

## L'EVOLUCIÓ JURÍDICA CAP A UN ESTAT PROPI

Hèctor López Bofill\*

### Legitimitat de l'estat propi

Per damunt de les regles constitucionals hi ha la democràcia i la legitimitat política que la democràcia concedeix. Malgrat que una norma constitucional (o la interpretació d'aquesta norma constitucional) prohibeixi la secessió d'una part del territori d'un estat, si la majoria dels ciutadans d'aquest territori expressen de forma clara la voluntat de crear un nou estat amb respecte als drets fonamentals i sense violència, aquest acte té plena legitimitat i satisfà els criteris establerts per les normes de dret internacional públic.

Sembla clar que un gest unilateral d'independència d'una comunitat autònoma de l'Estat espanyol, sigui per via referendària o sigui per via de declaració parlamentària, és contrari a la Constitució espanyola de 1978, tal com ha posat inequívocament de manifest la jurisdicció constitucional amb la seva interpretació del concepte de *nació* i de l'esment de la «indissoluble unitat de la Nació espanyola» de l'article 2 CE. Una redistribució d'atributs de sobirania, sigui per concedir un poder originari a una part del territori de l'estat en una unió de tipus federal, sigui per la construcció d'un estat propi, exigiria reforma constitucional per la via agreujada d'acord amb l'article 168 CE (STC 31/2010, de 28 de juny, FJ 12; STC 103/2008, d'11 de setembre, FJ 4). De tota manera, l'anàlisi històrica dels processos d'independència esdevinguts des del final del segle XVIII (ço és, des de l'aparició de l'estat constitucional, almenys a partir de la declaració d'independència dels estats que després formarien la federació dels Estats Units d'Amèrica) i un estudi comparatiu de les independències recents assenyalen que la contradicció entre la secessió i la norma constitucional de l'Estat matriu no comporta la il·legitimitat de la secessió.<sup>1</sup>

---

\* Hèctor López Bofill, professor agregat de dret constitucional de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.

1. Sobre el dret de secessió des de la perspectiva de la filosofia moral i política, i també des de la perspectiva juridicoconstitucional, vegeu, entre molts d'altres: Buchanan Allen, E.: *Secession. The morality of political divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Westview Press, Boulder/St. Francisco/Oxford, 1991; Horowitz, Donald D.: «A Right to Secede?», a *Secession and Self-determination*, Stephen Macedo i Allen E. Buchanan (editors), New York University Press, Nova York, 2003,

La independència de Catalunya seria, en aquesta conjuntura, contrària a la Constitució espanyola de 1978, però això no significaria que fos il·legítima. Cal, doncs, separar amb precisió el discurs sobre la constitucionalitat del discurs sobre la legitimitat política (i també del discurs sobre la legalitat internacional).<sup>2</sup> Així, una expressió majoritària de la voluntat del poble de Catalunya a favor de la independència, sigui a través dels seus representants o sigui a través d'un referèndum, amb respecte als drets i les llibertats, tot i ser contrària a la Constitució de 1978, podria gaudir de legitimitat per fundar un nou ordre constitucional i no violaria el dret internacional.

En la història de les creacions d'ordres constitucionals, en els anomenats *moments constituents*, encara que els processos segueixin les regles previstes per l'ordre constitucional de l'estat matriu, sempre hi ha un moment en el qual es pren una decisió situada fora de l'ordre existent: la decisió fundacional del nou estat constitucional. En l'actualitat, la legitimitat d'aquesta decisió depèn del respecte a variables democràtiques i del respecte als drets i les garanties de tots els ciutadans que conformen la nova comunitat independent, cosa que significa un notori avenç en relació amb els moments constituents i trencadors de l'ordre anterior que es troben a la base d'alguns estats constitucionals actuals en els quals l'experiència històrica assenyalada com la independència es va trobar associada a capítols violents (em remeto al mateix exemple de la independència dels estats americans i de la seva lluita contra la corona britànica).

Per ser més subtils, caldria afegir que una declaració d'independència de Catalunya derivada d'un procediment democràtic no violaria la Constitució espanyola de 1978, perquè els autors de la declaració d'independència catalana, en actuar com a poder constituent, no es troben lligats pel marc constitucional espanyol. No es tracta d'una fal·làcia, o almenys ho és en la mateixa mesura que aquest argument fou reconegut per la Cort Internacional de Justícia en l'opinió consultiva sobre la declaració d'independència de Kosovo, en estimar que els autors de la declaració d'independència no podien violar el teixit de regles cons-

---

pàgines 50-76; Mancini, Susanna: «Rethinking the boundaries of democratic secession: Liberalism, nationalism, and the right of minorities to self-determination», a *International Journal of Constitutional Law*, 6, n. 3-4 (juliol-octubre 2008), pàgines 553-584; Norman, Wayne: *Negotiating Nationalism: Nation-building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, Oxford University Press, Oxford, 2006; Meadwell, Hudson: «Secession, States and International Society», a *Review of International Studies*, 25, n. 3, (juliol 1999), pàgines 371-87; Patten, Allen: «Democratic secession from a multinational State», a *Ethics*, 112, n. 3 (abril 2002), pàgines 558-586; Sunstein, Cass R.: «Constitutionalism and Secession», a *University of Chicago Law Review*, 58, n. 2 (abril 1991), pàgines 633-670.

2. López Bofill, Hèctor: *La independència i la realitat*, Editorial Moll, Mallorca, 2004, pàgines 19-20.

titucionals erigides a partir de la Resolució 1244 (1999) del Consell de Seguretat de Nacions Unides, perquè actuaven fora d'aquestes normes constitucionals.<sup>3</sup>

## 1. Processos de construcció de nous estats

En les dues darreres dècades, principalment com a conseqüència de l'aparició d'una munió de nous estats a l'Europa de l'est, hem assistit a un procés de juridificació sobre la construcció de noves comunitats independents. Per bé que aquest conjunt normatiu s'ha anat teixint per donar resposta a situacions de fet derivades del col·lapse de federacions que no van sobreviure al trànsit d'un sistema socialista a un sistema liberal democràtic (Unió Soviètica, Iugoslàvia, Txecoslovàquia) i que en alguns d'aquests processos la nova realitat estatal va emergir en el context d'un greu conflicte armat (Croàcia, Bòsnia, Kosovo), l'estructura jurídica de dret internacional públic resultant d'aquest cicle ha concretat, malgrat tot, un conjunt de condicions per les quals una comunitat pot accedir a la condició d'estat a través d'un procediment revestit de legitimitat democràtica.

El cos de dret internacional públic, doncs, permet la superació de la via de fet, de l'anòmia, del *principi d'efectivitat* clàssic de dret internacional<sup>4</sup> (és a dir, d'associar la legitimitat a la capacitat d'imposició de l'ordre del nou estat reflectida a través del reconeixement dels altres estats), per arbitrar un sistema de *construcció democràtica de la secessió*.<sup>5</sup> Per això, tot i que les realitats dels processos convulsos dels nous estats a l'Europa de l'est siguin molt diferents de la de les democràcies avançades de l'Europa occidental (el marc en el qual es troba Catalunya), els desenvolupaments normatius experimentats al caliu d'algunes d'aquestes independències tenen una incidència directa com a precedents jurídics amb influència sobre la comunitat internacional en el supòsit que la població d'un territori de l'Europa occidental actualment encabida en un altre estat tingüés la pretensió d'exercir un gest de sobirania.

No obstant el que acabem de dir, però, el precedent de dret comparat sobre la construcció democràtica de nous estats (i inspirador de les experiències més

3. Cort Internacional de Justícia, Opinió consultiva sobre l'adequació al dret internacional de la declaració d'independència de Kosovo de 22 de juliol de 2010, paràgraf 121.

4. Kelsen, Hans: *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, Mèxic, 1995, pàgina 262.

5. López Bofill, Hèctor: *Nous estats i principi democràtic*, CETC/Angle editorial, Barcelona, 2009, pàgines 54-69.

recents recollides en dret internacional públic) procedeix d'un àmbit de condicions jurídiques i polítiques pròpies d'una democràcia avançada: l'intent de secessió del Quebec de la federació del Canadà<sup>6</sup> en el referèndum de 30 d'octubre de 1995 i les regles derivades de l'opinió consultiva de la Cort Suprema del Canadà de 20 d'agost de 1998, amb el rerefons de l'esmentat referèndum de tres anys abans, en el qual l'opció favorable a la independència va ser derrotada per 52.448 vots. Com és prou conegut, dins el context d'una organització territorial basada en el principi federal (d'altra banda força diferent de l'Estat autònom espanyol, amb elements de poder unitari i centralitzat, com s'ha posat de manifest a la ja citada STC 31/2010, de 28 de juny, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya), la Cort Suprema del Canadà va entendre que si una majoria clara dels ciutadans del Quebec optaven per la secessió, d'acord amb el principi democràtic (no segons el dret a l'autodeterminació dels pobles reconegut en dret internacional, però aquest és un tema ara secundari), el Govern federal i les altres províncies tenien l'obligació de negociar la separació.<sup>7</sup>

L'experiència canadenca va aportar una perspectiva decisiva per incorporar la qüestió de l'estatalitat en el debat democràtic i superar el vincle entre creació de nous estats i avatars històrics sense base democràtica tals com conquestes, guerres, annexions o situacions de força, després legitimades a través de la invocació al poder constituent i l'aprovació d'una constitució.<sup>8</sup> Tant és així, que la legitimitat de la creació d'un nou estat, si aquesta opció es troba recolzada per una majoria clara de la ciutadania del territori que es planteja la secessió (en el cas del Quebec, a través d'un referèndum), ha esdevingut un dels principals referents per a moviments independentistes a l'Europa occidental (en aquest sentit, caldria destacar la influència quebequesa en els plantejaments secessionistes a Escòcia),<sup>9</sup> i també ho ha estat per a la construcció de l'al·ludit règim jurídic sobre la secessió en dret internacional aplicat a les últimes experiències de construcció d'estats a l'Europa oriental (així s'esdevingué,

6. Així, Anderson, Lawrence: «Federalism and secessionism: institutional influences on nationalist politics in Québec», a *Nationalism and Ethnic Politics*, 13, n. 2 (abril 2007), pàgines 187-211.

7. Chacón, Carme i Ruiz Robledo, Agustín: *El dictamen sobre la secesión de Quebec: un comentario*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Punt de vista número 5, Barcelona, 1999; Pérez Tremps, Pablo: *El marco (a)constitucional del debate sobre la secesión de Quebec*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Punt de vista número 21, Barcelona, 2004.

8. Kymlicka, Will: «Territorial Boundaries. A liberal egalitarian perspective», a *Boundaries and Justice. Diverse Ethical Perspectives*, David Miller i Sohail H. Hashmi Princeton (editors), Princeton University Press, Princeton, 2001, pàgines 249-275.

9. Lynch, Peter: «Scottish independence, the Quebec model of secession and the political future of the Scottish National Party», a *Nationalism and Ethnic Politics*, 11, n. 4 (gener 2005), pàgines 503-531.

primer, en el cas de Montenegro, en relació amb el qual el dictamen sobre les condicions de celebració d'un referèndum d'independència emès per la Comissió de Venècia, un òrgan consultiu del Consell d'Europa, esmentava expressament les consideracions de la Cort Suprema canadenca, i, després, en el cas de Kosovo, amb les corresponents referències a l'opinió consultiva de 20 d'agost de 1998 per la ja citada opinió consultiva de la Cort Internacional de Justícia de 22 de juliol de 2010).

## 2. Clarificació de les regles de dret internacional

Precisament, la determinació del conjunt de regles integrades en el dret internacional que donen cobertura a la construcció democràtica de nous estats rep un impuls decisiu en les experiències de Montenegro i Kosovo tot just invocades. Regles perfilades i acceptades per organitzacions internacionals continentals (la Unió Europea, el Consell d'Europa) o globals (Nacions Unides), que, en termes de legitimitat, posen molt difícil als estats existents oposar-se a secessions de nous estats desenvolupades sota principis democràtics i respectuosos amb els drets fonamentals (ni que, com veurem, els estats matriu afectats invoquin el principi de constitucionalitat o el principi d'integritat territorial).

Com diem, el cas de Montenegro ofereix un precedent clar de sota quines condicions la Unió Europea i el Consell d'Europa accepten, d'acord amb el principi democràtic, una secessió en territori europeu.<sup>10</sup> En aquell supòsit, les institucions internacionals van acceptar que Montenegro podia esdevenir un estat amb plena sobirania i subjecte de dret internacional a través d'un referèndum en el qual almenys el 55% dels vots vàlidament emesos donessin suport a la independència, en un referèndum en el qual participés com a mínim el 50% del cens electoral. Aquestes, com hem remarcat, van ser les regles perfilades per la Comissió de Venècia, que va emetre un dictamen a petició de l'Assemblea del Consell d'Europa i que van ser assumides pel Consell de Ministres de la Unió Europea i per l'Alt Representant de la Política Exterior i de Seguretat Comunes de la UE. Les normes esmentades (sobretot pel que fa a la majoria del 55% dels vots emesos favorables a l'opció de la secessió) es van acabar de negociar amb els actors polítics montenegrins i es van plasmar en la Llei montenegrina sobre el referèndum de l'Estat d'1 de març de 2006, llei en funció de la qual s'organitzà

---

10. López Bofill, Hèctor: *Nous estats i principi democràtic*, CETC/Angle editorial, Barcelona, 2009, pàgines 63-65.

el referèndum de 21 de maig de 2006, que comportà la independència de Montenegro i la ruptura de la Unió amb Sèrbia, després que el «sí» obtingués el 55,5% dels vots vàlidament emesos. Val a dir que, en l'experiència montenegrina, el referèndum d'independència es va dur a terme amb cobertura constitucional, ja que, en efecte, la Constitució de la Unió de Sèrbia i Montenegro de 2003 era un dels pocs textos constitucionals que reconeixia el dret de secessió d'alguna de les dues repúbliques que conformaven la Unió. Així, l'article 60 de l'esmentada Constitució de la Unió de Sèrbia i Montenegro de 2003 establia que qualsevol de les dues repúbliques podia retirar-se de la Unió mitjançant la convocatòria d'un referèndum que havia d'ajustar-se als «estàndards democràtics reconeguts».

El paràmetre de la constitucionalitat del referèndum de secessió, però, canvia en el cas de Kosovo, en el qual es manifesta l'adequació al dret internacional de la creació d'un nou estat per la via democràtica, fins i tot quan la Constitució de l'Estat del qual se separa prohibeixi expressament la secessió (com succeïa amb la Constitució sèrbia, que garantia expressament la integritat territorial i prohibia la secessió de Kosovo).<sup>11</sup> En conseqüència, el reconeixement de la independència d'aquest Estat (esdevinguda a través de declaració parlamentària el 17 de febrer de 2008) per part de determinades potències occidentals (i de gran part d'estats de la UE), així com la declaració de la Cort Internacional de Justícia de 22 de juliol de 2010, certifiquen que, en el conflicte entre principi de constitucionalitat i democràcia, preval la democràcia.

Aquestes coordenades, com hem assenyalat al principi, serien perfectament aplicables a Catalunya, de manera que, malgrat la inconstitucionalitat d'una eventual declaració d'independència (sigui per via parlamentària o referendària), i sempre que expressi una voluntat majoritària clara de la ciutadania de Catalunya o dels seus representants, es comptaria amb els elements determinants per considerar legítima la secessió i ajustada a la legalitat internacional. És cert que, en el cas de Kosovo, el marc constitucional considerat per la Cort Internacional de Justícia no era la Constitució de Sèrbia sinó la Resolució del Consell de Seguretat 1244 (1999) i les normes que se'n deriven, en les quals s'establia un règim interí d'autogovern, i per això s'entenia que la possibilitat de la independència no es trobava expressament prohibida com a estatus final del territori segons aquesta Resolució. Però la conclusió final no evita que, a la pràctica, s'hagi reconegut, ni que sigui en un cas particular, una secessió d'un territori sobre el

---

11. Tant en relació amb la Constitució de la República de Sèrbia de 1990 com amb la Constitució de la República de Sèrbia de 2006 (vegeu el preàmbul d'aquesta darrera norma).

qual, en algun moment, havia regit una prohibició expressa de secessió per part de la constitució de l'estat matriu.

Cal aprofundir en la reiterada resolució de la Cort Internacional de Justícia sobre Kosovo perquè resol, ni que sigui indirectament, algunes qüestions cabdals sobre la legalitat dels processos de formació de nous estats. Així, malgrat la conclusió final, la Cort evita pronunciar-se sobre si existeix un dret general de secessió emparat en dret internacional, i entén que aquesta anàlisi relativa a l'aplicació concreta del dret a l'autodeterminació dels pobles i la secessió és sobrerera per respondre a la pregunta concreta de si la declaració unilateral d'independència de Kosovo feta pels representants del poble kosovar es contrària a dret internacional. No obstant això, i tenint present que la Cort Internacional de Justícia confirma que la declaració d'independència de 17 de febrer de 2008 no és contrària a dret internacional, la Cort presenta algunes afirmacions de les quals sembla deduir-se que, amb caràcter general, una declaració d'independència expressada en termes democràtics preval per damunt de les regles constitucionals. En primer lloc, la Cort reconeix que, en principi, les declaracions d'independència no han estat reconegudes com a contràries a dret internacional (paràgraf 79) i, en aquells casos en els quals específiques declaracions d'independència havien estat condemnades pel Consell de Seguretat (Rhodèsia del Sud, Nord de Xipre o República Srpska), la contradicció amb l'ordre internacional s'havia produït com a conseqüència de l'ús de la força i la violència que acompanyava aquestes declaracions (paràgraf 81). Així doncs, el dret internacional no conté prohibicions generals contràries a les declaracions d'independència (paràgraf 84), i sembla que aquestes s'ajusten a dret sempre que es produeixin de forma pacífica i democràtica.

Com ja hem posat de manifest, pel que fa al cas concret de Kosovo, la Cort Internacional de Justícia entén que la declaració d'independència no estava exclosa del marc constitucional que, segons la Cort, es componia en essència per la Resolució del Consell de Seguretat 1244 (1999) i les normes que se'n deriven, en les quals s'establí un règim interí d'autogovern a través d'eleccions lliures sense concretar quin havia de ser l'estatus final del territori (i d'on es podia deduir que la independència podia ser aquest estatus final si així ho expressava de forma majoritària el poble de Kosovo un cop fracassades les negociacions amb Sèrbia, com va constatar l'informe de l'enviat especial a Kosovo del secretari general de Nacions Unides). Però, a més, la Cort Internacional de Justícia admet que els autors de la declaració d'independència (àmplia majoria de membres del Parlament i el president kosovar) no poden violar el marc constitucional perquè, en declarar la independència, no es troben lligats per aquestes regles i ja

no actuen com a òrgans de les institucions provisionals d'autogovern sinó com a poder constituent amb la capacitat que els confereix la seva condició de representants del poble de Kosovo.

### 3. La majoria democràtica

Constatat que la voluntat democràtica d'una comunitat per accedir a l'Estat propi, en un context pacífic, preval per damunt de les regles constitucionals de l'estat matriu que prohibeixin —o no prevegin— la secessió, la discussió se centraria en la majoria exigida per fundar el nou ordre constitucional. 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* (i, al capdavant, permetre que els vots contraris al canvi tinguin més pes que els favorables a la nova situació), en la qüestió de la secessió sembla acceptat pel cos normatiu que hem anat perfilant que la majoria necessària per a la creació d'un nou estat ha de ser, a causa de la transcendència que significa crear una nova entitat amb plena sobirania i de la necessitat de fomentar l'estabilitat del nou ordre, superior a la majoria simple.

Si la decisió és de caràcter referendari, el precedent de Montenegro marca de manera precisa què s'entén per la «majoria clara» a la qual de forma vaga al·ludia l'opinió consultiva de la Cort Federal canadenca de 1998 sobre el cas del Quebec. Com hem dit, 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 del 55% dels vots vàlidament emesos confereix plena legitimitat a la creació del nou estat (repetim que aquestes majories han estat acceptades per la Unió Europea i pel Consell d'Europa). A la pràctica, com demostra l'experiència de Kosovo, si la majoria favorable a la independència és molt àmplia en seu parlamentària, la constitució de l'estat propi es produeix per declaració unilateral dels representants de la ciutadania escollits democràticament, sense que, almenys en una primera fase, es promogui el referèndum amb exigència de majoria reforçada. En conseqüència, la majoria reforçada a favor de l'estat propi que requereixen els *estàndards internacionals* és, com a mínim, superior a la majoria absoluta dels representants de la ciutadania en una cambra legislativa en cas de declaració parlamentària (i probablement la comunitat internacional es trobaria en condicions d'exigir una majoria superior: dos terços de la cambra, per exemple) i demanaria una majoria del 55% dels vots vàlidament emesos amb una participació d'almenys el 50% del cens en cas de referèndum.



#### 4. Conclusions

En definitiva, les experiències històriques, polítiques i jurídiques dels processos de secessió de les últimes dècades permeten afirmar que una comunitat pot accedir a la condició d'estat a través d'una decisió expressada de forma democràtica, amb respecte als drets fonamentals i en un context d'absència de violència. L'expressió de la voluntat majoritària de la comunitat (sigui a través de referèndum o sigui a través de declaració unilateral dels representants de la ciutadania) preval per damunt de les normes constitucionals de l'estat matriu. La decisió fundacional democràtica significa situar-se fora de l'ordre constitucional existent per crear un nou ordre constitucional amb plena legitimitat política i ajustat a la legalitat internacional si es donen les condicions esmentades. Una decisió majoritària del poble de Catalunya expressada en referèndum o a través de la representació de la ciutadania al Parlament de Catalunya en un procés que satisfés els estàndards internacionals consignats permetria constituir un estat propi al marge de les prohibicions derivades de la Constitució espanyola de 1978 i de les seves interpretacions.