar les normes constitutives de la federació canadenca.¹¹⁷ En aquest sentit, l'adopció de la Constitució de 1982 representa una continuació de la de 1867.¹¹⁸

No només es va excloure la participació dels electors, sinó que el fantasma o l'amenaça d'organitzar un referèndum va ser utilitzat de manera estratègica pel primer ministre Trudeau durant les negociacions constitucionals per tal d'aïllar el Quebec dels seus aliats. De fet, després de catorze intents i cinquanta anys de negociacions constitucionals,¹¹⁹ el Govern federal buscava sens cap mena de dubte una manera de trencar la unitat de les vuit províncies que s'oposaven, des de feia mesos, al seu projecte de carta dels drets i a la seva proposta d'esmena constitucional. El 4 de novembre de 1981, el primer ministre Trudeau va suggerir recórrer, en cas que fos necessari, a un referèndum, per tal que els canadencs tinguessin l'oportunitat de resoldre el desacord que enfrontava les vuit províncies.¹²⁰ El primer ministre quebequès René Lévesque, gran demòcrata i conscient de les probabilitats de guanyar aquest referèndum al Quebec, es va mostrar lògicament interessat per aquesta proposta. Aquell mateix vespre, en el transcurs del que es va anomenar comunament *la nit dels ganivets llargs*, els representants federals van aconseguir unir totes les províncies excepte el Quebec, exclòs d'aquestes negociacions d'última hora entorn d'una proposta de modificació constitucional. D'aquesta manera, Pi-

Canada (1981), 118 DLR (3d) 1, *P.G. du Québec c. P.G. du Canada* (1981), 120 DLR 385.

117 Part V de la Llei constitucional de 1982, citat anteriorment, nota 19.

118 *Supra*, p. 3.

119 Hurley, James Ross, *La modification de la Constitution du Canada. Historique, processus, problèmes et perspectives d'avenir*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1996, p. 23-72.

120 Trudeau, Pierre Elliott, *Mémoires*, Mont-real, Le Jour Éditeur, 1993, p. 288; Morin, Claude, *Lendemain piégés. Du référendum à la nuit des longs couteaux*, Mont-real, Boréal, 1988, p. 299-305.

erre Elliott Trudeau, recorrent a una amenaça altament hipotètica d'un referèndum pancanadenc una idea poc popular entre els altres primers ministres provincials, va trencar la unitat dels seus opositors i va aconseguir aïllar el Quebec, el suport del qual a l'hipotètic referèndum de Trudeau *semblava*, de sobte, *justificar* la contundència que s'utilitzaria la nit del 4 al 5 de novembre de 1981. Malgrat la promesa del 14 de maig de 1980, les autoritats federals, amb l'acord de les províncies majoritàriament anglòfones, van decidir procedir amb el repatriament i imposar al Quebec, l'única província majoritàriament francòfona, una Constitució que el conjunt de forces polítiques representades a l'Assemblea Nacional del Quebec encara denuncia avui dia.¹²¹

Aquesta *injustícia* històrica envers el Quebec va desencadenar una seqüència d'esdeveniments que van tenir un impacte considerable en l'evolució de la pràctica referendària al Canadà. En primer lloc, l'elecció el 1984 d'un govern federal conservador, dirigit per Brian Mulroney i determinat a «reintegrar» el Quebec «amb honor i entusiasme»¹²² al si constitucional, va conduir a un acord unànim dels representants del Govern federal i de les deu províncies: l'Acord del Llac Meech del 30 d'abril de 1987,¹²³ amb l'objectiu de posar en pràctica les peticions de sempre del Quebec. Aquest acord, que tenia el suport unànim de tots els caps de govern del Canadà, havia de ser posteriorment ratificat per cada assemblea legislativa provincial, així com per les dues cambres del Parlament federal en un termini de tres anys.¹²⁴ Malgrat això, durant aquest període, les eleccions legislatives en tres províncies van conduir a l'elecció de tres nous governs que es van negar a honorar els compromisos dels seus predecessors.¹²⁵ Amb el temps, aquest fet portaria al fracàs del procés de ratificació de l'acord.

El procés de ratificació de l'Acord del Llac Meech, que va ser profundament criticat per la població de les províncies majoritàriament anglòfones, va alimentar les crítiques al *federalisme executiu*, és a dir, la crítica al

¹²¹ *Supra*, nota 25.

¹²² Discurs del 6 d'agost de 1984 de Brian Mulroney, Sept-Îles, Quebec.

¹²³ Govern del Canadà, «Modificació constitucional de 1987 [Acord del Llac Meech]», en línia: http://www.axl.cefan.ulaval.ca/amnord/cndconst_Meech_87.htm [consultat el 19 d'abril de 2014].

¹²⁴ Llei constitucional de 1982, citat anteriorment, nota 19, art. 39 (2).

¹²⁵ L'Assemblea Legislativa de Terranova va arribar a revocar la resolució que havia estat adoptada precedentment, conforme l'article 46 (2) de la Llei constitucional de 1982. Morin i Woehrling, citat anteriorment, nota 59, p. 536; Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 1999, p. 96.

funcionament de les conferències federals-provincials organitzades a porta tancada, que no afavorien la participació ni dels parlamentaris ni dels electors.¹²⁶ La manca de transparència de les negociacions intergovernamentals, sovint denunciada, així com una certa desconfiança envers les peticions constitucionals del Quebec, van suscitar al Canadà anglòfon sobretot a les províncies de l'oest un vast moviment en favor de la democratització de l'exercici del poder constituent.¹²⁷ Tot i que tradicionalment havien estat les «elits representatives»¹²⁸ les qui s'havien encarregat del procés de modificació constitucional, les organitzacions formades per ciutadans i la població en general van manifestar el seu desig de ser, en endavant, consultades mitjançant audiències públiques, per una banda, i a través d'un referèndum constitucional, per l'altra.¹²⁹

Manitoba va ser la primera província que va afegir-hi certes formalitats que ja preveia la Constitució, i va convertir la participació ciutadana en jurídicament obligatòria.¹³⁰ Aquesta reforma, adoptada el 20 d'agost de 1986, es limitava a afegir disposicions al reglament de l'Assemblea, amb l'objectiu de garantir que el consentiment que la província havia atorgat a

¹²⁶ Monahan, Patrick J., *Constitutional Law*, Toronto, Irwin Law, 2002, p. 186-187.

¹²⁷ Segons Patrick Boyer: «People were insisting on the need for government to obtain a popular mandate for any proposed constitutional changes». Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 53, 224; Côté, citat anteriorment, nota 42, p. 23; Conacher, Duff, «Power to the People: Initiative, Referendum, Recall and the Possibility of Popular Sovereignty in Canada», *University of Toronto Faculty of Law Review*, 49-2, 1991, p. 199-200; Grammond, citat anteriorment, nota 17, p. 571; Cameron, Jamie, «To amend the process of amendment», a Beaudoin, Gérald-A.; Magnet, Joseph E.; Pelletier, Benoît; Robertson, Gordon; Trent, John (dir.), *Le fédéralisme de demain: réformes essentielles*, Mont-real, Wilson & Lafleur, 1998, p. 318; Hogg, Peter, «The Difficulty of Amending the Constitution of Canada», *Osgoode Hall L. J.*, 31, 1993, p. 43.

¹²⁸ Grammond, citat anteriorment, nota 17, p. 600.

¹²⁹ Pelletier, citat anteriorment, nota 54, p. 356; Pelletier, Benoît, «Les modalités de la modification de la Constitution du Canada», a Beaudoin, Magnet, Pelletier, Robertson i Trent (dir.), citat anteriorment, nota 127, p. 282; Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 224.

¹³⁰ Cal afegir que ja s'havien celebrat consultes en altres províncies anteriorment, però sense que l'assistència fos jurídicament obligatòria. Per exemple, abans que es negociés el contingut de l'Acord del Llac Meech, el Quebec era l'única província en la qual una comissió parlamentària havia examinat els principis de l'acord abans que es finalitzés. Grammond, citat anteriorment, nota 17, p. 594.

les modificacions constitucionals no pogués concedir-se sense la celebració prèvia de consultes públiques i un ampli debat.¹³¹

Després del fracàs de l'Acord del Llac Meech, totes les províncies van organitzar audiències públiques, taules rodones o grups d'experts sobre la reforma de la Constitució.¹³²

En l'àmbit federal, hi va haver un nombre de consultes sense precedents,¹³³ es va crear el Citizens' Forum on Canadian Unity, presidit per Keith Spicer,¹³⁴ el comitè mixt Beaudoin-Edwards¹³⁵ i el comitè mixt Beaudoin-Dobbie.¹³⁶ També es van organitzar cinc conferències per tal de permetre que els grups d'interès i els ciutadans poguessin debatre les propostes constitucionals del Govern federal.¹³⁷ Irònicament, les conclusions

131 L'article 47 del Reglament de l'Assemblée législative de Manitoba (Manitoba, Assemblée Législative, *Règlement, ordres et formalités de procédure de l'Assemblée législative du Manitoba*, Imprimeur de la Reine pour la province du Manitoba, en línia: <http://www.gov.mb.ca/legislature/business/rulebook.fr.pdf> [consultat el 13 d'abril de 2014], recull que «una moció governamental sobre la modificació de la Constitució del Canadà té prelació sobre la resta d'assumptes de la Cambra» i que abans del sisè dia de debats sobre la moció, «aquesta ha de reenviar-se al comitè permanent o a un comitè especial encarregat de rebre les opinions del públic i de donar compte a la Cambra». Hurley, citat anteriorment, nota 119, p. 170. D'altra banda, a causa, en part, de certs errors de procediment i de no cenyir-se als terminis previstos per aquesta reforma, l'Assemblée Législative de Manitoba no va poder aprovar l'Acord del Llac Meech el 30 de juny de 1990.

132 Hurley, citat anteriorment, nota 119, p. 117-118.

133 «An extraordinarily widespread public consultation», en paraules de Hogg, citat anteriorment, nota 125, p. 97: «Never in the history of Canada (and perhaps anywhere else) had there been such a thorough public consultation in preparation for a set of constitutional amendments».

134 Forum des citoyens sur l'avenir du Canada, *Rapport à la population et au gouvernement du Canada*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1991; Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 54.

135 Comité Mixte Spécial du Sénat et de la Chambre des Communes sur le Processus de la Modification de la Constitution du Canada, *Rapport*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1991 [Rapport Beaudoin-Edwards], p. 413-416; Beaudoin, citat anteriorment, nota 59, p. 364.

136 Comité Mixte Spécial du Sénat et de la Chambre des Communes sur le Renouvellement du Fédéralisme, *Rapport*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1991 [Rapport Beaudoin-Dobbie], reproduït per: Tremblay, André, *La réforme de la Constitution au Canada*, Mont-real, Thémis, 1995, p. 433.

137 Woehrling, José, «Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec», a *Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec (Bélanger-Campeau)* (actualitzat el 19-12-2001), annex a), p. 21, en línia: Secrétariat aux Affaires Intergouvernementales Canadiennes <http://www.saic.gouv.qc.ca/publica->

de cada un d'aquests processos van comportar recomanacions per incitar el Govern federal a potenciar encara més els seus esforços en matèria de consultes públiques prèvies.¹³⁸

Aquest mecanisme de consultes prèvies i obligatòries adoptat per Manitoba va inspirar en certa mesura altres províncies de l'oest canadenc pel que fa a la manera d'incorporar el referèndum al procés de modificació constitucional que ja preveia la Llei constitucional de 1982. L'endemà del fracàs de l'Acord del Llac Meech, quan l'absència de participació dels electors en el procés de modificació constitucional cada cop rebia més crítiques, aquestes províncies van fer tot el possible per assegurar-se que, en endavant, cap esmena constitucional no pogués ser aprovada sense que es consultés prèviament els electors d'aquestes províncies mitjançant un referèndum.

D'entrada, poc després d'haver adoptat una llei marc que permetia la celebració de referèndums facultatius,¹³⁹ el primer ministre conservador de Saskatchewan, Grant Devine, va decidir consultar els electors sobre tres qüestions d'interès públic simultàniament amb les eleccions generals del 21 d'octubre de 1991. Una d'aquestes tres qüestions se centrava en l'opció de recórrer al referèndum constitucional obligatori en aquesta província de manera prèvia a qualsevol proposta de modificació de la Constitució del Canadà.¹⁴⁰ Els resultats d'aquest «referèndum sobre el referèndum» van ser els

tions/documents_inst_const/10-Jose Woehrling.pdf [consultat el 19 d'abril de 2014]; Hogg, citat anteriorment, nota 125, p. 97.

138 A tall d'exemple, la recomanació 18 de l'informe Beaudoin-Edwards proposava que «fos obligatòria la celebració d'audiències públiques parlamentàries sobre qualsevol proposta de modificació de la Constitució iniciada pel Govern del Canadà o proposta sobre la qual el Govern del Canadà hagués arribat a un acord de principis, així com que les audiències se celebressin amb una antelació suficient per permetre canvis en la proposta en qüestió». La recomanació 19 proposava a les províncies que fessin el mateix. Comitè Mixt Especial del Senat i de la Cambra de Comuns sobre el Procés de Modificació de la Constitució del Canadà, citat anteriorment, nota 134, p. 416. L'informe de la Comissió Spicer recomanava l'augment de la participació dels ciutadans en els debats constitucionals mitjançant una àmplia consulta. Fòrum dels Ciutadans sobre el Futur del Canadà, citat anteriorment, nota 133.

139 Referendum and Plebiscite Act, SS, 1990-91, c. 8.01.

140 La pregunta formulada era la següent: «Els residents de Saskatchewan haurien d'aprovar per referèndum o plebiscit qualsevol proposta de canvi de la Constitució canadenca?». Aquestes eren les altres preguntes del referèndum: «El govern de Saskatchewan hauria d'estar obligat a presentar un projecte de llei sobre l'equilibri pressupostari?» (79,7% a favor; 20,3% en contra) i, en segon lloc, una pregunta sobre si el govern de Saskatchewan hauria de pagar els avortaments legals efectuats als hospitals de la pro-

següents: el 79,3% dels vots van ser favorables al referèndum constitucional, mentre que només el 20,7% dels electors s'hi va oposar. Sense cap mena de dubte, el veredict dels electors es declinava a favor d'una democratització del poder constituent.¹⁴¹

Seguidament, la Colúmbia Britànica va decretar una llei que convertia en obligatori el recurs al referèndum constitucional. A aquest efecte, va procedir en dos temps: mitjançant l'adopció, el 1990, d'una llei marc sobre el referèndum (Referendum Act)¹⁴² i d'una segona llei, el març de 1991, anomenada Constitutional Approval Amendment Act,¹⁴³ que formalitzava l'obligació de recórrer al referèndum.¹⁴⁴ Per tant, després d'adoptar aquesta última llei, que contenia un article únic,¹⁴⁵ el Govern de la Colúmbia Britànica va haver de consultar els electors de la província abans de sotmetre a l'Assemblea Legislativa qualsevol resolució relativa a la modificació de la Constitució del Canadà.¹⁴⁶

víncia (37,4% a favor; 62,7% en contra). Referèndum del 21 d'octubre de 1991(*Trois questions relatives à l'équilibre des finances publiques, au financement public des IVG et au référendum préalable à la modification de la Constitution canadienne*), al CD2, citat anteriorment, nota 6; Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 175.

141 Malgrat això, posteriorment no es va adoptar cap mesura legislativa amb l'objectiu de difondre aquest resultat. L'elecció d'un nou govern, dirigit per Roy Romanow; el fet que la Referendum and Plebiscite Act, citat anteriorment, nota 139, adoptada prèviament permetia a la vegada que el Govern celebrés un referèndum i que els ciutadans impulsessin una iniciativa popular quan volguessin, i finalment el fet que durant els mesos posteriors el Govern federal decidís finalment organitzar el seu propi referèndum, són factors que van contribuir a aquesta absència de transposició legislativa dels resultats referendaris. Taillon, citat anteriorment, nota 76, p. 32; Grammond, citat anteriorment, nota 17, p. 595; Monahan, citat anteriorment, nota 126, p. 188.

142 Referendum Act, RSBC, 1996, c. 400.

143 Constitutional Amendment Approval Act, RSBC, 1996, c. 67.

144 Marquis, citat anteriorment, nota 49, p. 12-13; Côté, citat anteriorment, nota 42, p. 12; Hurley, citat anteriorment, nota 119, p. 171.

145 Constitutional Amendment Approval Act, citat anteriorment, nota 142, art. 1: «The government must not introduce a motion for a resolution of the Legislative Assembly authorizing an amendment to the Constitution of Canada unless a referendum has first been conducted under the Referendum Act with respect to the subject matter of that resolution».

146 Poques coses a part de l'esperit de la llei semblaven obligar l'Assemblea Legislativa a respectar el contingut de la Constitutional Approval Amendment Act, RSBC, 1996, c. 67. De fet, el text de la llei només afectava el govern, i li prohibia explícitament que presentés una resolució autoritzant una modificació. Tanmateix, un diputat sí que podia sotmetre aquest tipus de resolució. En aquest cas hipotètic, hi hauria una manera de «trampejar» el referèndum constitucional obligatori, tot organitzant una posada en

La província d'Alberta també va emprendre la via del referèndum constitucional obligatori amb l'adopció de la Constitutional Referendum Act.¹⁴⁷ Presentat el 19 de març de 1992, el projecte de llei número u del govern del primer ministre conservador Don Getty tenia per objectiu assegurar, mitjançant un referèndum obligatori, la participació dels electors en el procés de revisió de la Constitució del Canadà.¹⁴⁸ Semblant al dispositiu adoptat per la Colúmbia Britànica, la llei d'Alberta es diferenciava de les altres pel fet que els resultats del referèndum eren explícitament qualificats de *vinculants*.¹⁴⁹ A part d'això, l'Assemblea legislativa d'Alberta va modificar la Constitutional Referendum Act el setembre de 1992 per tal d'incloure-hi la possibilitat de substituir el referèndum provincial obligatori per un referèndum organitzat pel Govern federal, com el que es va organitzar l'octubre de 1992.¹⁵⁰

Altres províncies, sense arribar a fer obligatòria la celebració d'un referèndum, van esforçar-se per assegurar que fos possible organitzar un referèndum sobre un projecte de revisió de la Constitució. D'aquesta manera, es va admetre el referèndum constitucional, però només a petició de les autoritats governamentals. Concretament, aquest és el cas de la província de Terranova, on el primer ministre liberal Clyde Wells va manifestar el seu interès envers el referèndum constitucional. Així, després que durant la fase inicial de les negociacions destinades a «salvar» l'Acord del Llac Meech va jugar amb la possibilitat de sotmetre aquest acord a l'opinió dels

escena amb la qual un simple diputat, i no un membre del govern, presentaria una resolució sobre l'aprovació d'una esmena constitucional. Tot i això, aquest tipus d'estratagema violaria manifestament l'esperit de la llei, que justament tenia per objectiu convertir en obligatori, en aquesta província, el recurs al referèndum, sense parlar del preu polític que pagaria una majoria governamental que ignorés la seva obligació de celebrar una consulta referendària. Grammond, citat anteriorment, nota 17, p. 574; Pelletier, citat anteriorment, nota 59, p. 328; Hogg, citat anteriorment, nota 125, p. 81; Taillon, citat anteriorment, nota 76, p. 19, 30.

¹⁴⁷ Constitutional Referendum Act, RSA c. 25.

¹⁴⁸ Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 86.

¹⁴⁹ L'article 4 de la llei qualifica els resultats de vinculants (*binding*) i precisa: «The government that initiated the referendum shall, as soon as possible, take any steps within the competence of the Government of Alberta that it considers necessary or advisable to implement the results of a referendum». Constitutional Referendum Act, citat anteriorment, nota 146, art. 4; Grammond, citat anteriorment, nota 17, p. 574; Taillon, citat anteriorment, nota 76, p. 30-31.

¹⁵⁰ Constitutional Referendum Act, citat anteriorment, nota 146, art. 12. Hurley, citat anteriorment, nota 119, p. 136.

seus electors,¹⁵¹ el Govern va iniciar una modificació de l'Election Act per tal de permetre la celebració de referèndums sobre els projectes de revisió de la Constitució del Canadà.¹⁵²

En certa mesura, el Quebec va seguir la mateixa tendència, però per unes altres raons i en un context polític ben diferent. Tot i que el referèndum constitucional facultatiu era possible des de l'adopció, el 1978, de la Llei sobre la consulta popular,¹⁵³ el període *post-Meech* va estar marcat pel desig d'una vasta majoria de quebequesos de ser consultats ràpidament mitjançant un referèndum sobre la qüestió de la sobirania del Quebec. Des d'aquesta mateixa òptica, l'informe de la Comissió sobre el futur polític i constitucional del Quebec (Comissió Bélanger-Campeau)¹⁵⁴ va recomanar la celebració d'un referèndum. D'acord amb el contingut d'aquest informe tan important, l'Assemblea Nacional del Quebec va adoptar, el 1991, la Llei sobre el procés de determinació del futur polític i constitucional del Quebec (projecte de llei 150), l'objectiu de la qual era imposar no més tard del 26 d'octubre de 1992 la celebració d'una consulta referendària sobre la sobirania del Quebec.¹⁵⁵ Després de les negociacions sobre l'Acord de Charlottetown, l'Assemblea Nacional va modificar aquesta llei per permetre la celebració d'un referèndum sobre un projecte de revisió constitucional, més que no pas un referèndum sobre la sobirania del Quebec.¹⁵⁶ D'aquesta manera, tenint en compte el fracàs de l'Acord del Llac Meech, el referèndum del 26 d'octubre de 1992 sobre l'Acord de Charlottetown i el context polític marcat pels dubtes del Govern liberal pel que fa a les recomanacions de la

151 Beaudoin, citat anteriorment, nota 59, p. 362.

152 Hurley, citat anteriorment, nota 119, p. 120.

153 Llei sobre la consulta popular, citat anteriorment, nota 91. Com que aquesta llei no definia cap qüestió referendària, eren el Govern i l'Assemblea Nacional qui havia d'escollir, cas a cas, els assumptes que calia sotmetre a referèndum. Brun i Tremblay, citat anteriorment, nota 92, p. 141.

154 Comissió sobre el Futur Polític i Constitucional del Quebec, *Informe de la Comissió sobre el Futur Polític i Constitucional del Quebec*, Assemblea Nacional, Comissió sobre el Futur Polític i Constitucional del Quebec, Quebec, 1991.

155 Llei sobre el procés de determinació del futur polític i constitucional del Quebec, LQ, 1991, c. 34, art. 1 [projecte de llei 150].

156 Llei modificadora de la Llei sobre el procés de determinació del futur polític i constitucional del Quebec, LQ, 1992, c. 47, art. 1.

Comissió Bélanger-Campeau,¹⁵⁷ el Quebec va emprendre temporalment la via del referèndum obligatori.

– *Referèndum constitucional del 26 d'octubre de 1992 sobre l'Acord de Charlottetown*

Les lleis provincials sobre el referèndum constitucional obligatori van tenir conseqüències importants en el conjunt del procés de ratificació de l'Acord de Charlottetown. Tenint en compte que algunes províncies havien decidit celebrar referèndums, no era fàcil per a les autoritats federals i les altres províncies deixar d'unir-se a aquest moviment. Com es podia justificar des d'un punt de vista polític que els electors de certes províncies no poguessin votar sobre el contingut d'una modificació important de la Constitució del Canadà si els electors d'altres províncies sí que podien expressar la seva opinió? D'aquesta manera, la iniciativa referendària de certes províncies va tenir conseqüències en el procés de ratificació de les altres províncies.

Conscients d'això, i preocupats per oferir als quebequesos un projecte de renovació del federalisme capaç de fer de contrapès al soberanisme quebequès, molt popular a les enquestes d'opinió de l'època, el Parlament federal va fer tot el possible per facilitar l'organització d'un referèndum constitucional. La Llei relativa als referèndums sobre la Constitució del Canadà,¹⁵⁸ adoptada durant els mesos anteriors a la celebració del referèndum de 1992 sobre l'Acord de Charlottetown, establia un marc jurídic permanent per organitzar referèndums facultatius i consultius en el conjunt del país o en una part del territori sobre un projecte de revisió de la Constitució.¹⁵⁹

Amb aquesta llei com a base, el Govern federal, de comú acord amb les províncies, va organitzar el primer referèndum canadenc sobre un projecte de modificació de la Constitució. Aquest referèndum, tot i que era facultatiu, resultava políticament necessari per a la ratificació de l'Acord de Charlottetown. De fet, la decisió de recórrer al referèndum es va imposar,

157 Lisée, Jean-François, *Le naufrageur. Robert Bourassa et les Québécois (1991-1992)*, Mont-real, Boréal, 1994.

158 Llei relativa als referèndums sobre la Constitució del Canadà, citat anteriorment, nota 99.

159 Marquis, citat anteriorment, nota 49, p. 12; Boyer, citat anteriorment, nota 35, p. 82; Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 71.

en essència, per quatre motius estructurals. En primer lloc, pretenia ser una resposta a la crítica al *federalisme executiu* i al funcionament massa elitista de les conferències federals-provincials organitzades a porta tancada.¹⁶⁰ En segon lloc, el desig de democratitzar l'exercici del poder constituent mitjançant una major participació dels electors va contribuir, sens dubte, a incorporar el referèndum al procés tradicional de modificació de la Constitució.¹⁶¹ En tercer lloc, les lleis provincials sobre el referèndum obligatori van produir un efecte dominó en el conjunt del procés de modificació constitucional. El fet de recórrer a un referèndum en el cas de negociacions complexes i difícils es podria percebre com un mitjà eficaç de fer pressió sobre els caps de les províncies, que es resistien a una modificació constitucional.¹⁶² Com que hi havia certes lleis que convertien en obligatori el referèndum constitucional, la qüestió ja no era saber si hi hauria o no un referèndum. Més aviat es tractava de determinar el nombre de referèndums que s'organitzarien i si tots els electors, o bé només una part, podrien pronunciar-s'hi. Finalment, en quart lloc, davant del caràcter manifestament massa rígid del procés que preveia la Llei Constitucional de 1982, el referèndum constituïa una solució de substitució o un complement als processos formals, per tal que es garantís la resolució necessària en cas d'una crisi en les negociacions.¹⁶³

Ara bé, aquests factors diversos excedien amb escreix les circumstàncies pròpies de la conjuntura post-Meech. La crítica al federalisme executiu, la necessitat de democratitzar l'exercici del poder constituent, la dificultat de reunir el consens necessari i l'esperança que un fort suport popular pogués incitar les províncies més obstinades a permetre certes modificacions són

160 Monahan, citat anteriorment, nota 126, p. 186-187; Boyer, citat anteriorment, nota 35, p. 164; Tremblay, citat anteriorment, nota 135, p. 133; Morin i Woehrling, citat anteriorment, nota 59, p. 536; Woehrling, José, «Fonctionnement et dysfonctionnement de la procédure de modification constitutionnelle au Canada», a Beaudoin, Magnet, Pelletier, Robertson i Trent (dir.), citat anteriorment, nota 127, p. 336.

161 Segons Patrick Boyer: «People were insisting on the need for government to obtain a popular mandate for any proposed constitutional changes». Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 53, 224; Côté, citat anteriorment, nota 39, p. 23; Conacher, citat anteriorment, nota 127, p. 199-200; Grammond, citat anteriorment, nota 17, p. 571; Cameron, citat anteriorment, nota 127, p. 318; Hogg, citat anteriorment, nota 127, p. 43.

162 Grammond, citat anteriorment, nota 17, p. 596; Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 56, 63; Hurley citat anteriorment, nota 119, p. 170.

163 Pelletier, citat anteriorment, nota 129, p. 282; Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 224, 341; Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 53, 235.

algunes de les consideracions que encara ara resulten pertinents. El context polític i institucional de 1992 –que des de llavors no havia evolucionat significativament–, i les consideracions polítiques i estratègiques que van conduir a la decisió d'organitzar un referèndum en aquella època corrien el perill de reaparèixer durant els nous intents de reforma constitucional.

Aquest és el context en el qual es va organitzar la primera consulta referendària canadenca relativa a un projecte de modificació de la Constitució del Canadà. Aquest referèndum paraconstitucional, que no havia estat previst pels redactors de la Constitució, no pretenia substituir els processos formals de modificació adoptats durant la repatriació de 1982. El referèndum sobre l'Acord de Charlottetown s'incorporava al procés de modificació recollit formalment per la Llei Constitucional de 1982. Per tant, calia combinar les exigències pròpies del procés formal de modificació amb les d'un procés referendari organitzat a escala pancanadenca. Malgrat això, tot plegat creava certes dificultats pel que fa a la determinació de les normes d'interpretació dels resultats.

Com que el contingut de l'acord requeria l'aprovació unànime de les províncies, els representats de les províncies i del Govern federal van considerar que, per tal que s'adoptés l'acord, aquest havia de recollir el consentiment d'una majoria popular a totes les províncies.¹⁶⁴ Aquesta exigència derivava no pas dels textos legislatius que emmarcaven l'organització del referèndum de 1992, sinó més aviat de la regla sobre la unanimitat de les províncies, contemplada per la fórmula de modificació de la Constitució, i de les exigències pròpies del procés referendari, és a dir, l'expressió democràtica d'una majoria de vots del cinquanta per cent més un. Els governs de les entitats federals només estaven vinculats a l'elecció majoritària expressada pels electors de la seva província; la decisió subseqüent de presentar una resolució parlamentària per tal d'aprovar formalment un projecte de modificació s'havia de prendre en funció de la voluntat popular expressada per cada estat membre. En altres paraules, com que la decisió majoritària dels electors d'una província podia dictaminar la resolució de l'Assemblea Legislativa d'un estat membre de ratificar mitjançant una resolució un pro-

¹⁶⁴ Hurley, citat anteriorment, nota 119, p. 169; Hogg, citat anteriorment, nota 127, p. 96: «The first ministers agreed to put the Accord to a national referendum, with the understanding that it would need to be approved by eleven majorities, namely, a national majority, and a majority in every one of the ten provinces».

jecte de modificació,¹⁶⁵ calia tenir en compte tant els resultats globals del conjunt del Canadà com els de cada una de les províncies.

Per als ciutadans, aquests processos reconeixien no només la majoria expressada a cada estat membre de la federació, sinó també l'autonomia organitzativa del Quebec. De fet, el 16 d'octubre de 1992, es van celebrar dos referèndums: un de federal, a nou províncies i als territoris, així com un altre al Quebec, organitzat pel director general de les eleccions quebequeses. El caràcter simultani i la finalitat idèntica d'aquestes dues votacions no alteraven en absolut la natura asimètrica d'aquest referèndum quebequès, diferent del que van organitzar les autoritats federals.

A part d'aquesta autonomia organitzativa, els resultats van ser negatius tant al Quebec com a la resta del Canadà. Per raons políticament molt diferents, l'Acord de Charlottetown va ser rebutjat pel 56,7% dels quebequesos i pel 54,3% dels canadencs de les nou altres províncies. Per a la majoria d'electors del Canadà anglòfon, el contingut de l'acord atorgava massa concessions al Quebec, mentre que per a la majoria dels electors quebequesos que van votar *no*, les reformes proposades no estaven a l'alçada de la via del canvi.¹⁶⁶ El referèndum pancanadenc de 1992, a semblança dels de 1898 i 1942, tot i que va ser rebutjat tant pel Quebec com pel conjunt del Canadà, va aconseguir exacerbar de nou les deferències entre les aspiracions del Quebec, majoritàriament francòfon, i les de la resta del Canadà, essencialment anglòfon. Dues nacions profundament dividides sobre la qüestió del rol i els poders que havia de tenir el Govern federal respecte al de les províncies.

El referèndum constitucional de 1992, organitzat al Quebec en virtut de la Llei sobre la consulta popular¹⁶⁷ i a la resta del país en virtut de la llei federal,¹⁶⁸ podia acabar convertint-se, en un futur, en un precedent

165 De fet, aquest punt està explícitament previst per la llei elaborada per l'Assemblea Legislativa d'Alberta, que va instaurar el referèndum constitucional obligatori en aquesta província. Constitutional Referendum Act, citat anteriorment, nota 146. L'article 4 d'aquesta llei d'Alberta expressa clarament que el govern de la província, en cas de rebuig o aprovació del projecte per part dels electors, prendrà totes les mesures necessàries per tal de posar en pràctica el resultat.

166 Marquis, citat anteriorment, nota 49, p. 12.

167 Llei sobre la consulta popular, citat anteriorment, nota 91.

168 Llei sobre la consulta popular, citat anteriorment, nota 91.

ineludible.¹⁶⁹ D'ara endavant, seria difícil concebre un canvi important a la Constitució canadenca sense que, prèviament, se celebrés una consulta referendària. El referèndum, tot i que mai no s'havia previst en el text de la Constitució, va començar a imposar-se com un nou estàndard democràtic.

A escala provincial, durant els últims anys, diverses qüestions de caire constitucional han sigut objecte de consultes referendàries. A Terranova, a part dels dos referèndums celebrats el 1948 sobre l'adhesió de la província a la federació canadenca,¹⁷⁰ els referèndums del 5 de setembre de 1995 i del 2 de setembre de 1997 sobre l'aprovació de les modificacions constitucionals relatives al règim de les escoles confessionals¹⁷¹ van permetre que el poble pogués ratificar canvis constitucionals importants.

Altres províncies també van celebrar referèndums sobre qüestions relatives a la seva constitució interna, com ara els referèndums sobre el sistema electoral organitzats el 17 de maig de 2005 i el 12 de maig de 2009 a la Colúmbia Britànica; el 28 de novembre de 2005 a l'illa del Príncep Eduard, i el 10 de novembre de 2007 a Ontàrio,¹⁷² així com el referèndum del 17 d'octubre de 1991 organitzat pel Govern de la Colúmbia Britànica sobre la

169 Tremblay, citat anteriorment, nota 138, p. 100; Croisat, Maurice; Petiteville, Franck; Tournon, Jean, *Le Canada, d'un référendum à l'autre. Les relations politiques entre le Canada et le Québec, 1980-1992*, Talence, Association Française d'Études Canadiennes, 1992, p. 123. Segons Jacques-Yvan Morin i José Woehrling, «aquest fet constitueix, en l'àmbit polític, un precedent que serà sens dubte difícil d'ignorar en un futur. D'aquesta manera, qualsevol nou intent de reforma constitucional probablement haurà de ser sotmès a la població. A partir d'ara, pocs polítics federals o provincials voldran exposar-se a la impopularitat derivada d'un intent de modificació de la Constitució sense recórrer a un referèndum». Morin i Woehrling, citat anteriorment, nota 59, p. 577; Marquis, citat anteriorment, nota 49, p. 13-14.

170 Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 119-123; Centre d'informació sobre la identitat canadenca, citat anteriorment, nota 80, p. 11; Theoret, citat anteriorment, nota 34, p. 26; Côté, citat anteriorment, nota 42, p. 21; Dunsmuir, citat anteriorment, nota 59, p. 22.

171 Proulx, citat anteriorment, nota 86, p. 41-94.

172 James R. Robertson i Michael Rowland indiquen que a part d'aquests dos referèndums, també cal subratllar el compromís adquirit pel primer ministre d'Ontàrio, David McGuinty, de celebrar un referèndum sobre aquesta qüestió abans de procedir amb qualsevol modificació mitjançant una votació; així com les recomanacions de la Comissió sobre la democràcia legislativa de Nova Brunsvic, que recentment va proposar al govern d'aquesta província la celebració d'un referèndum previ a qualsevol modificació a través d'una votació. Citat a Robertson, James R.; Rowland, Michael, *Les projets de réforme électorale dans diverses provinces du Canada*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2006, p. 3-5.

implementació dels procediments de democràcia directa (iniciativa popular i revocació dels diputats).¹⁷³

Tots aquests precedents van fer néixer unes expectatives que, en certa mesura, ara obliguen els governs de les províncies i el Govern federal a comprometre's amb la via del referèndum constitucional.¹⁷⁴ El referèndum, que s'ha convertit en un mecanisme ineludible cada vegada que cal realitzar una reforma institucional fonamental, fins i tot tendeix a imposar-se, segons certes opinions, com una nova convenció constitucional.¹⁷⁵ Aquesta força dels precedents, que en la tradició britànica caracteritza les convencions constitucionals,¹⁷⁶ fa que els actors polítics se sentin obligats a recórrer al referèndum.¹⁷⁷ Els tribunals canadencs han pres nota d'aquesta nova pràcti-

173 Referèndum del 17 d'octubre de 1991 (IRR), al CD2, citat anteriorment, nota 6.

174 Jamie Cameron escriu: «There are political expectations which must be met to cloak any process of amendment in legitimacy. First is the expectation of popular ratification, which is virtually entrenched in political culture following the two Quebec referenda of 1980 and 1995, the *Charlottetown referendum* of 1992, the introduction of referendum legislation across the country, and perennial anticipation of the next referendum on Quebec's future». Cameron, citat anteriorment, nota 127, p. 322.

175 Diversos autors estan d'acord amb el fet que està apareixent una nova forma de convenció constitucional. Brun i Tremblay, citat anteriorment, nota 58, p. 251; Mendelsohn, Matthew, «*Introducing deliberative direct democracy in Canada: Learning from the American experience*», *Can Rev Am Stud*, 26, 1996, p. 1-13; Tremblay, citat anteriorment, nota 138, p. 100. En contra: Grammond, citat anteriorment, nota 17, p. 596-597. També hi ha qui es mostra més segur i fins i tot considera que ja es reuneixen les condicions necessàries perquè hi hagi una nova convenció constitucional com a tal. Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 254; Woehrling, citat anteriorment, nota 137, p. 22; Russel, Peter; Ryder, Bruce, *Ratifying a Postreferendum Agreement on Quebec Sovereignty*, Toronto, Institut C.D. Howe, 1997 (Commentaire núm. 97), p. 19; Monahan, citat anteriorment, nota 126, p. 189.

176 *Supra*, nota 23.

177 Per exemple, durant l'última campanya electoral al Quebec, Pauline Marois, que en aquella època era primera ministra, va recordar diverses vegades al seu principal adversari i a partir de llavors primer ministre, Philippe Couillard, aquesta obligació politicomoral de celebrar un referèndum previ a la ratificació per part del Quebec de la Constitució canadencs. Philippe Couillard, sense contradir la seva adversària en aquesta qüestió, va preferir no fer cap comentari sobre aquesta possibilitat de celebrar un referèndum quebequès sobre la Constitució del Canadà. Journet, Paul, «Constitution: pas de signature sans référendum, dit Marois à Couillard», *La Presse*, 15 de març de 2014, en línia: http://www.lapresse.ca/actualites/elections-quebec-2014/201403/15/01-4748047-constitution-pas-de-signature-sans-referendum-dit-marois-a-couillard.php?utm_categorieinterne=traffickedrivers&utm_contenuinterne=cyberpresse_B9_elections-quebec-2014_1965459accueil_POS3 [consultat el 19 d'abril de 2014]; Robitaille, Antoine, «Référendums devant?», *Le Devoir*, 15 de març de 2014, en línia: <http://www>.

ca, i han tingut l'oportunitat de reconèixer la validesa i legitimitat d'aquests referèndums paraconstitucionals organitzats al marge del procés formal de modificació de la Constitució del Canadà.

Durant la dècada de 1990, diverses sentències del Tribunal Suprem del Canadà van confirmar la constitucionalitat del referèndum, en general, i del dret d'una província a decidir el seu futur, en particular. D'entrada, la impugnació de les normes que regulaven el referèndum quebequès del 26 d'octubre de 1992 sobre l'Acord de Charlottetown va ser l'excusa perfecta perquè el Tribunal confirmés, unes dècades després del Comitè Judicial del Consell Privat,¹⁷⁸ la validesa del referèndum.¹⁷⁹ No hem d'oblidar que, el 1998, el Tribunal Suprem va reconèixer, amb certes condicions relatives a la claredat de la pregunta, la legitimitat dels referèndums quebequesos sobre la sobirania del Quebec.¹⁸⁰ En aquell moment, el Tribunal va decidir unànimement que el dret constitucional canadenc no prohibia la secessió d'una província.¹⁸¹ A més, no només va reconèixer el dret d'una província a recórrer a un referèndum per tal de legitimar un canvi important, sinó que també va atribuir a aquesta votació conseqüències jurídiques concretes que, des de llavors, afecten el conjunt de membres de la federació, és a dir, constitueixen una obligació jurídica de negociar de bona fe els canvis impulsats per una expressió clara de la població d'una província.

Per la seva banda, les autoritats federals van adoptar, el 2000, la Llei federal sobre la claredat, relativa al dret del Parlament federal de no respectar els resultats d'un referèndum sobre la secessió d'una província que

ledevoir.com/politique/quebec/402690/couillardetlaconstitution-referendums-devant [consultat el 19 d'abril de 2014]; La Presse Canadienne, «Débat constitutionnel: Philippe Couillard veut convaincre le reste du Canada», *Le Devoir*, 14 de març de 2014, en línia: http://www.ledevoir.com/politique/quebec/402674/debat-constitutionnel-philippe-couillard-veut-convaincre-le-reste-du-canada?utm_source=infolettre-2014-03-14-14h&utm_medium=email&utm_campaign=alertes-personnalisees [consultat el 19 d'abril de 2014]; Chouinard, Tommy, «Société distincte: Couillard veut convaincre Trudeau », *La Presse*, 14 de març de 2014, en línia: <http://www.lapresse.ca/actualites/elections-quebec-2014/201403/14/01-4747814-societe-distincte-couillard-veut-convaincre-trudeau.php> [consultat el 19 d'abril de 2014].

178 Re: The Initiative and Referendum Act, citat anteriorment, nota 20, p. 935-946; *The King vs. Nat Bell Liquors Ltd.*, citat anteriorment, nota 20.

179 *Haig vs. Canadà (Director general de les eleccions)*, citat anteriorment, nota 20; *Libman vs. La Reine*, [1985] 2 RCS 178.

180 Dictamen relatiu a la secessió del Quebec, citat anteriorment, nota 20.

181 Ídem, par. 92.

no se cenyeixi a les exigències necessàries sobre la claredat de la pregunta i dels resultats.¹⁸² Tot i que va ser considerablement criticada al Quebec a causa del seu caràcter profundament arbitrari i la manera com intentava reduir l'abast i deformar el sentit de l'obligació constitucional de negociar enunciativa pel Tribunal Suprem en el Dictamen relatiu a la secessió del Quebec,¹⁸³ com a mínim hem d'admetre que amb la seva ingerència en el procés referendari, el legislador federal va acabar reconeixent de manera explícita el dret del Quebec a decidir mitjançant un referèndum el seu futur polític i constitucional. Quant a això, el preàmbul de la llei no deixa lloc a l'ambigüitat: l'opinió que emeti la Cambra dels Comuns sobre la claredat de la votació no implica que no es pugui celebrar el referèndum.¹⁸⁴

A part de la qüestió sobre les regles perquè el Quebec accedeixi a la independència política, l'obligació constitucional de negociar els canvis iniciats per un referèndum va rebre una bona acollida entre una part significativa de la classe política canadenca. De fet, molts hi veuen una manera de posar en pràctica noves iniciatives constitucionals.¹⁸⁵ En un sistema polític en què l'extrema rigidesa dels procediments de modificació constitucional adoptats el 1982, combinada amb els fracassos de les ratificacions de l'Acord del Llac Meech i l'Acord de Charlottetown, ha destruït qualsevol perspectiva de renovació del federalisme canadenc,¹⁸⁶ l'obligació de negociar de bona fe els canvis decidits per un referèndum ofereix una via alternativa a aquells qui volen realitzar canvis constitucionals importants.

182 Llei que aplica les exigències de claredat formulades pel Tribunal Suprem del Canadà sobre el Dictamen relatiu a la secessió del Quebec, LC, 2000, c. 26, art. 1, 2 (en endavant, Llei federal sobre la transparència referendària).

183 Woehrling, citat anteriorment, nota 138, p. 67-68; Turp, Daniel; Van Ert, Gibran, «International Recognition in the Supreme Court of Canada's Québec Reference», *Can YB Int L*, 36, 1998, p. 335-346; Courtois, Stéphane, «Entre légitimité et stabilité: le débat sur la majorité requise dans l'éventualité d'un troisième référendum», *Arguments*, 2, 2002, p. 66; Brun, Henri, «Le Clarity Act est inconstitutionnel», *Le Devoir*, 23 de febrer de 2000, p. A7; Turp, Daniel, *La nation bâillonnée. Le plan B ou l'offensive d'Ottawa contre le Québec*, Mont-real, VLB Éditeur, 2000 (col. «Parti Pris Actuels»); Brun i Tremblay, citat anteriorment, nota 58, p. 247.

184 Llei federal sobre la transparència referendària, citat anteriorment, nota 182, preàmbul, al. 3.

185 Taillon, Patrick; Deschênes, Alexis, «Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien: L'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels», *C de D*, 53 (3), 2012, p. 461-522.

186 Taillon, citat anteriorment, nota 76.

En l'àmbit polític federal, la idea de celebrar un referèndum pancanadenc sobre el Senat ha estat sovint comentada pel primer ministre Stephen Harper¹⁸⁷ i per l'oposició oficial¹⁸⁸ com una manera de reformar o abolir la cambra alta.¹⁸⁹ Al Quebec, la idea d'organitzar referèndums sectorials freqüentment s'ha presentat, des d'una perspectiva nacionalista, com un mitjà per augmentar la capacitat de negociació i les possibilitats d'èxit del Quebec en unes possibles futures negociacions.¹⁹⁰ En resum, tant per al Govern federal com per a les províncies, el referèndum i l'obligació constitucional de negociar que l'acompanya s'imposen com l'instrument paraconstitucional que aporta la legitimitat necessària als canvis constitucionals importants.

187 Bellavance, Joël-Denis, «Harper prêt à abolir le Sénat», *La Presse*, 22 de juny de 2011; Artuso, Antonella, «Réformer le Sénat? Plutôt l'abolir, selon Dalton McGuint», *tvouvelles.ca*, 1 de juny de 2011.

188 La Presse Canadienne, «Les conservateurs déposent un nouveau projet de loi pour réformer le Sénat», *Le Devoir*, 21 de juny de 2011; La Presse Canadienne, «Le NPD rejette toujours le Sénat», *La Presse*, 17 de maig de 2011, p. A12; Hébert, Chantal, «Le NPD fait fausse route dans la réforme du Sénat. Une réforme du Sénat compte parmi les dix principales mesures nécessaires pour régler le déficit démocratique», *L'Acadie Nouvelle*, 3 de març de 2011, p. 15; La Presse Canadienne, «Le NPD veut un référendum sur l'abolition du Sénat», *Le Droit*, 2 de març de 2011, p. 21.

189 Les autoritats federals pretenien fonamentar-se en la voluntat dels electors, expressada clarament, per tal de pressionar les províncies més obstinades i incitar-les a aprovar les modificacions constitucionals. Es tractava, doncs, de crear un *conflicte de legitimitat* entre, d'una banda, una majoria clara de la població en favor d'una reforma o de l'abolició del Senat i, de l'altra, el rebuig de certes províncies a acordar o, com a mínim, negociar de bona fe. Boyer, citat anteriorment, nota 13, p. 56, 63; Hurley, citat anteriorment, nota 119, p. 170; Taillon, citat anteriorment, nota 76, p. 50.

190 Diversos actors s'han plantejat aquesta hipòtesi. Com és el cas del Partit Quebequès, per al qual la celebració de referèndums sectorials constitueix, des de la darreria dels anys 1980, una segona opció formulada episòdicament. Lisée, Jean-François, *Sortie de secours*, Mont-real, Boréal, 2000, p. 397-411; Morin, Claude, *Les Prophètes désarmés? Que faire si un référendum gagnant sur la souveraineté n'était pas possible?*, Mont-real, Boréal, 2001, p. 146-190; Salvé, Jean-Marc, «Référendums sectoriels en vue», *Le Soleil*, 7 de novembre de 2009; Lessard, Denis, «Gouvernance souverainiste: le PQ jouera la carte du rapatriement des compétences», *La Presse*, 30 de maig de 2009; Taillon i Deschênes, citat anteriorment, nota 184, p. 461-522.

EL TERRISSAIRE, L'ARGILA I EL POBLE: REFLEXIONS CRÍTQUES SOBRE EL PAPER DE LA LLEI I DEL PODER EN EL PROCÉS D'INDEPENDÈNCIA DEL QUEBEC

JEAN LECLAIR

*Professor titular de la Facultat de Dret
de la Universitat de Mont-real*

Per a què serveix l'home, si Déu hi actua com el terrissaire en l'argila?

Erasme (1466?-1539)

Mentre un poble existeix en l'esfera d'allò polític, ell mateix ha de crear la distinció entre amics i enemics, i l'ha de reservar per a les conjuntures extremes en les quals ell mateix serà jutge. Aquí rau l'essència de la seva existència política. Des de l'instant en què no té la capacitat o la voluntat de crear aquesta distinció, deixa d'existir políticament.

Carl Schmitt (1888-1985)*

Text extret d'una conferència impartida a l'Institut d'Estudis Autònoms de la Generalitat de Catalunya el setembre de 2013. Vull donar les gràcies a Jean-François Gaudreault-Desbiens i a Jeremy Webber pels seus comentaris i per haver-me aconsellat la lectura de Carl Schmitt. Un text de Jeremy Webber m'ha estat particularment útil: «National Sovereignty, Migration, and the Tenuous Hold of International Legality: The resurfacing (and Resubmersion?) of Carl Schmitt», a Schmidtke, Olivier; Ozcurumez, Saime, *Of States, Rights, and Social Closure: Governing migration and Citizenship*, Nova York, Palgrave Macmillan, 2008, p. 61-90. Vull agrair igualment als professors Roderick A. Macdonald i Grégoire Webber els seus valuosos comentaris. No cal dir que les opinions expressades aquí només són responsabilitat meua.

* *La notion de politique*, a *La notion de politique. Théorie du Partisan* (trad. de Marie-Louise Steinhauser), Flammarion, 1992 (col. «Champs Classiques»), p. 91, text inicialment publicat el 1932, acompanyat d'un prefaci redactat per l'autor el 1963, en ocasió de la reedició.

Filippo: No tinc ningú més al món a part de la meva Giacinta, i per això necessito complaure-la. Nosaltres marxem quan els altres marxen, i jo sóc el moviment.

Guglielmo: La majoria tria sempre el millor...

Filippo: No sempre, no sempre, hi hauria molt a dir sobre això.

Carlo Goldoni (1707-1793)**

En aquests moments, el Govern espanyol s'oposa feroçment a la celebració del referèndum sobre el dret a decidir dels catalans previst per al 9 de novembre de 2014.¹ Seriosos obstacles, especialment els articles 1 i 2 de la Constitució espanyola de 1978 projecten dubtes sobre la legalitat constitucional d'aquest projecte. Sigui com sigui, si es tenen en compte el punt 2 de l'Acord per a la transició nacional –celebrat entre Convergència i Unió (CiU) i Esquerra Republicana de Catalunya (ERC)² el 19 de desembre de 2012–, que preveu l'elaboració d'una llei catalana que regeixi la consulta al poble català, la Declaració de sobirania del poble català del 23 de gener de 2013, i el document titulat *La consulta sobre el futur polític de Catalunya*³ presentat el 25 de juliol de 2013 pel Consell Assessor per a la Transició Nacional, no hi ha res que faci pensar que el Govern català pugui interrompre la seva gestió del referèndum.

A causa d'aquest context, he cregut que tant un auditori espanyol com un de català podrien estar interessats en un examen del paper de les lleis adoptades al Canadà pels governs federal i quebequès sobre el tema del consentiment necessari per a l'inici d'un procés d'independència. Més es-

** «*La Manie de la villégiature*», acte I, escena 9, *L'avant-scène Théâtre*, núm. 1313-1314, desembre 2011, p. 24-25.

1 «Espanne: le référendum sur l'indépendance de la Catalogne est 'illégal'», *Le Monde*, 25 de febrer de 2014 [en línia]: http://www.lemonde.fr/europeennes-2014/article/2014/02/25/pour-rajoy-le-referendum-sur-l-independance-de-la-catalogne-ne-peut-avoir-lieu_4373110_4350146.html; «Rajoy opposé à un référendum sur l'indépendance de la Catalogne», *Le Monde*, 21 de gener de 2014 [en línia]: http://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2014/01/21/rajoy-oppose-a-un-referendum-sur-l-independance-de-la-catalogne_4351393_3218.html.

2 *Acord per a la transició nacional i per garantir l'estabilitat parlamentària del govern de Catalunya*.

3 Es pot accedir a aquest document en versió francesa a l'adreça següent: http://www.govern.cat/pres_gov/AppJava/govern/grans-reptes/transicio-nacional/notaprensa-211489.html?mode=static.

pecíficament, jo m'inclinaria a pensar que l'adopció d'una llei federal sobre la claredat del referèndum no té res d'il·legítim.

El projecte de llei C-470 titulat Llei sobre la modificació constitucional democràtica⁴ –presentat pel Nouveau Parti Démocratique, d'àmbit federal–, la Llei que aplica l'exigència de claredat formulada pel Tribunal Suprem del Canadà en el seu dictamen sobre la Remissió de la secessió del Quebec⁵ (el títol abreujat de la qual és Llei de claredat) –adoptada pel Govern federal l'any 2000– i la Llei sobre l'exercici dels drets fonamentals i de les prerrogatives del poble quebequès i de l'Estat del Quebec⁶ –adoptada el mateix any pel Govern del Quebec– aborden totes tres la difícil qüestió del consentiment que ha d'expressar la *població*, la *nació* o el *poble* quebequès per autoritzar la independència del Quebec. El projecte de llei C-470 és més ambiciós perquè permet realitzar altres tipus de modificacions constitucionals, però que ningú no s'enganyi, la qüestió de l'adhesió a la plena sobirania és al cor del debat. Vull subratllar immediatament que totes aquestes lleis tenen com a objectiu determinar, *avui*, les modalitats de resolució d'una qüestió eminentment política que es plantejarà –o no es plantejarà– en un futur qualsevol. El factor *temps*, ja es veurà, em sembla un element capital que cal tenir en compte quan hom busca decidir el caràcter legítim o il·legítim d'una intervenció legislativa federal.

La invalidesa constitucional d'aquestes lleis seria, al meu parer, extremadament difícil d'establir. En la *Remissió relativa a la secessió del Quebec*,⁷ després d'haver enunciat els principis no escrits que fixen el marc constitucional dins el qual cal dur a terme el debat polític, el Tribunal va insistir en l'obligació que incumbeix *als polítics* d'actuar en el respecte de *tots* aquests principis. Puc equivocar-me, però penso que si el Tribunal un dia fos cridat a pronunciar-se sobre la validesa de l'una o l'altra llei, es conformaria a recordar als polítics que els correspon actuar sota la mirada de la comunitat internacional.⁸ Pel que fa a saber si, arribat el moment, aquests

4 Primera sessió, 40a legislatura, 60-61 Elizabeth II, 2011-2012-2013.

5 LC, 2000, cap. 26, comunament anomenada Llei sobre la claredat.

6 LRQ, capítol E-20.2.

7 1998 CanLII 793 (CSC), [1998] 2 RCS 217.

8 No obstant això, el Tribunal d'Apel·lació del Quebec ha declarat com a vàlida una acció dirigida a fer declarar inconstitucional la Llei sobre l'exercici dels drets fonamentals i de les prerrogatives del poble quebequès i de l'Estat del Quebec: *Henderson c. Québec (fiscal general)*, 2007 QCCA 1138 (CanLII). Que jo sàpiga, encara no s'ha pronunciat cap decisió sobre aquest tema.

es comportarien d'acord amb una ètica de convicció, que els autoritzés a arremetre amb els ulls tancats sense preocupar-se per les conseqüències o si, al contrari, actuarien en el respecte d'una ètica de responsabilitat que empeny de vegades el polític més audaç a afirmar «No puc fer una altra cosa, jo m'aturo aquí»,⁹ no correspon als tribunals decidir-ho.

Alguns autors, com ara Daniel Turp, sostenen que la Llei de claredat adoptada l'any 2000 és «*ultra vires* a causa d'imprecisió constitucional».¹⁰ Crec que és fàcil de trobar en la Remissió relativa a la secessió del Quebec principis prou precisos per marcar una línia ben estreta entre la legalitat i la il·legalitat constitucional d'aquesta llei. Sigui com sigui, crec que un analista menys obertament militant que el meu col·lega Turp no trobarà res en la Remissió relativa a la secessió del Quebec, ni en tota la història política de les federacions, o fins i tot en el dret internacional, que prohibeixi al govern central d'un estat federal de plantejar gestos polítics pacífics –insolents als ulls d'alguns, hi estic d'acord– amb l'objectiu d'evitar que una entitat federada actuï de manera aïllada. Als qui pensen el contrari, cal prescriure'ls immediatament un curs de *realpolitik*.

D'altra banda, l'argument segons el qual el govern central d'un estat federal *està jurídicament obligat* a romandre indiferent a qualsevol intent de desmembrar el seu propi ordre jurídic, sota el pretext que el govern/nació d'un ordre jurídic federat ho vol així, sempre m'ha semblat d'una ingenuïtat sorprenent. El pensador alemany Carl Schmitt, malgrat les seves afiliacions sulfuroses,¹¹ planteja propostes interessants sobre la naturalesa del pacte federal. Després d'haver definit la federació com «una unió duradora, que reposa sobre un lliure conveni, que serveix a l'objectiu comú de la conservació política de tots els membres de la federació», afegeix que aquesta federació «modifica l'estatus polític global de cada membre de la federació

9 Weber, Max, «La profession-vocation de politique», a *Le savant et le politique* (trad. de Catherine Colliot-Thélène), París, La Découverte, 2003, p. 204.

10 Daniel Turp, «Les Québécois ont le droit de choisir leur avenir», *Le Devoir*, 28 de gener de 2013. <http://www.ledevoir.com/politique/canada/369402/les-quebecois-ont-le-droit-de-choisir-leur-avenir>.

11 A propòsit del pensament de Schmitt i del seu passat tèrbol, vegeu Freund, Julien, «Les lignes de force de la pensée politique de Carl Schmitt», *Nouvelle École*, vol. 44, 1987, p. 11-27; del mateix autor, «Prefaci», a *La notion de politique*, *op. cit.*, nota *, p. 7-38; i Schlegel, Jean-Louis, «Introduction», a *Théologie politique (1922, 1969)* (trad. de Jean-Louis Schlegel), Gallimard, 1988, p. i-xvii; del mateix autor, «Schmitt Carl -- (1888-1985)», *Encyclopædia Universalis* [en línia], URL: <http://www.universalis-edu.com/encyclopedia/carl-schmitt/> [consultada el 3 de març de 2014].

en funció d'aquest objectiu comú».¹² En conseqüència, continua, i el matís és important, si la federació és un lliure pacte pel que fa a la seva conclusió, «no és un lliure pacte en el sentit d'un contracte lliurement revocable a voluntat».¹³ Encara que Schmitt no hagi contemplat mai el federalisme des d'un punt de vista liberal, i encara que jo desaprovi la concepció monista de la comunitat política subjacent a la seva concepció de federalisme,¹⁴ no és menys cert que la conclusió esmentada s'aplica, sens dubte, a un estat federal demoliberal com és el Canadà. Tal com deia el Tribunal Suprem en la Remissió relativa a la secessió del Quebec: «Els fils de milers de concessions mútues teixeixen la tela de la nació [entenguem aquí la federació]»,¹⁵ i aquests llaços tan estrets no es poden trencar unilateralment.

Al meu entendre, la pertinència d'una llei federal sobre la claredat del referèndum no té a veure amb la seva legalitat constitucional, sinó amb tota una altra cosa. I per comprendre millor el meu punt de vista, és important subratllar la importància del que abans he anomenat el factor *temps*.

És impossible saber *avui* si les lleis federals i quebequeses adoptades actualment o que potser s'adoptaran demà tindran o no un impacte jurídic o polític determinant sobre l'eventual decisió política que es prendrà després de la revelació del resultat d'un vot referendari. Ningú no pot predir el futur. Ningú no sap actualment quina pregunta es farà i quants quebequesos donaran suport a una opció o a l'altra. Són les circumstàncies les que dictaran la solució adoptada. La decisió presa *en aquest moment* serà eminentment política en tot el sentit de la paraula. Amb això, vull dir que no plantejarà simplement la qüestió de saber si està d'acord amb les normes abstractes que fonamenten actualment els punts de vista de les diferents parts, sinó que es basarà igualment en una avaluació de les relacions de poder que el conflicte engendrarà ineluctablement. La política no és simplement un assumpte de conviccions i de teories normatives, per bé que s'interessa igualment, sinó

12 *Théorie de la constitution* [1928], PUF, 1993 (col. «Léviathan»), p. 512.

13 Ídem, p. 513.

14 Pel que fa a la idea schmittiana del federalisme, llegiu el destacable estudi de Cyr, Hugo, «Fédéralisme et le concept du politique chez Carl Schmitt: Le problème de l'homogénéité de l'unité politique et du pluralisme fédéral», a Seymour, Michel; Laforest, Guy (dir.), *Le fédéralisme multinational: un modèle viable?*, Brussel·les, 2011 (col. «Diversitas»), p. 37-72.

15 Remissió relativa a la secessió del Quebec, cit., nota 7, par. 96; el Tribunal citava aleshores un passatge extret de l'informe oral del fiscal general de Saskatchewan.

principalment, per l'acció, en les diferents formes de poder, i pels contextos on es despleguen aquesta acció i aquests poders.

Ara bé, malgrat la brutalitat de la seva proposta per a orelles liberals, i encara que algú es pugui sentir neguitejat per la radicalitat del criteri *amic/enemic* que ell enuncia per distingir la relació política de tots els altres tipus de relacions,¹⁶ el pensador Carl Schmitt projecta una llum crua, però prou il·lustrativa, sobre les estretes relacions mantingudes entre el dret, el poder, la sobirania i l'acció política. M'agradaria parlar una mica sobre aquest tema abans de tornar al meu examen de la pertinència de la llei federal sobre la claredat referendària.

En un cèlebre aforisme, Carl Schmitt afirmava que «És sobirà qui decideix una situació excepcional».¹⁷ Igualment, declarava que «la qüestió de la sobirania és, de fet, la qüestió que resol el conflicte existencial últim».¹⁸ En una situació excepcional com ara un intent de secessió pel Quebec, el Govern del Canadà mobilitzarà les normes de l'ordre jurídic i constitucional actualment en vigor per impugnar les pretensions del Quebec. A l'inrevés, argumentant precisament el caràcter anormal de la situació, un eventual govern secessionista rebutjarà l'aplicació d'aquestes normes federals si li són desfavorables. De fet, buscarà més aviat crear una nova normalitat, és a dir, establir les condicions materials que li permetin fundar un nou ordre jurídic i constitucional. I per tal de fer-ho, invocarà l'existència d'un *nos-*

16 Per a Schmitt (*La notion de politique*, *op. cit.*, nota *, p. 66-67), el «principi d'identificació» d'allò polític, la distinció que li és pròpia, aquella «a la qual es poden remetre els actes i els mòbils polítics, és la discriminació entre l'amic i l'enemic. Aquesta distinció proporciona un principi d'identificació que té valor de criteri, i no una definició exhaustiva o àmplia. En la mesura en què aquesta no es dedueixi d'algun altre criteri, correspon, en l'ordre d'allò polític, als criteris relativament autònoms de diverses altres oposicions: el bé i el mal en la moral, la bellesa i la lletjor en l'estètica, etc. [...] El sentit d'aquesta distinció de l'amic i l'enemic és expressar el grau extrem d'unió i de desunió, d'associació i de dissociació; pot existir en la teoria i en la pràctica, sense per això exigir l'aplicació de totes aquestes distincions morals, estètiques, econòmiques o altres. L'enemic polític no serà necessàriament dolent en l'ordre de la moralitat o lleig en l'ordre estètic, no exercirà forçosament el paper d'un competidor a nivell de l'economia; podrà fins i tot, si es dóna l'ocasió, semblar avantatjós fer negocis amb ell. Passa simplement que ell és l'altre, l'estranger...».

17 Carl Schmitt, *Théologie politique* (1922), a *Théologie politique* (1922, 1969) (trad. de Jean-Louis Schlegel), Gallimard, 1988, p. 15.

18 *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, nota 12, p. 518.

altres exclusiu que faci de poder constituent. Tornarà al *poble*,¹⁹ per tant, o més exactament a l'estat que el representa,²⁰ la responsabilitat de designar l'enemic i de fundar el nou ordre jurídic.

En efecte, en aquest context d'incertesa i de confusió, serà sobirà qui resolgui el conflicte existencial últim en definir –en decidir– d'una vegada per totes quin serà l'ordre jurídic aplicable. Parafrasejant Schmitt, la decisió s'imposarà aleshores en tota la seva potencialitat.²¹ Efectivament, per a aquest últim, la situació d'excepció no està desproveïda de significació jurídica i, encara que «escapa a qualsevol formulació general, [...] revela un element formal específic de natura jurídica, la decisió, en la seva absoluta puresa».²² Per a ell, la situació d'excepció revela, per tant, que, contràriament a allò que creuen els normativistes, «fins i tot l'ordre jurídic es basa,

19 Vegeu citació en epígraf d'aquest text, *op. cit.*, nota *. Aquesta responsabilitat torna al poble, ja que «només una comunitat existencial d'interessos i d'acció fa possible aquesta rectitud del discerniment i de la intuïció que permet una intervenció en el debat i en el judici. En la situació extrema en què hi hagi un conflicte agut, la decisió correspon únicament als adversaris concernits, cadascun dels quals, especialment, és l'únic a poder decidir si l'alteritat de l'estranger representa, en el cas concret d'un conflicte d'aquest tipus, la negació de la seva pròpia forma d'existència [...] L'enemic no pot ser altra cosa que un conjunt d'individus agrupats, que afronta un conjunt de la mateixa natura i està compromès en una lluita com a mínim virtual, és a dir, efectivament possible»; ídem, p. 65 i 67.

20 «L'Estat, unitat essencialment política, disposa del *jus belli*, és a dir, de la possibilitat efectiva de designar l'enemic, si és el cas, per una decisió que li sigui pròpia, i de combatre'l»; ídem, p. 84 (la cursiva és meua).

21 Schmitt (*Théorie de la constitution*, *op. cit.*, nota 12, p. 518) afirmava que «L'essència de la Federació rau en el dualisme de l'existència política, en una combinació d'associació federativa i d'unitat polítiques d'una banda, i de persistència d'una pluralitat d'unitats polítiques diferents de l'altra banda. Per si mateixa, aquesta situació fluctuant hauria d'originar nombrosos conflictes que cal resoldre». Tenint en compte la seva concepció decisionista i autoritària de la sobirania, concepció monista per excel·lència, l'existència mateixa d'una federació depenia, segons ell, del manteniment d'aquesta «situació fluctuant». Dit d'una altra manera, una federació només existeix mentre no es resolgui el «conflicte existencial últim». En resum, mentre «resta sempre pendent [la qüestió de la sobirania] entre Federació i estats membres» (ídem, p. 519). Tal com ho explica Olivier Beaud, «aquell dels dos que aconsegueixi resoldre el conflicte serà el sobirà, i la seva dominació destruirà l'equilibri (que fonamenta la unitat federativa) entre la Federació i els estats membres»; Beaud, Olivier, «Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération», *Revue du Droit Public*, 83, 1998, p. 112.

22 Schmitt, *Théologie politique*, *op. cit.*, nota 17, p. 23.

com qualsevol ordre, en una decisió i no en una norma».²³ Aquesta decisió és absolutament essencial, ja que, si de cas hi manca, i la situació d'excepció en dóna testimoni, el mateix dret esdevé impensable. Respecte d'això, la decisió s'inscriu en un marc jurídic en el qual permet «cre[ar] la situació en què unes proposicions de dret poden entrar en vigor».²⁴ Schmitt expressa així el vincle que estableix entre decisió i sobirania:

Qualsevol norma general exigeix una organització normal de les condicions de vida, en què pugui aplicar-se segons les realitats existents i que sotmet a la seva reglamentació normativa. La norma necessita un medi homogeni. De fet, aquesta normalitat no és una simple “condició prèvia externa” que el jurista pugui ignorar; pertany, ben al contrari, a la seva validesa immanent. No hi ha cap norma que hom pugui aplicar a un caos. Cal que s'estableixi l'ordre per tal que l'ordre jurídic tingui un sentit. És necessari que es creï una situació normal, i aquell és sobirà per decidir definitivament si aquesta situació normal existeix realment. Qualsevol dret és “dret en situació”. El sobirà estableix i garanteix la situació en la seva totalitat, i té el monopoli d'aquesta decisió última. Aquí rau l'essència de la sobirania de l'Estat, i jurídicament la definició justa que li pertoca no és la d'un monopoli de la coerció o de la dominació, sinó d'un monopoli de la decisió [...]. El cas d'excepció revela amb la màxima claredat l'essència de l'autoritat de l'Estat. Es aquí on la decisió se separa de la norma jurídica, i (per formular-ho paradoxalment) on l'autoritat demostra que, per crear el dret, no hi ha cap necessitat d'estar en el seu dret.²⁵

El decisionisme schmittià planteja evidentment molts problemes. Malgrat tot, Schmitt ha tingut el gran mèrit de revelar que en una situació excepcional, per exemple en ocasió d'un vot referendari, les normes que permetin posar fi a l'atzucac no tindran pas tota la claredat que hom els atribueix. La resolució de la qüestió existencial no passarà simplement per l'aplicació mecànica de normes *a priori*. Caldrà prendre una decisió en un context d'incertesa. A més, en sacsejar les pretensions dels normativistes purs i durs, Schmitt ha revelat clarament que una situació excepcional fa

²³ Ídem, p. 20.

²⁴ Ídem, p. 23, vegeu també la pàgina 39 i *La notion de politique*, op. cit., nota *, p. 85. Tal com diu Julien Freund: «L'autoritat, és a dir, la decisió política, és en aquest cas legisladora. La noció de sobirania confereix l'autoritat a l'autoritat mateixa»; Freund, Julien, «Les línies de força del pensament polític de Carl Schmitt», op. cit., nota 11, p. 18.

²⁵ Schmitt, *Théologie politique*, op. cit., nota 17, p. 23-24.

intervenir dos dels principals components empírics d'allò polític: el poder i la distinció amic/enemic.

Per als objectius d'aquest text, el pensament schmittià té igualment un altre mèrit, en tant que permet revelar el perill de concebre la pertinença política en un estat federal a partir d'un model monista enlloc d'un model plural. Així doncs, una de les dimensions més problemàtiques de la concepció schmittiana d'allò polític es deu precisament al fet que es basa en una definició monista de la pertinença política. Una definició segons els termes de la qual un ciutadà no pot en cap cas desenvolupar més d'una pertinença política, ja que només pot formar part d'una única «comunitat política» o «unitat política».²⁶ Segons Schmitt, la nació constitueix aquesta unitat política primera,²⁷ a la qual correspon la responsabilitat de definir tan l'enemic exterior com «l'enemic de dins».²⁸

Així, de la mateixa manera que diversos pensadors que, com ell, han fet del nacionalisme metodològic el seu instrument epistemològic preferit,²⁹ Schmitt suposa l'homogeneïtat sense fissures d'aquesta nació, d'aquest «ser polític», per recuperar l'expressió d'Hugo Cyr.³⁰ Tal com ha subratllat finament aquest autor, si posem l'accent sobre la distinció amic/enemic, és

26 *La notion de politique*, op. cit., nota *, p. 83-84: «En realitat, no existeix societat o associació política, només hi ha una *unitat* política, una *comunitat* política. Amb la possibilitat efectiva d'un reagrupament en amics i enemics n'hi ha prou per crear, més enllà del que només seria societat o associació, una unitat la voluntat de la qual és determinant, que és una realitat específicament altra i un centre de decisió respecte de les altres associacions. Si aquesta unitat no existeix, ni que sigui virtualment, la política mateixa deixa d'existir».

27 *Théorie de la constitution*, op. cit., nota 12, p. 369-371, i molt especialment p. 371; i Schmitt, Carl, *The Crisis of Parliamentary Democracy* [1926] (trad. d'Ellen Kennedy), Cambridge (Mass.), MIT Press, 1988 (2a ed.), p. 9; vegeu igualment Cyr, «Fédéralisme et le concept du politique chez Carl Schmitt: Le problème de l'homogénéité de l'unité politique et du pluralisme fédéral», op. cit., nota 14.

28 *La notion de politique*, op. cit., nota *, p. 86.

29 A propòsit del nacionalisme metodològic i de l'holisme metodològic, vegeu Leclair, Jean, *Le fédéralisme comme refus des monismes nationalistes*, a Karmis, Dimitrios; François, Rocher (dir.), *La dynamique confiance-méfiance dans les démocraties multinationales: Le Canada sous l'angle comparatif*, Quebec, Presses de l'Université Laval, 2012, p. 209-243; <http://ssrn.com/abstract=1927356>; «“Vive le Québec libre!” Liberté(s) et fédéralisme», *Revue Québécoise de Droit Constitutionnel*, vol. 3, 2010, 11 p.: <http://ssrn.com/abstract=2321322>; i «Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales», *Lex Electronica*, vol. 14, 2009, 18 p.: <http://ssrn.com/abstract=1749523>.

30 Cyr, «Fédéralisme et le concept du politique chez Carl Schmitt: Le problème de l'homogénéité de l'unité politique et du pluralisme fédéral», op. cit., nota 14, p. 60.

a dir, sobre l'*Altre*, Schmitt va assumir que la composició de l'ésser polític no era causa de controvèrsia, i que aquest últim tenia, a nivell empíric, tota l'homogeneïtat i la concreció que hom l'hi atribuïa. Schmitt no va contemplar –o es va negar a contemplar– que els membres d'aquest ésser polític podien cultivar més d'una pertinença política i reivindicar més d'un marcador identitari, com és sovint el cas en un règim federal.³¹ En resum, la identitat individual dels membres d'una comunitat política federal pot perfectament ser plural enlloc de ser monista.

Quin ensenyament es pot extreure del que s'ha esmentat pel que fa al rol del poder i del dret –i més específicament del dret federal– en el procés d'independència del Quebec?

Al meu parer, la pertinència d'una llei federal sobre la claredat referendària té menys a veure amb el seu eventual impacte jurídic, molt hipotètic, que amb la seva capacitat de revelar *avui* que, en tota aquesta qüestió de l'adopció de lleis relatives a les modalitats del procés d'independència del Quebec, l'exercici del poder –i el seu abús potencial– no depèn únicament d'Ottawa. Més específicament, en rebatre el punt de vista nacionalista defensat pels partits polítics independentistes, una llei d'aquestes característiques permet que les crítiques evidencin la part de poder que forma part de la mateixa construcció nacional quebequesa. Per tant, permet aixecar el vel sobre el caràcter pretesament natural de la nació quebequesa, de l'ésser polític quebequès. I autoritza qui vulgui a demostrar que la nació no cobreix, com ho fa un llençol al voltant d'un matalàs, la totalitat de la societat civil quebequesa.

Dit d'una altra manera, la utilitat d'una llei federal, sigui quin sigui el seu contingut, és la d'obligar els defensors de l'opció nacionalista quebequesa a mobilitzar el conjunt dels mitjans a la seva disposició per convèncer-nos de les veritats a les quals donen suport. Una llei federal imposa així una obligació de justificació a aquells que clamen, parafrasejant André Frossard, «la Nació existeix, jo l'he trobat». Millor per a ells, però n'hi ha que romanen escèptics. En fer-ho, una llei com aquesta és perfectament legítima en el sentit que obliga els nacionalistes a fer la demostració que és empíricament vertadera la suposada unanimitat de la comunitat política quebequesa –francòfona, en particular– entorn del concepte de nació, tal com defineixen els defensors del Partit Quebequès.

31 Ídem, p. 64-65.

Per fer-me comprendre millor, vull mostrar de quina manera l'enfocament normatiu abstracte actualment utilitzat per defensar l'opció nacionalista té el gran avantatge de presentar la llei federal com l'únic vector d'una forma de poder –abusiu, en aquest cas. El meu objectiu és mostrar com, des del punt de vista dels *membres* de la comunitat política quebequesa, el poder, si n'hi ha, és igualment exercit pel partit que porta les regnes de l'Estat quebequès quan aquest últim es fa portaveu d'una *nació*, entesa com una comunitat política que només tindria un únic centre, concepte que, com a conseqüència, desqualifica radicalment qualsevol afiliació que s'estengui més enllà de les fronteres de la nació. Això és oblidar que la nació és una construcció que no té res de natural i que només té valor per a aquells que s'hi adhereixen. I és oblidar també que s'ha mobilitzat un conjunt de recursos per suscitar l'adhesió dels membres de la comunitat política a aquest projecte. Ara bé, diversos membres de la comunitat política quebequesa reconeixen més d'una pertinença política, i això amb tota legitimitat, ja que ells formen part d'un estat federal que ara té més de 150 anys.

La primera teoria política –o enfocament normatiu abstracte– invocada pels nacionalistes és de natura jurídica, i consisteix essencialment a afirmar que el «dret dels pobles a l'autodeterminació» autoritza el Quebec a decidir per si sol el seu futur. Aquest dret derivaria d'una qualitat o d'una propietat *inherent* i única compartida només pels *pobles*. Un altre enfocament normatiu, parent del primer, consisteix a afirmar que seria il·legítim, immoral o il·legal obstaculitzar el dret de les nacions a desenvolupar el seu ple potencial: aquestes nacions tenen el dret a metamorfosar-se de crisàlides en papallones estatals independents.

A la llum d'aquests dos enfocaments teòrics, el poder és examinat com si s'exercís *sobre* el poble quebequès o la nació quebequesa. I, des d'aquesta perspectiva, una llei federal sobre la claredat referendària és il·legítima, ja que, tal com diu la Llei sobre l'exercici dels drets fonamentals i de les prerrogatives del poble quebequès, «pretén tornar a qüestionar la legitimitat, la integritat i el bon funcionament de [...] [les] institucions democràtiques nacionals [quebequeses]». ³² Constitueix, per tant, des d'aquest punt de vista, un abús de poder intolerable.

Aquests enfocaments teòrics són particularment útils, potents i eficaços en la mesura que, en primer lloc, presenten el poder com si s'exercís en un

32 Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec, cit., nota 3, onzè considerant.

sol sentit, com una pressió exercida pel Canadà anglès sobre el Quebec. En contrapartida, aquest enfocament oculta la qüestió del poder que ha fet possible la construcció de la nació quebequesa. De fet, presumeix de la seva materialitat ontològica. En segon lloc, aquestes teories són útils en la mesura en què permeten desacreditar qualsevol referència al context particular en què es van desplegar els drets del poble o de la nació. Efectivament, segons aquests enfocaments teòrics, el caràcter ètic o legal de l'acció política es mesura segons la seva conformitat amb un principi abstracte director, és a dir, amb la seva conformitat amb un ideal. Atès que la política no es contempla com l'art de pensar l'acció, el poder i els interessos, aquests enfocaments no s'interessen, per tant, per les *condicions d'assoliment* de l'ideal ni, en conseqüència, pels contextos d'aquest assoliment. Així, en aquesta escala d'abstracció, hom pot afirmar tranquil·lament: «Kosovo, Sudan del Sud i el Quebec: el mateix combat».

Aquests enfocaments normatius, en la seva abstracció, no busquen justificar per què els membres de la comunitat política del Quebec han d'inserir-se necessàriament en les tres categories que estableix la Llei sobre l'exercici dels drets fonamentals i de les prerrogatives del poble quebequès, és a dir, el «poble quebequès, majoritàriament de llengua francesa» i els drets del qual s'exerceixen «per mitjà d'un estat nacional modern»; una «comunitat quebequesa d'expressió anglesa» i, finalment, unes «nacions» autòctones.

El projecte nacionalista, com la llei quebequesa, dona per fet una imatge schmittiana de la comunitat quebequesa en què només importen els grups, i en què el quebequès francòfon veu els seus drets exercits en la seva totalitat per un estat nacional quebequès. Per què la nació s'hauria de beneficiar d'una prioritat canònica que suplantaria totes les altres maneres de concebre la comunitat política quebequesa? Per què no hi hauria d'haver una altra cosa que la nació a l'horitzó (de significat) dels nostres universos polítics respectius? I si aquest horitzó nacional existeix, és un producte espontani de la natura, o potser podria ser el resultat d'un conjunt complex de relacions de poders?

Se'm retraurà, però, que la meua postura intel·lectual que qüestiona el caràcter *intemporal* de la nació injuria la lluita dels meus propis ancestres canadencs-francesos. Jo respondria que caldria mirar de no retrocedir gaire lluny en el temps, ja que la nació, o més específicament, l'estat-nació és un fenomen relativament recent en la història de l'Occident (principi del segle XIX, com a màxim). Sempre hi ha hagut comunitats polítiques, però no

sempre nacions en el sentit normatiu tal com s'entén avui, és a dir, comunitats de fe i d'acció articulades entorn d'una concepció totalitzadora de la cultura, o sigui, d'una definició de la cultura que fa d'aquesta una esponja que absorbeix totes les essències socials, econòmiques i, evidentment, culturals en el sentit estricte de la paraula, una concepció que fa de la recollida d'escombraries domèstiques una activitat cultural tan fonamental com la política museística d'un estat. Tot és cultural, per tant tot és nacional; així doncs, tot és competència de l'Estat quebequès. No hi ha lloc, en aquesta lògica, per a cap rival polític. On rau, en aquesta representació del món, el ciutadà quebequès que, en tant que forma part d'un estat federal, considera beneficiós cultivar més d'una pertinença política?

És possible, sens dubte, de reconèixer el caràcter singular, sinó únic, de la cultura quebequesa, sense que per això calgui necessàriament atorgar-li una homogeneïtat i una uniformitat de contingut que no té. Efectivament, si la *cultura* s'entén com «un conjunt de termes... un conjunt de conceptes, als quals [els membres d'una cultura determinada] recorren per formular el seu pensament»³³ —la qual cosa supera la simple diferència lingüística—, aleshores no es pot reduir a un corpus de nocions o d'idees substancials suposadament compartides pels membres.³⁴ És cert que la cultura forja el mode de pensament i d'expressió d'una comunitat, però no ho és que porti tots els seus membres a pensar de la mateixa manera. A partir de referents culturals idèntics, els membres d'una comunitat poden perfectament mantenir desacords profunds els uns amb els altres. La cultura d'una comunitat determinada no és una alforja carregada per idees i conviccions idèntiques que tots els seus membres portarien en bandolera. És una manera de apprehendre el món feta de mots, de referències i de conceptes modelats per la història. Així, a causa del seu itinerari històric particular, els quebequesos tenen potser una manera única d'abordar la relació religió-estat. No obstant això, tal com ho confirma el debat actual sobre el projecte de la Carta sobre la laïcitat de l'Estat quebequès, això no significa que siguin unànimes sobre aquesta qüestió, res més lluny de la realitat! Finalment, una cultura no beu només en la seva pròpia font; roman sempre permeable a les influències estrangeres.

33 Webber, Jeremy, «Un nationalisme ni chauvin ni fermé», *Les Cahiers de la Fondation Trudeau*, 3, 2011, p. 88.

34 Ídem, p. 87: «Les cultures no estan marcades per un acord de voluntat».

Tornem un instant a la suposada anterioritat de l'existència de la nació. El simple fet de recórrer a un concepte no és suficient, per si mateix i en absència de forces socials, econòmiques i polítiques concretes, i, per tant, de poder, per fer-ne una realitat empírica. Si el castor, l'ant del Canadà i la flor de lis existien, encara que semblí impossible, abans que hom els donés nom i els conceptualitzés, no passa el mateix amb la nació, ja que existeix en l'única mesura en què uns individus escullen adherir-se al projecte narratiu que ella representa. La nació no existeix independentment dels qui hi creuen, no ens forja a pesar nostre. No és una entitat objectiva ontològicament independent dels qui la constitueixen. Erasme va dir: «per a què serveix l'home, si Déu hi actua com el terrissaire en l'argila?». Jo aniria més lluny i preguntaria: «per a què serveix el ciutadà, si la nació hi actua com el terrissaire en l'argila?».

En realitat, no és només que la nació no ens forja a pesar nostre, sinó que es produeix tot el contrari. I, insisteixo en aquest punt, aquest procés de materialització col·lectiva recorre al poder, o, més aviat, als poders en plural. Se sorprendria algú si s'assabentés, per exemple, que la tendència conservadora i poc favorable a la sobirania popular del nacionalisme quebequès dels anys posteriors al 1840 s'explicava pel poder exercit per l'església catòlica sobre els assumptes de l'Estat?³⁵

L'adopció d'una llei federal sobre la claredat referendària, en la mesura en què, en parlar només de *població*, desplaça l'accent de la nació vers els membres que componen la comunitat política quebequesa (cosa que no fa el projecte de llei C-470, que continua, al seu torn, a caminar amb esclips nacionalistes), una llei com aquesta, al meu entendre, té almenys la virtut de sacsejar l'edifici narratiu dels nacionalistes. Igualment, té el potencial de mostrar que la nació no és una entitat dotada d'una voluntat subjectiva pròpia, que no és altra cosa que allò que els qui s'hi adhereixen en volen fer. Que la voluntat de la nació no es confongui, en tot i per a tot, amb la de l'Estat quebequès, ja que no tots comparteixen els punts de vista d'aquest últim.

Una llei federal sobre la claredat referendària que sacseja els fonaments epistemològics i ontològics de la nació permet «desnaturalitzar» aquesta, planteja les qüestions que es refusen d'entendre: per què caldria absolutament organitzar totes les nostres interaccions socials sota l'ègida d'una

35 Lamonde, Yvan, *Historien et citoyen. Navigations au long cours*, Mont-real, Fides, 2008, p. 64.

nació que només implica un sol centre? Per què la nació hauria de ser el referent identitari no negociable a partir del qual tot seria mesurat, per tots, i en totes les circumstàncies? Per què no se la podria considerar simplement com *un* dels referents importants, entre d'altres, a partir dels quals es trien opcions polítiques? Per què els individus es veurien impulsats per un únic i mateix principi, sigui quina sigui la naturalesa de la seva situació real? Què és el que ens permet creure en la realitat d'aquesta perspectiva cartesiana de la vida humana, perspectiva que limita radicalment l'extensió dels *béns* (*goods*) perseguits per una persona? Què és el que explica que la nació sigui considerada com un concepte natural i indispensable fins al punt que és impensable per a alguns d'imaginar una societat civil que no s'hi pugui dissoldre? Per què no hi hauria res entre la deliquescència total de qualsevol solidaritat social en una societat civil informe i la necessitat d'una relació de fusió amb una nació que m'engloba i em supera? Per què, repeteixo, la idea d'una doble pertinença política és un anatema?

Que l'ideal de la nació pugui influir sobre la manera d'actuar dels actors és absolutament incontestable. N'hi ha uns quants que donarien la seva vida per aquest ideal. No obstant això, no cal exagerar la capacitat d'aquest ideal per influir, *pel simple fet de la seva iteració*, sobre el comportament dels ciutadans que constitueixen una comunitat política. Siguí quina sigui la bellesa de l'ideal als ulls del profeta i dels seus deixebles, no hi ha res que digui que aquest ideal tindrà un efecte especial sobre el comportament del conjunt de la població. Fins i tot si tots els juristes del món admetessin el caràcter absolutament incontestable del dret a l'autodeterminació dels pobles, d'això no se'n derivaria que tots els quebequesos volguessin automàticament portar-la a terme. Mai no és la nació qui decideix, sinó els membres de la comunitat política. L'argila hi té alguna cosa a dir.

Un ideal no s'autorealitza. I l'ideal nacionalista no se n'escapa. El seu èxit o el seu fracàs s'explica per una modificació de les relacions de poder, relacions de poder a vegades ocultes per les teories normatives abstractes. Em permeto una analogia amb la qüestió autòctona. En una lògica de *drets subjectius*, la mobilització del concepte d'igualtat individual per les dones autòctones és sovint condemnat com un atac als fonaments comunitaris de la cultura autèntica autòctona. Però si s'examina la qüestió amb la idea del poder al cap, l'anàlisi adquireix el color següent: les dones que mobilitzen el concepte d'igualtat no traeixen en res l'autenticitat cultural autòctona, cerquen més aviat de modificar les relacions de poder que existeixen actualment dins de les comunitats polítiques autòctones.

Respecte d'això, es pot afirmar que els quebequesos que reclamen una pregunta clara, no traeixen la comunitat política quebequesa, volen simplement posar sobre la taula el fet que el partit al poder, en la mesura en què aquest no demana l'opinió dels partits de l'oposició, intenta imposar una concepció esbiaixada de la composició de la comunitat política quebequesa. Aquest partit, si és majoritari, pot mobilitzar els recursos de l'Estat, que no és poca cosa. Igualment, pot disposar del poder simbòlic legítimament exercit per diversos intel·lectuals nacionalistes, alguns dels quals arribaran a parlar de la nació com si haguessin menjat alguna vegada del mateix plat. No cal dissimular el poder que entra activament en la construcció d'una nació la materialitat ontològica de la qual no s'ha definit per si sola, en la mesura que l'expressió dels membres del poble no s'ha fet sentir. Ara bé, precisament l'objecte d'un referèndum sobre l'accés del Quebec a la sobirania és materialitzar allò que, fins al present, continua sent una aspiració i no una realitat: una nació única i indivisible.

Hom recordarà que Claude Ryan va dir de la Llei de claredat que equivalia a col·locar el Quebec sota tutela.³⁶ Jo diria més aviat que qualsevol llei, federal o provincial, dirigida a enfonsar-nos en el formigó d'una definició identitària determinada, representa posar sota tutela els *membres* de la comunitat política quebequesa o canadencs. I, quant a la reflexió de Ryan, confesso que si amb el simple fet que Ottawa hi expressi la seva desaprovació n'hi ha prou per trastornar la «nació» quebequesa, és que aquesta última deu tenir una salut ben fràgil.

Se'm dirà, no obstant això, que una llei federal pot presentar també una visió de la nació, canadencs en aquest cas, també totalment inexacta. Hi estic d'acord. Però, i és això precisament el que intento demostrar, si el Govern federal actua d'aquesta manera, li caldrà al seu torn, sota el seu risc, fer la demostració d'això que exposa. La crítica intentarà humiliar-lo. En resum, mentre que els emperadors nacionalistes federal i quebequesos es passejaren de pèl a pèl, els ciutadans potser podran reflexionar sobre aquestes qüestions complexes tot fent ús de la seva raó, de la seva voluntat i no simplement de la seva fe en una religió secular qualsevol. La meua esperança és que ells disposin aleshores la seva confiança en qui, entre els dos nivells de govern, els tracti menys com a imbècils.

36 Informació extreta de Seymour, Michel, *Le pari de la démesure. L'intransigence canadienne face au Québec*, Quebec, Les Éditions de l'Hexagone, 2001, p. 199-200.

Si algú pensa que sóc un nacionalista *canadenc*, és que no em coneix bé. Tal com he defensat en un altre lloc,³⁷ el federalisme per a mi troba la seva virtut en el fet que em permet no donar la raó a dos projectes nacionalistes diverses facetes dels quals –no totes– em són igualment àrides. El que m'agrada de la dinàmica federal és aquesta manera que té d'obligar els dos nivells de govern a pensar el món d'una manera veritablement plural per oposició a la monista.

La meva esperança, per tant, és que una llei federal permeti obrir la porta a una mica de reflexió. És veritat que el dret es pot revelar com un instrument de poder extremadament potent, i que també pot servir a la causa d'un enfocament totalitzador en la mesura que permet que els ideòlegs captin metafòricament allò social en la seva totalitat. En altres paraules, pot servir una causa ideològica en transformar una veritat parcial en veritat absoluta. No obstant això, el procés concret d'institucionalització que suposa, en un univers democràtic, pot obrir la porta a la reflexió i, per tant, a la crítica. Així, pel sol fet que la llei federal existeix, obliga els defensors de la causa nacional a denunciar-la. En conseqüència, ells han d'intentar explicar-nos per què la seva visió del teixit social i polític quebequès és la més justa. Igualment, han d'establir un vincle cognitiu entre el seu ideal i la realitat. I es presenta aleshores l'ocasió per a persones com jo d'argumentar amb ells, de fer-los comprendre, per reprendre allò que va escriure Louis-Antoine Dessaulles a Mgr. Bourget, «[q]ue no és negant la nostra raó com ells podran donar-nos una elevada idea de la seva».³⁸ En resum, fer-los comprendre que la comunitat política del Quebec no es dissol pas totalment en la nació quebequesa i que es pot preferir cultivar dues pertinences polítiques, no per amor a les Rocalloses, sinó perquè hom troba més avantatjós oposar el poder al poder. Igualment, fer-los recordar que alguns quebequesos es defineixen de manera diferent en la seva relació de dependència umbilical amb la imatge nacional que és *l'Altre*, l'anglès encarnat pel Canadà anglès i, ara, *l'Estranger* encarnat pel vel musulmà. Els assenyalaria també que els actors polítics o els filòsofs no han de confondre mai les seves reflexions o intuïcions normatives amb la realitat de les relacions mantingudes pels humans en la concreció del món viscut. Els recordaria que tots nosaltres hem de repetir-nos cada dia que res no ens permet d'afirmar que les nostres

37 Leclair, *Le fédéralisme comme refus des monismes nationalistes*, op. cit., nota 33; i «“Vive le Québec libre!” Liberté(s) et fédéralisme», op. cit., nota 29.

38 Lamonde, *Historien et citoyen. Navigations au long cours*, op. cit., nota 35, p. 139.

reflexions normatives, per molt coherents que siguin en el món de les idees, han de dictar o dictaran un dia l'acció política.

El meu col·lega Daniel Turp escrivia fa algun temps: «La llei sobre la claredat no privarà mai el Quebec, el seu parlament i el seu govern, de la seva llibertat de formular el projecte de futur que creu el millor per als seus ciutadans i les seves ciutadanes». ³⁹ Jo hi estic completament d'acord. I res no els ho impedeix. Certament no pas la Llei de la claredat. Potser sí que aquesta llei contribuirà a despullar l'emperador, però això ja és una altra història. Seran les «ciutadanes i els ciutadans del Quebec» els qui decidiran la sort d'aquest projecte de futur, i entre aquests ciutadans i ciutadanes, caldrà comptar aquelles i aquells que defensen una doble pertinença.

Pel que fa al projecte de llei C-457, em conformaria a dir que contribueix a fer perenne la idea segons la qual la comunitat política quebequesa es confon amb la nació tal com es defineix en els discursos polítics dels partits, la qual cosa, als meus ulls, planteja un problema. Finalment, si el Tribunal d'Apel·lació del Quebec, de conformitat amb aquest projecte de llei, i a demanda del Govern federal, hagués un dia de sotmetre's a la qüestió de la claredat d'una pregunta referendària, espero de tot cor que es conformarà a recordar els principis que han d'emmarcar l'exercici del poder polític, tal com ho va fer el Tribunal Suprem el 1998, i que no farà la bestiesa de dir res més. Deixem als polítics i als electors la decisió de realitzar-se o de perdre's segons els seus desitjos.

Voldria acabar subratllant la saviesa del Tribunal Suprem, que ha tingut una cura meticulosa a no aventurar-se en la qüestió del *dret dels pobles*. Més que un *dret* a fer una secessió, que reclamaria una resposta negra o blanca, els jutges han reconegut més aviat que seria legítim per a una entitat federada *d'emprendre* un procediment de secessió. Tot allò que genera un suport clar a la secessió atorgat per una majoria clara de la *població* de Quebec (i no del *poble quebequès*), és un *deure* per a la resta del Canadà a *negociar de bona fe* amb el Quebec per tal de fer realitat aquesta secessió. Ni més ni menys.

En decidir d'aquesta manera, el Tribunal ha refusat d'imposar una solució estricta, que hauria exacerbat més que no pas solucionat el conflicte resultant del xoc dels nacionalismes canadenc i quebequès. Amb això, el Tribunal envia el missatge que la moralitat d'un ordre jurídic o constitucio-

³⁹ Turp, «Les Québécois ont le droit de choisir leur avenir», *op. cit.*, nota 10.

nal no es deu a la correspondència entre les normes predeterminades que comporta i un ideal moral determinat. Així, es deu més aviat a la qualitat de la participació ciutadana autoritzada pels processos que aquest mateix ordre preveu per destriar de la ineluctable diversitat de les reivindicacions normatives característiques de les nostres societats, les normes acceptables per a la majoria. La permanència dels nostres desacords és una dada que es troba al cor del dret. Definir una posició comuna que assegurí la participació de la majoria i que, tot i això, reconegui la impossibilitat de la unanimitat i que admeti el caràcter sempre en part peremptori de qualsevol decisió: heus aquí el que constitueix l'essència i el repte de l'empresa que és el dret. En aquesta perspectiva, la moralitat d'una norma jurídica no és un assumpte de tot o res, sinó que es mou al llarg d'un espectre que pot anar del més al menys.⁴⁰

Una cosa certa és que hi ha quelcom de surrealista en tota aquesta discussió al Quebec del famós 50% dels vots més un. Francament, no veig com es pot rebutjar la victòria d'una opció que obtindria aquest resultat, en la mesura que la pregunta referendària hauria estat discutida i aprovada per tots els partits polítics quebequesos representats a l'Assemblea Nacional (encara hi falta molt de camí...). Em sembla que aquesta consulta «entre quebequesos» no hauria de fer por a ningú en les files nacionalistes, ja que nosaltres estaríem encara *entre Nosaltres*, llevat, és clar, que aquest *Nosaltres* sigui menys inclusiu que allò que se'ns repeteix contínuament des de fa decennis. Com es pot refusar una consulta i aprovació d'aquesta mena sense donar peu a l'acusació segons la qual, per al partit al poder, «la fi justifica els mitjans»? Una vegada dit això, la multitud que portaria al triomf l'elector per a qui la victòria del sí o del no s'hagués assolit, seria indubtablement, segons el meu parer, una multitud d'imbècils. Com podríem alegrar-nos per un resultat que no desitjo ni als meus amics federalistes ni als meus amics independentistes?

40 Aquest paràgraf està directament inspirat pel destacable article de Webber, Jeremy, «Legal Pluralism and Human Agency», *Osgoode Hall Law Journal*, 44, 2006, p. 170 i 179.

L'any 2013 l'Institut d'Estudis Autonòmics (IEA), creat l'any 1985 amb la voluntat de promoure la recerca i els estudis sobre l'organització territorial dels estats i de les diferents formes d'articulació del poder polític, ha endegat un espai de debat titulat "Fòrum sobre el Dret a Decidir". La finalitat d'aquest espai és reunir professors universitaris, de l'àmbit del dret públic i del dret internacional, de les ciències polítiques i de l'economia, alts funcionaris de la Generalitat, jutges, magistrats, lletrats del Parlament de Catalunya, membres del cos d'advocacia de la Generalitat i, en general, tots els professionals del món jurídic i judicial de Catalunya, per tal de debatre el contingut i el significat del dret a decidir.

Hem estructurat el "Fòrum sobre el Dret a Decidir" de l'any 2013 en quatre sessions monogràfiques: el dret a decidir i el cas britànic, el dret d'autodeterminació i la creació de nous estats en el context internacional, nous estats sorgits d'estats membres i les seves relacions amb la Unió Europea, i l'anàlisi del dictamen de la Cort Suprema del Canadà sobre la secessió del Quebec, atès que l'any 2013 s'han complert quinze anys d'aquell dictamen. En cada una de les sessions hem comptat amb diversos ponents i un espai obert al debat i a la participació de tots els assistents. En aquest volum oferim un recull de les principals ponències presentades a les diferents sessions que van tenir lloc durant l'any 2013.

ISBN: 978-84-393-9192-0



9 788439 391920