

LEGALIDAD INTERNACIONAL Y DERECHO A DECIDIR

INTERNATIONAL LEGALITY AND THE RIGHT TO DECIDE

Xavier Pons Rafols*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. PLANTEAMIENTO GENERAL. III. EL PRINCIPIO DE LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL. IV. LOS DERECHOS HUMANOS, LA DEMOCRACIA Y EL ESTADO DE DERECHO EN EL DERECHO INTERNACIONAL. V. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: En el contexto del actual debate político en Cataluña sobre el derecho a decidir, el autor intenta clarificar en términos jurídicos que alcance tiene la expresión derecho a decidir y trata de identificar qué es lo que puede ampararse y con qué alcance en el Derecho Internacional. A tal efecto, analiza los principios y normas del Derecho Internacional que pueden resultar pertinentes en este contexto: de un lado, el principio de la libre determinación y, en especial, la dimensión interna de este principio; y, de otro lado, los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho, que constituyen en el Derecho Internacional una tríada inescindible. El autor considera que en el Derecho Internacional actual está reconocido que la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder político y que todas las pretensiones políticas deben fundamentarse en el estado de derecho, la base sobre la que se construyen sociedades justas y equitativas.

ABSTRACT: In the context of the current political debate in Catalonia on the right to decide, the author tries to clarify in legal terms the scope of the expression “right to decide” and tries to identify what can be protected and to what extent in International Law. To this end, the author analyzes the principles and norms of International Law that may be relevant in this context: first, the principle of self-determination and, in particular, the internal dimension of this principle, and, second, human rights, democracy and the rule of law, which in International Law constitute an inseparable triad. The author believes that in current International Law it is recognized that the will of the people shall be the basis of the authority of government and that all political claims must be based on the rule of law, the basis on which to build fair and equitable societies.

PALABRAS CLAVE: Cataluña, libre determinación, derechos humanos, democracia, estado de derecho.

KEYWORDS: Catalonia, self-determination, human rights, democracy, rule of law.

Fecha de recepción del original: 18 de noviembre de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 28 de enero de 2014.

* Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universitat de Barcelona.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque se trate de un proceso político de largo recorrido impulsado por partidos políticos de carácter independentista creo que no cabe ninguna duda de que, en los últimos tiempos, la política catalana está girando, en gran medida, en torno a lo que ha venido en denominarse derecho a decidir y al también denominado proceso soberanista, que oscurece, prácticamente, cualquier otro debate político y social ¹. En este sentido, unas aspiraciones independentistas, que hace sólo unos pocos años tenían un reducido o limitado apoyo social y, consiguientemente, una limitada traducción en términos de fuerzas políticas parlamentarias, han conseguido aumentar en poco tiempo y de manera vertiginosa -como testimonian todas las encuestas sociológicas ²- su apoyo social, han ganado transversalidad y han alcanzado, en estos mismos últimos tiempos -en particular, desde las elecciones al Parlamento de Cataluña del 25 de noviembre de 2012, una suficiente mayoría parlamentaria, pese al mantenimiento de ciertas indefiniciones y confusiones en torno al mismo alcance de la expresión derecho a decidir.

Pese a tratarse claramente -tanto el denominado derecho a decidir como la aspiración independentista- de un proceso y de una reivindicación de carácter político -tan legítima como cualquier otra reivindicación política que se encauce a través de procedimientos pacíficos y democráticos- no hay duda tampoco de que, en un momento u otro, este pretendido derecho a decidir y esta aspiración también necesitarán articularse mediante procedimientos legales, es decir, a través de normas e instituciones jurídicas. Sucede, sin embargo, que nos hallamos ante unas cuestiones de gran sensibilidad y que generan tan importantes pasiones y pulsiones de todo tipo que, en ocasiones y en mi opinión -y más allá de las propias fuerzas políticas-, contaminan tanto a los expertos como a los medios de comunicación y a las voces influyentes en la opinión pública que o bien consideran que nos hallamos ante un problema estrictamente político que requiere respuestas sólo políticas, o bien estiman que este problema no concurre porque ya existen normas jurídicas inquebrantables e inmutables que lo bloquean, o bien acaban confundiendo -quizás, también, de manera interesada y según el discurso que toque en cada momento- las consideraciones y fundamentaciones de carácter jurídico y las consideraciones y fundamentaciones de carácter político ³. La expresión más clara de

¹ Sin embargo, a mi entender, falta mucha más racionalidad -política y jurídica- entre aquellos -sean responsables políticos o simples ciudadanos- que ilusoriamente creen que sin ofrecer respuestas y alternativas políticas y que, con sólo esperar, las cosas volverán a ser como antes -lo que difícilmente sucederá-, y aquellos otros que, también ilusoriamente, creen que la independencia es cosa de dos días, que no necesita complejos procesos políticos de acuerdo y negociación y que implicará, mágicamente, el fin de todos los males y problemas, particularmente los económicos.

² Además de los múltiples sondeos de opinión publicados en los medios de comunicación en los últimos tiempos, basta con señalar y contrastar las series de los Barómetros de Opinión Política del *Centre d'Estudis d'Opinió*. En la última oleada publicada, la tercera de 2013, un 48,5 % de los encuestados era partidario de que Cataluña debía ser un Estado independiente, un 21,3% era partidario de que fuera un Estado dentro de España, un 18,6% de que fuera una Comunidad Autónoma dentro de España y un 5,4% de los encuestados creía que debía ser una región de España (vid. *Baròmetre d'Opinió Política (BOP). 3a onada 2013 - REO 733*, noviembre de 2013, disponible en <http://www.ceo.gencat.cat/ceop/AppJava/pages>).

³ La interesada confusión argumental entre el plano político y el plano jurídico a la que me refiero se evidencia, por ejemplo, cuando se ponen de relieve importantes problemas jurídicos para sustentar la

estas últimas confusiones es -como desarrollaré más adelante- la misma noción de lo que se ha venido en denominar derecho a decidir.

En los términos que me interesa resaltar en estas páginas, desde distintos sectores políticos y sociales de órbita catalanista, y a falta de otros marcos jurídicos que lo amparen, se ha justificado este pretendido derecho a decidir e, incluso, todo el proceso soberanista, en la legalidad internacional. En efecto, cuando más allá del ordenamiento constitucional español y del mismo ordenamiento jurídico catalán -que tiene como norma institucional básica el Estatuto de autonomía de 2006- se habla de otros marcos legales o de todos los marcos legales que puedan amparar el derecho a decidir se está pretendiendo, aun de manera eufemística, buscar esta fundamentación en la legalidad internacional. Se pretende, incluso, con una constante y reiterada apelación a la comunidad internacional, que todo este proceso pueda validarse internacionalmente y, consiguientemente, obtener amplios apoyos internacionales. Es decir, que sea factible hallar amparo en el contexto político internacional y en las normas jurídicas internacionales ante un posible bloqueo, político y jurídico, del ejercicio del denominado derecho a decidir en el plano interno; lo que, desde esa lectura, legitimaría la reivindicación independentista frente a lo que se calificaría de posiciones antidemocráticas del Gobierno español y, por tanto, se esperaría que la comunidad internacional -y, en especial, la Unión Europea y sus Estados miembros- diesen pleno apoyo al proceso por su indubitable carácter democrático ⁴.

Estimo que la confusión, más o menos intencionada, es excesiva en los tiempos que corren y creo, por tanto, que resulta conveniente intentar clarificar algo estos términos para poder saber, al menos, de qué estamos hablando en términos jurídicos cuando se emplea la expresión “derecho a decidir” y tratar de identificar claramente qué es lo que puede ampararse y con qué alcance bajo la legalidad internacional ⁵. Este es,

continuidad de una Cataluña independiente como Miembro de la Unión Europea y se dice entonces que estos problemas se resolverán mediante acuerdos políticos; pero, al mismo tiempo, cuando se ponen de relieve importantes problemas políticos para que el Gobierno del Estado autorice un referéndum o tolere una consulta se dice entonces que, existiendo posibles vías jurídicas, la negativa política resulta antidemocrática y que, por tanto, se obtiene legitimidad para planteamientos unilaterales.

⁴ Aunque, a mi entender, sigue resultando difícil entrever un fuerte apoyo internacional al proceso y un rápido reconocimiento de un hipotético Estado independiente por parte de otros Estados. Obviamente, no niego que, en un futuro, se puedan dar estos apoyos políticos internacionales -en todo caso respondiendo a los intereses geopolíticos que en un determinado momento puedan tener determinados Estados, más que al pretendido derecho o a la bondad o al carácter democrático de la causa- pero lo que es cierto es que, hasta el momento, estos apoyos internacionales no han sido identificados. Lo que no es obstáculo para que, con total impunidad y ligereza -en mi opinión-, haya quien afirme que una Cataluña independiente sería inmediatamente reconocida por “unos 140 Estados”, sin justificar por qué esta cifra y no cualquier otra (Albert Pont en declaraciones a la emisora privada RAC 1, el 7 de septiembre de 2013); o que se diga, también irresponsablemente, que, desde una perspectiva geopolítica, la mejor forma de asegurar la permanencia de Cataluña en la Unión Europea sería plantear el riesgo del ofrecimiento del puerto de Barcelona para que la marina de guerra de la República Popular China estableciera una base naval en el Mediterráneo (Jordi Molins en el programa “*Singulars*” del canal público TV3, el 30 de enero de 2013).

⁵ En este estudio se desarrollan y argumentan algunas de las ideas básicas formuladas inicialmente en un apunte publicado en el bloc de la *Revista Catalana de Dret Públic*, el 18 de febrero de 2013 (disponible en <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/02/18/legalidad-internacional-y-derecho-a-decidir-xavier-pons-rafols/>).

sencillamente, el propósito de estas páginas, asumiendo, asimismo, que en el campo del derecho -y, en general, de las ciencias sociales- no hay verdades absolutas, inmutables e irrefutables.

En los últimos meses han aparecido ya las primeras aportaciones doctrinales con perspectiva jurídica respecto a todo este proceso, aunque éstas, fundamentalmente, se hayan focalizado en algunas de las hipotéticas consecuencias o efectos jurídicos de una también hipotética independencia resultado de este proceso político ⁶, particularmente en relación con la continuidad o no de la condición de Miembro de la Unión Europea ⁷ o en relación con los efectos sobre la nacionalidad de las personas físicas ⁸. Mi pretensión en estas páginas tiene otra orientación y un carácter, digamos, previo y, en este sentido, más que sobre la perspectiva del Derecho Internacional sobre las posibles consecuencias

⁶ Excepción a esta tendencia general es el breve comentario de J.A. CARRILLO SALCEDO, “Sobre el pretendido ‘derecho a decidir’ en el Derecho Internacional contemporáneo”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 33 (Enero de 2013), pp. 20-22. La esencia de la tesis defendida por este respetado profesor, recientemente fallecido, me parece absolutamente correcta y, como no podía ser de otro modo, la comparto y desarrollo más adelante.

⁷ A este respecto, y sin claros apoyos doctrinales, se sostiene desde determinados sectores políticos la tesis de la “ampliación interna” para justificar la continuidad de una Cataluña independiente en la Unión Europea. Así, por ejemplo, la *Fundació Josep Irla*, vinculada a *Esquerra Republicana de Catalunya*, publicó en junio de 2010 un informe elaborado por J. MATAS DALMASES, A. GONZÁLEZ BONDIA, J. JARIA MANZANO y L. ROMÁN MARTÍN, sobre *L’ampliació interna de la Unió Europea*, disponible en <http://www.irla.cat/documents/lampliacio-interna-de-la-UE.pdf>. Entre la doctrina puede indicarse que, para Miquel Palomares, por ejemplo, una posible vía para asegurar esta continuidad de una Cataluña independiente como Miembro de la Unión Europea sería la utilización de la fórmula jurídica de las decisiones de los Jefes de Estado y de Gobierno en el seno del Consejo Europeo (M. PALOMARES AMAT, “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 Autonòmics i Federals*, núm. 17, abril 2013, pp. 146-183). Por su parte, mucho más claramente contundentes afirmando que, en derecho europeo, la membresía en la Unión Europea de un Estado nacido de la secesión de un Estado ya Miembro de la Unión requeriría el cumplimiento de las condiciones y del procedimiento de adhesión como un tercer Estado o, como mínimo, un procedimiento de revisión de los Tratados constitutivos, que también requeriría la unanimidad de todos los Estados Miembros, vid., por ejemplo, A. GALÁN GALÁN, “Secesión de Estados y pertenencia a la Unión Europea: Cataluña en la encrucijada”, *Istituzioni del Federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, núm. 1, 2013, pp. 95-135; A. MANGAS MARTÍN, “La secesión de territorios en un Estado miembro: efectos en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25 (2013), pp. 47-68; y C. LÓPEZ-JURADO DE LA CRUZ, “La secesión de territorios no coloniales y el soberanismo catalán”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 26 (2013), en especial pp. 17-21.

⁸ Vid. E. SAGARRA TRÍAS, “Nacionalitat catalana, nacionalitat espanyola i ciutadania de la Unió: serien compatibles?”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2013, pp. 297-324, quien sostiene -paradójicamente, a mi entender, teniendo en cuenta la deriva que lleva todo el proceso- la compatibilidad de la hipotética futura nacionalidad catalana con la nacionalidad española y, por tanto, con el mantenimiento de la ciudadanía de la Unión Europea de los nacionales de una Cataluña independiente que, aun sin ser Cataluña un Estado miembro de la Unión, podrían seguir siendo, al mismo tiempo, nacionales españoles y ciudadanos de la Unión. Por su parte, M. MEDINA ORTEGA, “Los ciudadanos europeos y la secesión de territorios en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25 (2013), pp. 69-85, considera, más tajantemente, que si una parte del territorio de un Estado miembro se separa de ese Estado, sus ciudadanos perderán la condición de ciudadanos de la Unión Europea. En esta misma línea vid. C. LÓPEZ-JURADO DE LA CRUZ, “La secesión de territorios no coloniales ..”, *op. cit.*, p. 20.

o efectos jurídicos del proceso y de una eventual independencia -aspectos que requerirían mayores desarrollos de los que ahora puedo ofrecer- procuraré centrarme, como digo, en la pretendida fundamentación en el Derecho Internacional del denominado derecho a decidir y de todo el proceso político puesto en marcha ⁹.

Un pretendido derecho a decidir y un proceso que, de manera general, se vinculan argumentalmente, de un parte, al derecho inalienable de todos los pueblos a determinar libremente su futuro y su condición política, económica y social y, de otra parte, a un también inalienable principio de carácter democrático asociado a la expresión de la voluntad popular. Ambos aspectos han experimentado importantes desarrollos en el Derecho Internacional contemporáneo, por lo que creo que debe explorarse su exacto alcance y su pertinencia en el actual contexto político catalán. En consecuencia, ordeno estas páginas, en primer lugar, con un planteamiento introductorio de carácter general sobre la situación actual y los antecedentes políticos y jurídicos que nos han llevado a ella y sobre el significado y efectos del denominado derecho a decidir (II). Abordaré, a continuación, una reflexión sobre algunas normas y principios del Derecho Internacional que pueden resultar pertinentes o que han sido invocados a este respecto. Así, de un lado, me ocuparé del principio de la libre determinación de los pueblos y de su alcance en el Derecho Internacional y, en particular, de la dimensión de este principio relacionada con el principio democrático y de la posición del Derecho Internacional frente a la secesión de una parte del territorio de un Estado (III); y, de otro lado, me ocuparé del enfoque de los derechos humanos y la democracia y, en conexión con todo ello, del alcance del estado de derecho o imperio de la ley en el Derecho Internacional, así como de la existencia de criterios o estándares internacionales para la celebración de procesos electorales y referendarios (IV).

⁹ Con fecha de 25 de julio de 2013 se hizo público el primer Informe (Informe número 1) del Consejo Asesor para la Transición Nacional -órgano al que me referiré más adelante- dedicado a *La consulta sobre el futuro político de Cataluña*. En este Informe -sobre el que volveré repetidamente-, además de reiterar las cinco posibles vías legales para la celebración de una consulta que ya había identificado anteriormente el *Instituto de Estudios Autonómicos* -sobre las que también volveré más adelante-, se plantean también las “vías alternativas” que se podrían emplear en el supuesto de bloqueo de la consulta y que incluyen la posibilidad de una declaración unilateral de independencia, lo que pone de relieve, a mi juicio, el carácter intrínsecamente político de un Informe que se ha pretendido presentar como de estricta, e incluso impecable, solvencia técnica. En lo que al objeto de mi estudio respecta, el Informe dedica unas pocas páginas -a la espera de informes ulteriores de este mismo órgano asesor- a los derechos y principios existentes en el ordenamiento jurídico internacional y en el derecho de la Unión Europea que, como se indica en el Informe, “pueden reforzar la legalidad y la legitimidad de convocar una consulta legal o de aplicar vías alternativas” (vid. el Informe en su versión en español, disponible en http://premsa.gencat.cat/pres_fsvp/docs/2013/08/01/20/02/5f174ad8-9c92-4743-aacb-aa3b4429d2ab.pdf, p. 63 y, de manera general en relación con la consulta en el marco del derecho de la Unión Europea y del Derecho Internacional las páginas 61-74). En las próximas páginas argumentaré sobre estos derechos y principios existentes en el ordenamiento jurídico internacional y su pertinencia en relación con una consulta legal o con la aplicación de las vías alternativas planteadas políticamente en Cataluña en estos tiempos, valorando asimismo el contenido del Informe del Consejo Asesor al respecto.

II. PLANTEAMIENTO GENERAL

Para poder abordar la perspectiva de los principios y normas de Derecho Internacional a los que me quiero referir en los apartados III y IV de este estudio, conviene inicialmente situar los principales antecedentes del contexto político-jurídico que nos ha conducido a la situación actual (1), con referencia especial a la posición del Parlamento de Cataluña respecto del derecho de autodeterminación y del derecho a decidir (2) y, especialmente, señalar qué es lo que cabe entender, en términos de significado y efectos -más políticos que jurídicos-, respecto del denominado derecho a decidir (3).

1. Principales antecedentes político-jurídicos

El proceso político soberanista al que me estoy refiriendo se ha venido acelerando, en particular, desde el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006 y, especialmente, con la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, de 28 de junio de 2010¹⁰, que, a partir del recurso planteado por diputados del Grupo parlamentario del Partido Popular, consideró inconstitucionales varias de sus disposiciones y formuló una interpretación conforme a la Constitución de otras tantas¹¹. Para muchos, el proceso estatutario, que culminó con la Sentencia del Tribunal Constitucional, constituía la prueba evidente de que, por mucho que se intentase, resultaba prácticamente imposible encontrar un encaje de Cataluña con España que satisficiera las aspiraciones de autogobierno de una gran parte de los ciudadanos de Cataluña. Se trata de un discurso que ha calado profundamente en la sociedad catalana y así lo señalaba también, de manera rotundamente clara, la Resolución 742/IX del Parlamento de Cataluña sobre la orientación política del Gobierno, de 27 de septiembre de 2012 -sobre la que volveré más adelante-, cuando se indicaba que “los intentos de encaje de Cataluña con el Estado español y sus reiteradas respuestas negativas son hoy día una vía sin recorrido” y que, por tanto, Cataluña “debe iniciar una nueva etapa basada en el derecho a decidir”¹².

Como se recordará, una amplia respuesta popular protestó frente a la Sentencia del Tribunal Constitucional en forma de masiva manifestación celebrada el 10 de julio de 2010. La manifestación, organizada por diversas entidades cívicas y sociales, tenía un eslogan claro que evocaba que el Preámbulo del Estatuto recordaba que el Parlamento de Cataluña había “definido de forma ampliamente mayoritaria a Cataluña como

¹⁰ BOE de 16 de julio de 2010.

¹¹ Entre los ya muchos comentarios doctrinales a la Sentencia del Tribunal Constitucional pueden subrayarse, por su carácter exhaustivo, los compilados en un número monográfico de la *Revista Catalana de Dret Públic, Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, 2010, 501 páginas, disponible en <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/issue/view/23>.

¹² Párrafo 2 de la Resolución (*Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, de 2 de octubre de 2012, Núm. 390, p. 3). Esta Resolución (y, más concretamente, este punto de la Resolución, ya que hubo votación separada punto a punto en relación con el apartado relativo al derecho a decidir) fue aprobada -en la composición del Parlamento de Cataluña anterior a las elecciones del 25 de noviembre de 2012- por 84 votos a favor (*Convergència i Unió, Esquerra Republicana de Catalunya, Iniciativa per Catalunya Verds – Esquerra Unida i Alternativa, Solidaritat Catalana* y el diputado Laporta), 21 votos en contra (*Partido Popular y Ciutadans*) y 26 abstenciones (*Partit dels Socialistes de Catalunya*).

nación”, y aludía, asimismo, al derecho a decidir, con esta formulación: “Somos una nación. Nosotros decidimos”. Es en este sentido, como he dicho antes, que entiendo que estamos ante un proceso que, aunque venía de lejos, se acelera exponencialmente a partir de la Sentencia sobre el Estatuto y de la manifestación del 10 de julio de 2010. El 28 de noviembre de este mismo año 2010 se celebraron elecciones al Parlamento de Cataluña con un holgada victoria, aunque sin mayoría absoluta, de *Convergència i Unió* que postulaba, como eje principal de su programa en clave nacional, la reivindicación de un pacto fiscal.

En paralelo, los grupos proindependentistas habían ido postulando la celebración de consultas, sin cobertura legal alguna, en muchos municipios de Cataluña (la primera de ellas se celebró en Arenys de Munt el 13 de septiembre de 2009) con el eslogan general de “Cataluña decide”. En estas consultas, como no podía ser de otro modo -pues respondían a la iniciativa los sectores más partidarios de la independencia-, los resultados fueron siempre apabullantes en favor de la independencia, pero, a mi juicio, tuvieron el efecto de normalizar socialmente la hipótesis de una futura consulta sobre la independencia. Entre diciembre de 2009 y abril de 2011 se hicieron estas consultas soberanistas a lo largo de diferentes oleadas en 554 de los 947 municipios de Cataluña, incluida Barcelona. En la ciudad de Barcelona, la consulta se celebró el 10 de abril de 2011 con una participación, según los propios organizadores, del 21,37% del censo ¹³. En total, participaron en estas consultas alrededor de 880.000 catalanes -lo que equivale al 20,5% de los ciudadanos inscritos en el censo electoral- y el “sí” ganó con el 92,2% de los votos emitidos ¹⁴.

En este contexto, la manifestación del 11 de septiembre de 2012, organizada también por una entidad privada, la *Assemblea Nacional Catalana*, reunió como es sabido a una gran multitud y, aunque muchos podían haber asistido a la manifestación por variados, plurales y distintos motivos, lo cierto es que el eslogan que la encabezaba era también claramente de índole soberanista al formularse como “Cataluña, nuevo Estado de Europa” ¹⁵. El masivo eco de esta manifestación y, sin duda, la influencia de determinados medios de comunicación, públicos y privados, han producido en poco más de un año una acelerada vorágine política de impredecibles consecuencias, en el centro de la cual está el derecho a decidir. Para muchos -indiscutiblemente amplios sectores sociales- se trata del derecho a decidir la independencia, y no otra cosa; es decir, para importante sectores sociales el derecho a decidir se orienta prioritariamente hacia y para la independencia y no sobre una posible independencia u otras fórmulas políticas para un mejor encaje de Cataluña en España. También resultó multitudinaria la manifestación del 11 de septiembre de 2013, organizada por la misma entidad, en forma

¹³ La plataforma *Barcelona Decideix*, vid. <http://www.barcelonadecideix.cat/noticia/4132/21-37-barcelona-decidex-fa-historia>.

¹⁴ Vid. el reportaje conmemorativo de la primera consulta publicado en *La Vanguardia*, de 14 de septiembre de 2013.

¹⁵ Eslogan y planteamiento (e, incluso, hipotética pregunta en una consulta o referéndum) que, de otro lado, resulta confuso y engañoso sobre la posible continuidad de una Cataluña independiente como Estado miembro de la Unión Europea (vid. al respecto, por ejemplo, en A. MANGAS MARTIN, “La secesión de territorios en un Estado miembro ..”, *op. cit.*, en particular, p. 49).

de cadena humana recorriendo toda Cataluña de norte a sur bajo el eslogan inequívocamente claro de “Vía catalana hacia la independencia”. Aunque, sin duda, muchos de los participantes también, sin ser estrictamente independentistas, canalizaban con su presencia -como había sucedido el año anterior y en otras ocasiones anteriores- su profundo malestar y expresaban claramente, a mi juicio, de un lado, la innegable percepción generalizada en la sociedad catalana de saturación ante una suma continuada de agravios y, de otro lado, la firme expectativa de que no podía ni puede seguirse manteniendo el *status quo* actual por lo que se refiere al encaje o la relación de Cataluña con España.

Todas estas iniciativas han generado una normalizada expectativa en relación con lo que, finalmente, en el marco de este proceso político y asumiendo planteamientos de otros entornos, se ha venido en denominar derecho a decidir. Como ya he indicado y constatan todas las encuestas, el apoyo social a la celebración de una consulta o referéndum sobre el futuro político de Cataluña -es decir, el apoyo al derecho a decidir- es ampliamente mayoritario y también lo es entre las fuerzas políticas del Parlamento de Cataluña. Se trata, además, de un proceso político que se ha pretendido extender a la sociedad civil y que, de hecho, se ha impulsado también, fundamentalmente, desde la sociedad civil, ya que las consultas a las que me he referido y las grandes manifestaciones del 10 de julio de 2010, del 11 de septiembre de 2012 y del 11 de septiembre de 2013, no fueron oficiales e, inicialmente, no fueron promovidas por los partidos políticos ni por el Gobierno de la Generalitat aunque contaran, sin duda, con el apoyo de determinados medios de comunicación y de determinados sectores políticos y del Gobierno.

Lo que, por su parte, sí que ha impulsado el Gobierno de la Generalitat ha sido el denominado Pacto Nacional para el Derecho a Decidir, al que ha llamado a participar a todo tipo de instituciones, organizaciones y otras entidades de la sociedad civil, económica, política y social de Cataluña, para que den su apoyo al proceso político emprendido. En este marco, el expresidente del Parlamento de Cataluña Joan Rigol propuso en septiembre de 2013, por encargo del Presidente Mas, un Manifiesto que, esencialmente, vinculaba, de un lado, el carácter de nación de Cataluña y, de otro lado, las exigencias democráticas, con “el derecho a decidir sobre nuestra institucionalización política”¹⁶. Una fórmula intermedia, no explícitamente independentista o soberanista, que, si bien podía concitar el acuerdo político de mínimos respecto al derecho a decidir, mantiene en una confusa nebulosa el mismo significado y alcance de esta denominada “institucionalización política”.

En cualquier caso, como digo, no hay duda de que estamos ante una reivindicación política -la de la celebración de una consulta o referéndum- firme y ampliamente extendida en extensas capas de la población catalana, anidando también en amplios sectores sociales las aspiraciones independentistas. Esta reivindicación se llevó, como tal, a las elecciones al Parlamento de Cataluña de 25 de noviembre de 2012 en las que,

¹⁶ Vid. el texto del Manifiesto del Pacto Nacional para el Derecho a Decidir, presentado el 16 de septiembre de 2013 por el expresidente del Parlamento de Cataluña Joan Rigol, disponible en http://premsa.gencat.cat/pres_fsvp/docs/2013/09/16/18/12/c2d74b44-41c7-4e6c-9efd-3fedac2fbf00.pdf.

incluso, el programa electoral del *Partit dels Socialistes de Catalunya* reclamaba el derecho a decidir, mediante una consulta legal y acordada. Tras el aparente fracaso político de la opción por el denominado pacto fiscal, el nuevo mensaje central en la agenda política pasó a ser, a partir de noviembre de 2012, el del derecho a decidir y la celebración de una consulta sobre la independencia. El resultado electoral y el clima político existente -con el Partido Popular con mayoría absoluta en el Gobierno español- condujeron a un Pacto de estabilidad y de Gobierno entre *Convergència i Unió* y *Esquerra Republicana de Catalunya*, en uno de cuyos puntos principales se establecía que, a partir del 31 de diciembre de 2013 se debería estar en condiciones “de convocar la consulta de acuerdo con el marco legal que la ampare dentro del plazo del año siguiente, a excepción que el contexto político y económico requiriesen una prórroga”¹⁷.

En este contexto y siguiendo esta hoja de ruta, el Gobierno de la Generalitat, mediante el Decreto 113/2013, de 12 de febrero ¹⁸, creó el Consejo Asesor para la Transición Nacional con la pretensión de “dotarse del mejor asesoramiento *jurídico* y *político*” respecto al proceso de transición nacional y el derecho a decidir ¹⁹. Las funciones que el Decreto asigna a este Consejo Asesor son las de analizar e identificar las alternativas jurídicas disponibles sobre el proceso de transición nacional; asesorar al Gobierno sobre la identificación de las estructuras estratégicas para el funcionamiento futuro del Gobierno y de las instituciones catalanas y optimizar los recursos disponibles; proponer actuaciones e impulsar la difusión del proceso de transición nacional entre la comunidad internacional e identificar los apoyos; y asesorar al Gobierno para desplegar las relaciones institucionales en Cataluña para garantizar el conjunto del proceso. El Consejo Asesor hizo público en julio de 2013 un primer Informe sobre *La consulta sobre el futuro político de Cataluña*, al que ya me he referido y volveré a citar reiteradamente; en diciembre de 2013 ha presentado otros cuatro Informes ²⁰; y tiene

¹⁷ Vid. el *Acord per a la transició nacional i per garantir l'estabilitat parlamentària del Govern de Catalunya*, de 19 de diciembre de 2012, disponible en <http://www.ciu.cat/media/78434.pdf>. El Acuerdo preveía, entre otras cosas y de manera previa a la convocatoria de la consulta, la adopción en el Parlamento de una “Declaración de soberanía del pueblo de Cataluña”, la aprobación de la Ley de Consultas, el inicio de un proceso de negociación y diálogo con el Estado español para el ejercicio del derecho a decidir y la creación del Consejo Catalán para la Transición Nacional. Con algunos matices, puede indicarse que estas etapas se han ido recorriendo a lo largo del año 2013.

¹⁸ DOGC de 14 de febrero de 2013.

¹⁹ Tal como se establece en el Preámbulo del Decreto (la cursiva es mía). Al respecto, quiero subrayar dos elementos: de un lado, que el asesoramiento pretendido es tanto “jurídico” como “político”, lo que explica también el contenido político de los Informes del Consejo, y se trata de un elemento más a añadir a la constante confusión entre la dimensión política y la dimensión jurídica; de otro lado, que, en esta misma línea de confusión, en el Decreto de creación del Consejo Asesor se identifica plenamente el denominado derecho a decidir con el denominado proceso de transición nacional, comprometidos ambos por el Presidente de la Generalitat en el debate de investidura, por lo que parece que la única finalidad del derecho a decidir sea la de facilitar la denominada transición nacional y, en definitiva, la independencia.

²⁰ Sobre *La Administración Tributaria de Cataluña*, *Las relaciones de cooperación entre Cataluña y el Estado español*, *La internacionalización de la consulta y del proceso de autodeterminación de Cataluña*, y *Las tecnologías de la información y la comunicación en Cataluña*. A diferencia del Informe núm. 1, estos Informes, disponibles en http://www.govern.cat/pres_gov/AppJava/govern/grans-reptes/transicio-nacional/notaprensa-238510.html todavía no tienen publicada versión en español.

prevista la elaboración de otros estudios o informes ²¹. El primer Informe fue también remitido al Presidente del Gobierno español junto a una carta, de fecha 26 de julio de 2013, en la que el Presidente de la Generalitat, Artur Mas, planteaba “la necesidad de abordar el diálogo y la negociación” que permitiesen la celebración de una consulta con los marcos legales que se estableciesen. Se trata de una carta que obtuvo respuesta del Presidente del Gobierno español, Mariano Rajoy, mediante otra carta de fecha 14 de septiembre de 2013, en la que éste manifestaba su oferta para un diálogo sin fecha de caducidad ²².

Por su parte, en marzo de 2013, el *Instituto de Estudios Autonómicos* ²³ publicó un Informe en el que se identificaban las cinco fórmulas legales posibles para que una consulta pudiera llevarse a cabo ²⁴. En esencia, estas fórmulas legales son las siguientes ²⁵: la utilización de los procedimientos regulados en la Ley 4/2010 del Parlamento de

²¹ Sobre una amplia diversidad de temas, todos ellos orientados -lo que también es altamente significativo del propósito para el que se creó este órgano- a cómo debería organizarse el nuevo Estado independiente. Los temas previstos, al margen de los ya publicados, son los siguientes: relaciones del nuevo Estado con la Unión Europea; relaciones con la comunidad internacional; sucesión de normas y de contratos entre la Administración del Estado y la Generalitat; el proceso constituyente (Constitución provisional, derechos fundamentales, instituciones, doble nacionalidad, oficialidad de las lenguas ..); el Poder Judicial de Cataluña; seguridad interna e internacional; administraciones sectoriales de las que no dispone la Generalitat (servicio exterior, registros, ..); la Hacienda del Estado propio: la etapa inicial; Banco Central, instituciones financieras y euro; agencias y organismos reguladores; reparto de activos y pasivos entre el Estado y la Generalitat; efectos del Estado propio sobre las relaciones comerciales Cataluña-España; Seguridad social; y, finalmente, suministro de energía y recursos hidráulicos (vid. la Nota de prensa del Gobierno de la Generalitat de 25 de julio de 2013, con ocasión de la entrega del Informe núm. 1 del Consejo Asesor donde se ofrece también un listado de los temas previstos en http://premsa.gencat.cat/pres_fsvp/AppJava/notapremsavw/detall.do%3Fid%3D211489%26idioma%3D0).

²² Pese lo afirmado en las dos cartas, la sensación que se ha acabado trasladando a la opinión pública, atendiendo a la actual situación política -aunque ésta sea volátil y cambiante-, es que ninguna de las dos partes parece estar demasiado predispuesta al diálogo.

²³ Un organismo creado por la Generalitat ya en 1984 (Decreto 383/1984, de 22 de diciembre, DOGC de 30 de enero de 1985, reestructurado mediante el Decreto 122/2000, de 22 de marzo, DOGC de 31 de marzo de 2000) con la doble función de realizar y promover el estudio y la investigación en materia de autonomía y en relación con el desarrollo de la autonomía.

²⁴ Vid. el *Informe sobre los procedimientos legales a través de los cuales los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña pueden ser consultados sobre su futuro político colectivo*, disponible en su versión en español en

http://www20.gencat.cat/docs/governacio/IEA/documents/assessorament_govern/arxiu/Informe%20Consultas_ESP.pdf. De hecho, el primer Informe del Consejo Asesor para la Transición Nacional se ciñe, fundamentalmente, a reiterar las vías legales ya identificadas por el Instituto de Estudios Autonómicos. En todo caso, más allá de esto y como también ya he sugerido, el Informe del Consejo Asesor extrae consecuencias políticas a las posibles dificultades para hacer efectivas alguna de estas vías legales y sugiere, como fórmula política, la celebración de unas elecciones plebiscitarias y una posterior declaración unilateral de independencia. Quizás hubiera sido deseable una mayor elaboración técnico-jurídica de las posibles opciones y menos planteamientos de carácter político pero, como ya he indicado, el órgano ya había nacido con una clara connotación política.

²⁵ Algunos autores habían aventurado ya en los medios de comunicación algunas fórmulas legales y, entre la doctrina, Castellá Andreu, de manera previa al Informe del Instituto de Estudios Autonómicos, formuló una cuidada revisión de las posibilidades en términos de una ley catalana, una ley estatal y una reforma constitucional (vid. J.M. CASTELLÀ ANDREU, “Democracia, reforma constitucional y referéndum de

Cataluña, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum ²⁶, que fue recurrida por el Gobierno y cuya suspensión el Tribunal Constitucional levantó posteriormente, aunque aún no ha dictado Sentencia; la autorización del Estado para celebrar un referéndum sobre la base de lo que prevé el artículo 92.1 de la Constitución y la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum; la transferencia o delegación de funciones del Estado tal como está prevista en el artículo 150.2 de la Constitución para la convocatoria de un referéndum; la reforma de la Constitución para incorporar expresamente la posibilidad de los referéndum de ámbito autonómico; y, finalmente, aunque no se trataría de un referéndum, la utilización de la vía de las consultas no referendarias mediante la Ley que, amparada en el artículo 122 del Estatuto de autonomía, está todavía elaborando el Parlamento de Cataluña al cierre de este estudio ²⁷. A ningún lector atento se le escapa, sin embargo, que las cinco fórmulas legales requieren, o bien el consentimiento del Gobierno español, o bien el de las Cortes Generales, o bien, en su caso, y en la medida en que la Ley 4/2010 está recurrida ante el Tribunal Constitucional y la que se está elaborando sobre consultas no referendarias puede también serlo, un futuro pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

La otra iniciativa, altamente importante, ha sido la constitución en el Parlamento de Cataluña de una Comisión para el Estudio del Derecho a Decidir que, presumiblemente, debería haber sido el eje político en el que, en su caso, se acordase la fórmula o fórmulas legales a seguir, la pregunta a formular y la fecha de la consulta. Esta Comisión fue establecida el 8 de mayo de 2013 ²⁸ y se puso en marcha en julio de 2013 ²⁹. En la Comisión participan hasta cinco grupos parlamentarios, con la excepción del Grupo del Partido Popular y del Grupo de *Ciutadans*, lo que significa que se reúne el consenso en los trabajos de la Comisión de hasta 107 diputados del total de 135 de la Cámara catalana, lo que constituye un dato que no puede ni debe menospreciarse. Ahora bien, sin llevarlo al marco de esta Comisión, las fuerzas políticas partidarias del proceso hacia una consulta acordaron el 12 de diciembre de 2013 la pregunta y la fecha de la consulta, así como el inicio del procedimiento legal para solicitar la delegación a la Generalitat de la competencia para autorizar, convocar y celebrar el referéndum ³⁰.

autodeterminación en Cataluña”, en E. ALVÁREZ CONDE, C. SOUTO-GALVÁN, *El Estado autonómico en la perspectiva del 2020*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid 2013, p. 193 y ss.).

²⁶ DOGC de 25 de marzo de 2010.

²⁷ Vid. el texto elaborado por la Ponencia respecto de la Proposición de ley de consultas populares no referendarias y participación ciudadana en el *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, Núm. 50, de 27 de marzo de 2013.

²⁸ Mediante la Resolución 125/X, de 13 de mayo de 2013, del Parlamento de Cataluña, contando inicialmente con la participación de los grupos parlamentarios *Convergència i Unió*, *Esquerra Republicana de Catalunya*, *Partit dels Socialistes de Catalunya*, *Iniciativa per Catalunya Verds – Esquerra Unida i Alternativa* i el grupo de *Candidatura d’Unitat Popular*, es decir, de 107 de los actuales 135 parlamentarios.

²⁹ Vid. la Sesión constitutiva de la Comisión para el Estudio del Derecho a Decidir, de 4 de julio de 2013, *Diari de Sessions del Parlament de Catalunya*, Serie C, Núm. 153.

³⁰ Vid. al respecto la Nota de prensa de la Generalitat disponible en http://premsa.gencat.cat/pres_fsvp/AppJava/notapremsavw/detall.do?id=236414&idioma=0.

La fecha acordada es la del 9 de noviembre de 2014 y la pregunta propuesta es una pregunta doble: a una primera cuestión, “¿Quiere que Cataluña sea un Estado?”, seguiría, en caso de respuesta afirmativa a la primera pregunta, la posibilidad de contestar una segunda pregunta “¿Quiere que este Estado sea independiente?”³¹. La formulación de la pregunta ha suscitado controversia por su complejidad, por no haberse definido claramente el procedimiento de recuento y por variadas razones políticas, ya sea porque se entiende que pretende la destrucción de España o porque había que haber negociado previamente con el Gobierno español o porque no es una pregunta binaria como algunos querían o porque no está suficientemente clara la posibilidad de la denominada tercera vía³². En cualquier caso, el proceso político sigue en marcha, tiene ahora una fecha tótem y puede acabar en una situación de no retorno o, cuanto menos, de difícil retorno.

2. El Parlamento de Cataluña, el derecho de autodeterminación y el derecho a decidir

La identificación en términos amplios entre el denominado derecho a decidir y el derecho a la autodeterminación o principio de libre determinación puede deducirse claramente, a mi juicio, de distintas resoluciones y declaraciones aprobadas en los últimos años por el Parlamento de Cataluña. En realidad, el Parlamento de Cataluña, desde 1989, ha adoptado diversas resoluciones en relación con la autodeterminación del pueblo catalán, asociando normalmente este concepto a principios del Derecho Internacional, ya sea en comisión parlamentaria o en el pleno de la cámara³³. Se trata de declaraciones que nunca han sido impugnadas ante el Tribunal Constitucional debiéndose considerar, por tanto, como declaraciones con efectos estrictamente políticos y no jurídicos. No es hasta la Resolución de 2012 -a la que ya antes me he referido-, adoptada después del debate sobre la orientación política del Gobierno de 2012, que se formula de manera expresa en una Declaración parlamentaria el concepto del “derecho a decidir”, como ineludible consecuencia política del éxito de la manifestación del 11 de septiembre de 2012³⁴.

³¹ La doble pregunta evoca, en cierta manera, aunque con matices diferenciales importantes (como el exacto alcance de lo que significa Estado en la primera pregunta, la limitación de voto a la segunda pregunta sólo a los votantes que contesten afirmativamente a la primera y la limitación de las opciones a elegir en la segunda pregunta), la doble pregunta formulada en el referéndum sobre el estatuto de la isla de Puerto Rico de noviembre de 2012 que, quizás, podía haberse tomado en mayor consideración y constituir un elemento o fuente de inspiración para una hipotética pregunta negociada, en su caso, con el Gobierno del Estado. En ese (enésimo) referéndum en Puerto Rico en una primera pregunta se formulaba la cuestión “¿Está usted de acuerdo con mantener la condición política territorial actual?”, con la opción SI/NO. En una segunda pregunta, con independencia de la respuesta dada a la primera, se preguntaba a todos los electores sobre su preferencia entre las tres opciones presentadas: un Estado de los Estados Unidos, un Estado libre Asociado Soberano o la independencia.

³² Como mínimo, puede cuestionarse seriamente el contenido de la pregunta en términos de la exigencia de “claridad” que planteaba el Tribunal Supremo canadiense en su dictamen sobre Quebec al que más adelante me referiré con mayor extensión y detalle.

³³ Así se ha hecho hasta en cinco ocasiones distintas previas a la actual legislatura (en 1989, 1991, 1998, 1999, 2010, 2011 y 2012)

³⁴ En la moción aprobada el 10 de marzo de 2011, el Parlamento de Cataluña calificaba de “irrenunciable” el derecho del pueblo de Cataluña a la autodeterminación y defendía el derecho de la

En esta Resolución 742/IX del Parlamento de Cataluña se afirma claramente “la necesidad de que Cataluña haga su propio camino y de que el pueblo catalán pueda decidir libre y democráticamente su futuro colectivo, para garantizar el progreso social, el desarrollo económico, el fortalecimiento democrático y el fomento de la cultura y la lengua propias”³⁵. Sentada esta premisa fundamental, la Declaración establece que el Parlamento “constata la necesidad de que el pueblo de Cataluña pueda determinar libre y democráticamente su futuro colectivo e insta al Gobierno a realizar una consulta, prioritariamente en la próxima legislatura”³⁶. Sólo después, en otro apartado de la Resolución, dedicado al hecho nacional, el Parlamento “proclama solemnemente, tal como ya ha hecho en otras ocasiones trascendentales, el derecho imprescriptible e inalienable de Cataluña a la autodeterminación, como expresión democrática de su soberanía como nación”³⁷. De estas proclamaciones se desprenden, a mi juicio, dos observaciones fundamentales: de un lado, la íntima conexión del derecho a decidir con el derecho a la autodeterminación, priorizando, en todo caso y en el contexto político posterior al 11 de septiembre de 2012, la formulación de la noción -más blanda, como desarrollaré más adelante- del derecho a decidir; de otro lado, que afirmaciones como las relativas a la “nación” o, especialmente, a la misma “soberanía como nación” las ha formulado el Parlamento en numerosas ocasiones, aun cuando su trascendencia se haya estimado siempre de orden más político que jurídico.

No obstante, sin duda, el salto cualitativo en relación con el derecho a decidir se ha operado en esta legislatura, iniciada después de las elecciones del 25 de noviembre de 2012 y cuyo eje central, como he indicado, está girando en torno al derecho a decidir. Siguiendo los planteamientos del Acuerdo de legislatura, el Parlamento de Cataluña aprobó el 23 de enero de 2013 la Resolución 5/X, cuyo título expresaba claramente el reto soberanista: “Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña”³⁸. La Resolución establecía en su primer apartado que “[E]l pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano”, resultando los conceptos clave la consideración de Cataluña como “sujeto político y jurídico soberano”. Pese a que en otras Declaraciones se había proclamado la consideración de nación y de soberanía y el derecho imprescriptible a la autodeterminación de Cataluña, lo cierto es que esta Declaración del Parlamento iba más allá de lo formulado anteriormente. Pese a ello, seguía tratándose igualmente de un acto no normativo, con efectos estrictamente políticos, como las anteriores resoluciones y mociones parlamentarias, por lo que su cuestionamiento en términos jurídicos podía ser discutible. Sin embargo, el contexto político del momento y la misma posibilidad de que esta declaración pudiese en algún momento ser considerada como una declaración de soberanía asociada a los primeros pasos de un proceso unilateral de independencia -

sociedad civil catalana a expresarse libremente a través de las consultas a la ciudadanía (vid. *Diari de Sessions del Parlament de Catalunya*, Serie P - Número 9, de 10 de marzo de 2011).

³⁵ Párrafo 3 del apartado dedicado al derecho a decidir de la Resolución 742/IX, del Parlamento de Cataluña, de 27 de septiembre de 2012.

³⁶ Párrafo 5 de la Resolución 742/IX.

³⁷ Párrafo 4 del apartado dedicado a “El hecho nacional” de la Resolución 742/IX.

³⁸ La Resolución fue aprobada con 85 votos favorables (50 CiU, 21 ERC, 13 ICV-EUiA y 1 CUP), 41 en contra (17 PP, 15 PSC y 9 *Ciutadans*) y 2 abstenciones (CUP). Cinco diputados del PSC no participaron en la votación.

cuestión que, a tenor de algunos precedentes internacionales, aunque en contextos muy distintos, podía, remotamente, tener alguna incidencia- condujo al Gobierno español a impugnar la Resolución parlamentaria ante el Tribunal Constitucional quien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 161.2 de la Constitución y en su ley reguladora, dictó su suspensión ³⁹.

A los efectos que me interesa resaltar, la Declaración también se refería al diálogo y negociación “con el Estado español, con las instituciones europeas y con el conjunto de la comunidad internacional” y a la utilización de “todos los marcos legales existentes para hacer efectivo el fortalecimiento democrático y el ejercicio del derecho a decidir” ⁴⁰. Es decir, se asociaba, en parte, el proceso del derecho a decidir a su internacionalización y a los apoyos políticos internacionales y se pretendía también buscar el amparo en otros marcos legales, como, por ejemplo, el marco legal internacional; de ahí el sentido de este estudio.

Igualmente relevante resulta, a mi juicio y con el elemento diferencial de que no ha sido impugnada ante el Tribunal Constitucional y obtuvo una más reforzada mayoría parlamentaria, la Resolución 17/X, adoptada por el Parlamento de Cataluña el 17 de marzo de 2013, sobre la iniciación de un diálogo con el Gobierno del Estado para hacer posible la celebración de una consulta sobre el futuro de Cataluña ⁴¹. Sin adornos ni retóricas, a veces innecesarias, la Resolución 17/X se limita, en un único apartado, a declarar que “[E]l Parlamento de Cataluña insta al Gobierno a iniciar un diálogo con el Gobierno del Estado para hacer posible la celebración de una consulta a los ciudadanos de Cataluña para decidir sobre su futuro”. Es decir, nos hallábamos ante un acuerdo político parlamentario, de más amplia base, postulando que, mediante negociaciones políticas, se pueda celebrar una consulta a los ciudadanos, sin las consideraciones previas de estimarse Cataluña como un “sujeto político y jurídico soberano”. El extendido apoyo político y la amplia representatividad parlamentaria con la que se aprobó esta última Resolución -y que se manifestó, por tanto, partidaria de que se impulsase un diálogo político entre el Gobierno de la Generalitat y el Gobierno del Estado- no se ha traducido, todavía, en ninguna concreción real, probablemente por falta de una verdadera voluntad de diálogo y de negociación entre ambos Gobiernos. Pero no me cabe duda de que ésta -la del diálogo y la negociación- es la única fórmula posible que nos permitirá salir, democráticamente y en un estado de derecho, del atolladero político en el que nos hallamos. A mi juicio, la situación actual requiere altura de miras e, ineludiblemente, respuestas políticas y negociaciones y acuerdos políticos que puedan traducirse, en su momento, en las fórmulas jurídicas más adecuadas.

³⁹ Vid. el Auto 156/2013, de 11 de julio de 2013, del Tribunal Constitucional, manteniendo la suspensión de la Declaración del Parlamento de Cataluña.

⁴⁰ Párrafos cuarto y séptimo de la Declaración.

⁴¹ Esta Resolución obtuvo 104 votos favorables, 27 en contra y 3 abstenciones. El número de votos favorables es destacable pues la mayoría absoluta del Parlamento se halla en los 68 votos y los dos tercios reforzados necesarios para, por ejemplo, iniciar la reforma del Estatuto de Autonomía se hallan en los 90 votos.

La tercera resolución relevante fue adoptada el 27 de septiembre de 2013 cuando, en el contexto del debate de política general, el Parlamento de Cataluña aprobó la Resolución 323/X⁴², en la que la cámara “defiende un proceso democrático para que el pueblo catalán pueda ejercer su derecho a decidir y reclama que la ciudadanía de Cataluña pueda ejercer con el voto el derecho a decidir sobre la propia institucionalización política”, empleando así, de un lado, la fórmula sugerida en el Manifiesto propuesto por Joan Rigol y sin utilizar, como en otras ocasiones, la referencia al derecho de autodeterminación⁴³. Además, de otro lado, considerando “urgente” que se estableciera un diálogo para acordar las condiciones legales para el ejercicio del derecho a decidir, el Parlamento indicaba que haría, “en el marco de la Comisión de Estudio para el Derecho a Decidir, y de acuerdo con el Pacto Nacional para el Derecho a Decidir, una propuesta de vía o vías legales para iniciar desde Cataluña un proceso de solicitud al Congreso de los Diputados para la celebración de un referéndum sobre el futuro político de Cataluña, y una propuesta de fecha y pregunta del referéndum o consulta, antes de que acabe el presente período de sesiones”⁴⁴. Teniendo en cuenta que este período de sesiones finalizaba en diciembre de 2013 quedaba claro, de una parte, que se había establecido, políticamente, un plazo perentorio de tres meses para determinar fecha y pregunta; pero, de otra parte, también quedaba claro que se presentaría una solicitud al Congreso de los Diputados para la celebración de un referéndum, lo que trasladará el debate a otra sede parlamentaria y forzará necesariamente una votación en el Congreso, que puede resultar incómoda para algunos grupos políticos y puede tensionar aún más la situación política.

Esta presión temporal culminó finalmente con el acuerdo político sobre la pregunta, la fecha y el procedimiento, de 12 de diciembre de 2013, al que ya me he referido y que, estrictamente, ni se adoptó en el marco de la Comisión de Estudio para el Derecho a Decidir ni de acuerdo con el Pacto Nacional para el Derecho a Decidir. La formalización jurídica del acuerdo sobre la vía legal para la celebración de la consulta ha llevado al Parlamento de Cataluña a la adopción de la Resolución 479/X, de 16 de enero de 2014⁴⁵, por la que, de conformidad con el artículo 150.2 de la Constitución, se acordó presentar al Congreso de los Diputados una Proposición de ley orgánica de delegación en la Generalitat de Cataluña de la competencia para “autorizar, convocar y celebrar un referéndum consultivo para que los catalanes se pronuncien sobre el futuro

⁴² De 27 de septiembre de 2013 (*Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, Núm. 160, de 2 de octubre de 2013). Esta parte del texto de la Resolución fue aprobada por CiU, ERC, PSC y ICV-EUiA (es decir, por 103 votos), pero otra parte de la Resolución, dedicada al Ejercicio del Derecho a Decidir, fue aprobada sólo con los votos de CiU, ERC, ICV-EUiA y la CUP, lo que suma 87 diputados de los 135, y la oposición de PSC, PP y *Ciutadans*.

⁴³ Párrafo segundo del apartado relativo al Derecho a decidir del pueblo de Cataluña, de la Resolución 323/X del Parlamento de Cataluña (la traducción es propia), aprobada por 87 votos.

⁴⁴ Apartado 3 del apartado relativo al Ejercicio del Derecho a Decidir de la Resolución 323/X. En la Resolución, además, se instaba al Gobierno “a internacionalizar el derecho a decidir del pueblo de Cataluña” a través una serie de acciones (punto 2 del apartado XIII de la Resolución dedicado a la Proyección Exterior), aunque este punto sólo obtuvo el apoyo de CiU y de ERC.

⁴⁵ Adoptada por 87 votos (los de CiU, ERC, ICV-EUA y tres diputados del PSC, ya que los 3 diputados de la CUP se abstuvieron finalmente).

político colectivo de Cataluña”⁴⁶. La propuesta argumenta, entre otras consideraciones, que la Constitución y el Estatuto consagran el principio democrático que, además de mediante la democracia representativa, puede articularse también mediante la participación política directa, que tiene como instrumento básico el referéndum⁴⁷. Aunque nadie duda de que el rechazo a esta propuesta en el Congreso de los Diputados será rotundo, se pretende -en el momento de cerrar este estudio- acelerar el debate de la proposición de ley mediante la presentación directa de otra proposición de ley con el mismo contenido por parte de las fuerzas políticas presentes en la Cámara.

3. El denominado derecho a decidir: significado y efectos de esta expresión

De lo expuesto en los apartados anteriores se desprende, sin duda, que existe una amplia actividad política y un amplio apoyo político y social en torno a lo que ha venido en denominarse derecho a decidir, aunque nadie haya precisado el exacto significado jurídico de esta expresión, ya sea en el derecho interno -en el ordenamiento jurídico español o en el derecho público de Cataluña- o en el Derecho Internacional. En este sentido, lo primero que debe indicarse es que, a mi juicio, la expresión “derecho a decidir”, aunque lo pueda parecer y aunque algunos así lo sustenten y pretendan argumentar, no es, estrictamente, una noción jurídica, ni un derecho establecido en ningún ordenamiento jurídico, ni en el ordenamiento interno español ni en el ordenamiento jurídico internacional; en otras palabras, el denominado derecho a decidir carece, en mi opinión, de contenido jurídico alguno. Se trata claramente, a mi entender, de un neologismo, de un giro o nueva acepción lingüística, con significado y efectos estrictamente políticos. Pese a ello, sin ningún género de dudas, debe asumirse que la expresión “derecho a decidir” ha tenido un éxito arrollador desde el proceso estatutario y la Sentencia del Tribunal Constitucional y, especialmente, desde el punto de inflexión que constituyó la manifestación del 11 de septiembre de 2012.

En cualquier caso, se trata de una expresión reciente, cuya utilización se puede remontar a unos pocos años atrás, y que en España vino fundamentalmente importada y lanzada desde el contexto del País Vasco y la iniciativa de un nuevo Estatuto político para Euskadi impulsada por el Lehendakari Ibarretxe que, además de presentar su iniciativa ante las Cortes Generales, intentó convocar una consulta, que el Tribunal Constitucional paralizó considerándola inconstitucional⁴⁸. En paralelo, la expresión en cuestión pasó a

⁴⁶ Artículo único de la Resolución. En la Resolución se dispone también que el referéndum se celebraría en los términos que se acuerden con el Gobierno del Estado, que se celebraría antes de que finalice el año 2014 y que lo convocaría la Generalitat.

⁴⁷ Vid. apartado II del Preámbulo. El apartado III de este mismo Preámbulo establece también que “[L]a expresión del derecho a decidir mediante un referéndum consultivo no puede considerarse tampoco, en sí misma, incompatible con el marco constitucional y legal. La naturaleza consultiva del referéndum debe permitir su aplicación en el caso concreto del derecho a decidir, entendiendo que es la fórmula más idónea para iniciar un proceso democrático y no para definir en sí mismo una realidad jurídica que dependerá de la negociación política posterior y de la aplicación de los resultados del referéndum de acuerdo con el principio de legalidad y sin excluir, naturalmente, los procesos de reforma constitucional”.

⁴⁸ La Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política, fue declarada

utilizarse en el marco de diversas manifestaciones promovidas en Cataluña por grupos independentistas que crearon en el año 2006 la *Plataforma pel Dret a Decidir*, y fue asumida, asimismo, en el marco de las consultas soberanistas a las que ya me he referido. La expresión tiene, por tanto, un origen claramente político -de propaganda de determinados planteamientos políticos-, y sus ejes impulsores se sitúan en el País Vasco y en Cataluña, las dos Comunidades Autónomas donde más definidas y fundamentadas históricamente se hallan las aspiraciones nacionalistas. El que tenga un origen político no es, evidentemente, ni bueno ni malo, pero se trata sólo de esto, de una noción de retórica política y con contenido político.

En este sentido, y aunque se utilice en la expresión, entiendo claramente que no nos hallamos ante un “derecho” en sentido estricto, con unos titulares jurídicos, con unas obligaciones para los poderes públicos correspondientes a este pretendido derecho, con unas consecuencias o efectos jurídicos de su ejercicio y con unos mecanismos de exigibilidad jurídica de dicho derecho ante los tribunales competentes. Se trata, en todo caso, como digo, de un planteamiento de alcance político -y como tal debe entenderse- pero no de un derecho, y, mucho menos, de un derecho que, además, pudiese implicar también su ejercicio al margen de la legalidad. Lo que, como desarrollaré más adelante, no constituye óbice alguno a la afirmación de que la democracia se basa en la voluntad popular y que en el Derecho Internacional está reconocido que es esta voluntad la base de la autoridad del poder público; de lo que deriva, por tanto, que la legitimidad social y democrática, en un estado de derecho, debe condecirse con la legalidad, a la que todos, individuos y autoridades, están sometidos.

En la perspectiva que estoy planteando debe quedar claro que en el ordenamiento jurídico internacional -como voy a desarrollar- ni existen ni se plantean textos e instrumentos jurídicos internacionales que recojan ningún específico “derecho a decidir” o principios jurídico-internacionales relacionados con este derecho a decidir -es decir, es algo inexistente en el Derecho Internacional-, aunque haya quien -como el mismo Consejo Asesor para la Transición Nacional- haya querido ver, errónea o intencionadamente a mi juicio, un fundamento jurídico internacional a este derecho a decidir en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia

inconstitucional mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2008, de 11 septiembre [vid. al respecto, en particular, A. LÓPEZ BASAGUREN, “Sobre referéndum y Comunidades Autónomas. La Ley vasca de la ‘consulta’ ante el Tribunal Constitucional (Consideraciones con motivo de la STC 103/2008)”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 9, octubre 2009, p. 202-240]. La consulta debía realizarse el 25 de octubre de 2008 y las preguntas que la Ley 9/2008 preveía que se formularían eran las siguientes: “a) ¿Está Usted de acuerdo en apoyar un proceso de final dialogado de la violencia, si previamente ETA manifiesta de forma inequívoca su voluntad de poner fin a la misma de una vez y para siempre? y b) ¿Está Usted de acuerdo en que los partidos vascos, sin exclusiones, inicien un proceso de negociación para alcanzar un Acuerdo Democrático sobre el *ejercicio del derecho a decidir* del Pueblo Vasco, y que dicho Acuerdo sea sometido a referéndum antes de que finalice el año 2010?” (la cursiva es mía). La segunda pregunta planteaba, como se acaba de ver, el “acuerdo para iniciar un proceso de negociación para el ejercicio del derecho a decidir”. En el momento actual en Cataluña, sin embargo, las fuerzas políticas y una amplia mayoría social está plenamente convencida de la existencia y titularidad de este pretendido derecho a decidir y, por tanto, lo que se reclama es directamente su ejercicio y no un proceso de negociación política sobre qué es lo que debe decidirse y con qué alcance.

relativa a Kosovo, sobre la que volveré más adelante ⁴⁹. En todo caso, es indudablemente cierto que la expresión derecho a decidir se asocia, de manera eufemística, al principio de la libre determinación de los pueblos y al ejercicio del derecho de todos los pueblos a la libre determinación reconocido en el Derecho Internacional ⁵⁰.

También es cierto que se asocia a un principio fundamental de carácter democrático -de “radicalidad democrática”, en la expresión utilizada por los sectores más proindependentistas- y, en este sentido, respetuoso con los derechos humanos, que han sido objeto también de importantes desarrollos en el Derecho Internacional contemporáneo. Pero no por ello la expresión derecho a decidir deja de ser una argucia o un ingenio conceptual de naturaleza política, del que tampoco se desprende su exacto alcance, es decir, qué es lo que debe decidirse, aunque para determinados sectores políticos y sociales se trata, simplemente, del derecho a decidir la independencia de Cataluña. El qué es lo que debe decidirse, su alcance jurídico-político y, sobre todo, los efectos, jurídicamente vinculantes o no, de esta “decisión”, son aspectos sobre los que las fuerzas políticas que apoyan el concepto del derecho a decidir han alcanzado algunos acuerdos parciales -como el mismo acuerdo sobre la pregunta- pero que siguen siendo controvertidos políticamente.

Algunos autores incluso han teorizado la expresión “derecho a decidir” desde la ciencia política considerándola como la evolución -o, quizás, mejor dicho, a mi parecer, la sustitución- del principio de la libre determinación de los pueblos o del derecho de autodeterminación. Para alguno de ellos, se trata de un “nuevo paradigma” adecuado para satisfacer reivindicaciones nacionalistas en Estados democráticos que “no pueden aspirar a ser consideradas como potenciales casos de aplicación del derecho a la autodeterminación, de conformidad con la definición originaria e internacionalmente aceptada pero que, en cambio, y gracias a los procesos de descentralización política de las últimas décadas, ejercen plenamente como *demos* y están en posición de reclamar el principio de soberanía que recoge el derecho a decidir” ⁵¹. Más adelante retorno sobre

⁴⁹ Para J. López, la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia constituye una pieza clave para el desarrollo y el reconocimiento jurídico del derecho a decidir (vid. J. LÓPEZ HERNÁNDEZ, *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 núm. 4, noviembre 2011, Centre UNESCO de Catalunya, Barcelona 2011, p. 8 y ss.). El mismo Consejo Asesor para la Transición Nacional ha querido ver en la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de una manera, a mi juicio, temeraria por su escasa consistencia y desarrollo argumental, el establecimiento de “los principios del derecho a decidir” (vid. el primer Informe del Consejo Asesor ya citado, p. 46). Paradójicamente, sin embargo, en su Informe núm. 4, sobre la *Internacionalización de la consulta y del proceso de autodeterminación de Cataluña*, el Consejo Asesor, si bien fundamenta su argumentación también en el principio democrático, hace prácticamente abstracción del concepto del derecho a decidir, como si ya no fuera el concepto político central y hubiera sido reemplazado, en un proceso de ida y vuelta, por el concepto de la autodeterminación (vid. en el cuarto Informe, p. 15, la única ocasión en que se menciona la expresión derecho a decidir).

⁵⁰ Vid., por ejemplo, en este mismo sentido, A. GALÁN GALÁN, “Secesión de Estados y pertenencia a la Unión Europea ..”, *op. cit.*, p. 98.

⁵¹ Vid. en este sentido, J. LÓPEZ HERNÁNDEZ, *Del dret a l'autodeterminació al dret a decidir ...*, *op. cit.*, p. 9 (traducción propia del original en catalán).

alguno de estos argumentos, pero quiero señalar ahora dos dimensiones esenciales de este planteamiento que reflejan sus propias contradicciones: de un lado, el reconocimiento por el mismo autor y, en general, por este sector, de la no pertinencia del principio de la libre determinación de los pueblos reconocido en el Derecho Internacional; y, de otro lado, el argumento -falaz en términos jurídicos, a mi parecer- de considerar la autonomía o la descentralización política como fundamento para una reclamación de soberanía y para legitimar, en el fondo, un proceso secesionista.

En este sentido, a mi juicio, el “nuevo paradigma” que se propone con la expresión derecho a decidir asume, a fin de cuentas, que la utilización de la expresión derecho de autodeterminación puede concitar cierta resistencia en sectores moderados, tanto por su inconsistencia con el Derecho Internacional, como por su reminiscencia más radicalizada o, incluso, tercermundista; algo que la mucho más “blanda”, “blanca” y “edulcorada” expresión “derecho a decidir”, con toda su ambigüedad e inconcreción, desvanece completamente, con lo que se facilita su más amplia acogida ⁵². En otras palabras, el pretendido derecho a decidir resulta más bien, a mi entender, un artificio semántico, aunque, sin duda, ha sido un artificio muy exitoso políticamente, por lo que tampoco puede negarse -ni voy yo a negar en este estudio- su valor político impulsor y su innegable proyección.

Aunque jurídicamente no tenga fundamento alguno y se trate de una noción extraordinariamente simple y sencilla -que no promueve la duda ni obliga a la reflexión-, debe reconocerse que la expresión ha resultado tremendamente efectiva. Como indican algunos autores, la expresión derecho a decidir tiene “una gran fuerza expresiva”, es un éxito de “marketing político” ⁵³ y ha acabado por convertirse en un eslogan absolutamente “imbatible” ⁵⁴. De tal manera que se tacha de caduco al ordenamiento jurídico que no incorpore este derecho y de anti-demócrata tanto a quien lo discuta como al Gobierno que se oponga al ejercicio de este tan legítimo e inmanente derecho a decidir, aunque resulte ambiguo en su contenido y efectos. Ha acabado, pues, por presentarse como absolutamente incontestable e inalienable algo que no es un derecho legalmente existente, pero que ha sido aceptado así en amplios sectores de la sociedad catalana. La idea ha calado tan profundamente que la actual fase política ya no es, para muchos, la de la discusión sobre la existencia de este pretendido derecho sino, estrictamente, sobre las modalidades de su ejercicio.

⁵² Como reconoce el mismo J. López refiriéndose al derecho a decidir, “si bien aún no presenta una definición muy precisa para sus usuarios, sí parece obtener más réditos políticos, atendiendo a que se ajusta mejor a las realidades y valores del siglo XXI” (traducción propia del original en catalán, vid. J. LÓPEZ HERNÁNDEZ, *Del dret a l'autodeterminació al dret a decidir ...*, op. cit., p. 15).

⁵³ Como indica López Basaguren, “la expresión ‘derecho a decidir’ tiene una gran fuerza expresiva, pues muestra de una forma extraordinariamente simple una idea que tiene todo a su favor para ser acogida favorablemente por sus destinatarios preferentes, para calar en la ciudadanía”. López Basaguren considera, asimismo, que se “trata, sin duda, de un gran éxito de marketing político” [vid. A. LÓPEZ BASAGUREN, “La secesión de territorios en la Constitución española”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25 (2013), pp. 99-100].

⁵⁴ Así lo califica Javier PÉREZ ROYO en un artículo de opinión en *El País*, de 5 de julio de 2103.

De otro lado, como han señalado algunos autores, en el momento presente y respecto a la situación política catalana y al proceso soberanista confluyen -en una dialéctica de retroalimentación continuada y mutua- diversas crisis que, aunque presentan retos de entrada distintos, atraviesan España simultáneamente: la crisis económico-financiera, la político-institucional y la nacional-territorial⁵⁵. El pretendido derecho a decidir en clave de ruptura nacional-territorial se asocia así con la misma crisis política-institucional y la creciente desafección ciudadana con la actividad política, planteándose como un objetivo también de regeneración democrática y de hacer la democracia más real y más cercana a los ciudadanos.

Bajo esta perspectiva, y atendiendo a que nuestro sistema jurídico-constitucional es una democracia de tipo representativo, el derecho a decidir se relaciona -así lo formula el Parlamento de Cataluña en su ya citada Resolución 479/X- con el ejercicio de una democracia directa o más participativa, como sucede en algunos otros Estados europeos, donde sus sistemas político-jurídicos facilitan y promueven la celebración de referéndums y consultas de todo tipo. Se trata de una asociación en relación con la profundización democrática que ha tenido por efecto, también, el de favorecer la amplia acogida experimentada por la expresión derecho a decidir en una situación de escasa confianza social en el sistema político. Sin embargo, aunque entiendo que todo sistema democrático -el nuestro también- puede ser mejorable y que puede y debe profundizarse en la democracia -y regenerarse-, no me cabe ninguna duda de que el sistema y la tradición constitucional de España como democracia representativa resulta tan legítima y tan democrática como otros sistemas constitucionales y de estado de derecho de nuestro entorno.

Si a esta crisis de la política, también crisis institucional en España, si a esta progresiva desafección política de los ciudadanos, que resulta innegable a estas alturas -y no sólo en Cataluña-, se añaden los efectos devastadores de la crisis económico-financiera por la que está pasando España, resulta también inevitable que, en opinión de muchos ciudadanos, nos hallemos ante una situación desasosegadora que necesita una motivación, una esperanza o una ilusión de cambio. Motivación, esperanza o ilusión que, en Cataluña, se ha acabado por plasmar casi exclusivamente, a falta de otras opciones o proyectos políticos motivadores, en el derecho a decidir y, específicamente, en la pretendida independencia de Cataluña. En este orden de ideas, para determinados sectores políticos y sociales, el momento actual -cual tormenta perfecta- es la ocasión idónea y una oportunidad única para, sacando rédito de situaciones estrictamente coyunturales y de sentimientos apasionados y poco racionalizados, alcanzar determinados objetivos políticos.

En definitiva, y en lo que a nuestros efectos interesa, no hay duda de que a estas alturas del proceso una amplia mayoría de la población catalán es partidaria del pretendido, ambiguo e inconcreto derecho a decidir; que así lo ha traducido también, con algunos matices y confusiones, una amplia y suficiente mayoría parlamentaria, que ha puesto en

⁵⁵ Vid., por ejemplo, lo que señala J.M. CASTELLÀ ANDREU, "Democracia, reforma constitucional y referéndum ..", *op. cit.*, pp. 172 y ss.

marcha una Comisión de Estudio para el Derecho a Decidir; que el Gobierno de la Generalitat también ha adoptado, siguiendo el Acuerdo de legislatura, disposiciones al respecto con la creación del Consejo Asesor para la Transición Nacional y con la creación del Pacto Nacional para el Derecho a Decidir; que fuerzas políticas con una suficiente mayoría parlamentaria han acordado una pregunta y una fecha para una futura consulta; y, finalmente, que el fundamento democrático de este pretendido derecho a decidir se asocia también al principio de la libre determinación y pretende inspirarse en los marcos legales internacionales. Por todo ello, resulta conveniente, a mi juicio, un examen más detallado de este marco jurídico internacional en la medida que resulte pertinente para contrastar el verdadero alcance en el Derecho Internacional del denominado derecho a decidir.

III. EL PRINCIPIO DE LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Tal como he planteado, el derecho a decidir no constituye más que un eufemismo para, añadiéndole una vinculación de carácter democrático absolutamente irrefutable, referirse al principio de la libre determinación de los pueblos y a su ejercicio mediante un referéndum o una consulta de autodeterminación. Conviene, por tanto, referirse a este principio de la libre determinación de los pueblos y a su alcance tal y como está formulado en el Derecho Internacional (1) y abordar también la estrecha conexión que se desprende en el Derecho Internacional contemporáneo entre el principio de la libre determinación de los pueblos y la democracia y el principio democrático (2), lo que nos conducirá al planteamiento de la posición del Derecho Internacional ante el supuesto de secesión de una parte del territorio de un Estado (3)⁵⁶.

1. Formulación y alcance del principio de la libre determinación de los pueblos

Los antecedentes directos del principio de la libre determinación de los pueblos han de situarse en la propia Carta de las Naciones Unidas, en la que se formulan diversas referencias al principio de la libre determinación de los pueblos, entre ellas en el artículo 1.2 que contiene los propósitos de la Organización y en el artículo 55 en relación con la cooperación internacional económica y social. Sin embargo, y pese a estas menciones, entre los fundadores de las Naciones Unidas había en aquel momento importantes países coloniales por lo que se hace difícil considerar que estas referencias significasen un pleno reconocimiento jurídico de un principio emergente del Derecho Internacional. De tal manera que lo que se acabó haciendo en la Carta de las Naciones Unidas fue establecer un doble régimen jurídico para los territorios y pueblos que aún no habían accedido a la independencia: de un lado, se estableció un régimen de administración fiduciaria para los territorios que permanecían bajo el anterior régimen de mandatos instituido en el Pacto de la Sociedad de las Naciones y al que se podrían

⁵⁶ Algunas de las argumentaciones que siguen fueron ya avanzadas en un artículo de divulgación X. PONS RAFOLS, "La 'Carta Magna de la Descolonización'. Algunas reflexiones en su cincuenta aniversario", *Revista de la Asociación para las Naciones Unidas en España*, núm. 41, diciembre 2010, pp. 5-11.

incorporar otros territorios que cediesen los Estados vencidos en la segunda guerra mundial (Capítulos XII y XIII de la Carta); y, de otro lado, y en relación con el resto de territorios y pueblos sometidos a dominación colonial, eufemísticamente denominados “territorios no autónomos”, se estableció un limitado régimen de fiscalización internacional (Capítulo XI de la Carta, artículos 73 y 74).

De las limitadas previsiones del artículo 73 de la Carta sobre los territorios no autónomos y de las controversias entre Estados coloniales y Estados anticolonialistas (entre los que, con matices, se hallaban también los Estados Unidos y la Unión Soviética) fue surgiendo, paulatinamente, una auténtica plataforma para impulsar, desde las mismas Naciones Unidas, la aceleración del proceso de descolonización. Se trataba de un impulso que sería retroalimentado constantemente a partir del momento en que los primeros países afroasiáticos lograban la emancipación colonial, se incorporaban a las Naciones Unidas y proclamaban la exigencia del fin del colonialismo en este foro y en todo tipo de reuniones internacionales, como la importante Conferencia celebrada en Bandung (Indonesia) en 1955. Esta situación progresiva es la que conduce, en 1960, al que podría calificarse como momento culminante del proceso de descolonización. En efecto, al iniciarse el período ordinario de sesiones de ese año de la Asamblea General, dieciséis nuevos Estados (todos afroasiáticos, salvo Chipre) fueron admitidos como miembros de la Organización, lo que precipitó la adopción, al cabo de pocos meses, de la Resolución 1514 (XV) que, por su excepcional relevancia política y jurídica, ha sido considerada como la “Carta Magna de la descolonización”⁵⁷. Esta Resolución fue aprobada el 14 de diciembre de 1960, por ochenta y nueve votos favorables, ninguno en contra y sólo nueve abstenciones (Portugal, España, Unión Surafricana, Reino Unido, Estados Unidos, Australia, Bélgica, República Dominicana y Francia).

La Declaración contiene, en sus siete párrafos dispositivos, una serie de principios informadores y ordenadores de la libre determinación de los pueblos. El primero de ellos señala de manera contundente que “la sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales”. Afirmación que es complementada, en segundo lugar, con el reconocimiento de la existencia de un derecho que deriva de este principio al establecerse que “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Lo que ya inicialmente sitúa una consideración pertinente: la de que al derecho de los pueblos a la libre determinación se corresponde una obligación de los Estados de respetar este derecho y, por lo tanto, en esta Resolución y en otras posteriores, se configuran también obligaciones y deberes para los Estados.

A partir de aquí surgiría de manera indiscutible como uno de los principios rectores del Derecho Internacional contemporáneo el principio de la igualdad de derechos y de la

⁵⁷ Vid. A. MIAJA DE LA MUELA, *La emancipación de los pueblos coloniales y el Derecho Internacional*, 2a ed., ed. Tecnos, Madrid 1968, en especial pp. 105-122.

libre determinación de los pueblos. El principio de libre determinación así enunciado sería reiterado desde entonces en numerosas ocasiones por la Asamblea General y por el mismo Consejo de Seguridad que, en el contexto de la condena del colonialismo portugués⁵⁸, confirmó reiteradamente la Resolución 1514 (XV) y, por tanto, confirmó la interpretación autorizada que la Asamblea General formulaba al principio de la libre determinación de los pueblos, reconocido -aunque imprecisamente delimitado- en la misma Carta de las Naciones Unidas. El límite al ejercicio de este principio se residenciaba -como veremos inmediatamente- en otro principio fundamental del Derecho Internacional como es el de la integridad territorial del Estado, que no resultaba aplicable en el supuesto de la situación colonial.

En todo caso, el texto más significativo lo constituye la Resolución 2625 (XXV), adoptada el 24 de octubre de 1970 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que contiene la importante “Declaración sobre 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”, auténtico catálogo de los principios estructurales del Derecho Internacional contemporáneo. En este catálogo de principios también está recogido el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, configurado como un derecho de los pueblos y un deber de los Estados⁵⁹. Además, la Corte Internacional de Justicia ha afirmado, en diversas ocasiones y refiriéndose a este principio, que cabe considerarlo como un “principio esencial” del Derecho Internacional contemporáneo, con carácter de derecho oponible *erga omnes*⁶⁰.

Completando el contenido de la Declaración formulada en la Resolución 1514 (XV), la Asamblea General adoptó el 15 de diciembre de 1960 -es decir, al día siguiente- la Resolución 1541 (XV) estableciendo fundamentalmente, de un lado, los principios que debían servir de guía a los Estados miembros para determinar si existía o no la obligación de transmitir la información requerida por el artículo 73 de la Carta, es decir, determinando qué es lo que debía entenderse por territorio no autónomo; y, de otro lado, fijando también las diversas formas de ejercicio del principio de la libre determinación, entendiendo por tales la constitución en un Estado independiente, la libre asociación con otro Estado independiente o su integración en otro Estado independiente. Estas tres posibles modalidades de ejercicio del derecho de libre determinación se resumen y complementan con otra modalidad posible formulada posteriormente mediante la Resolución 2625 (XXV): la de “la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo”, ya que lo relevante es que, sea cual sea la opción

⁵⁸ Vid. las resoluciones 180 (1963), de 31 de julio de 1963; 183 (1963), de 11 de diciembre de 1963; 218 (1965), de 23 de noviembre de 1965; 312 (1972) de 4 de febrero de 1972; y 322 (1972) de 22 de noviembre de 1972, todas ellas del Consejo de Seguridad.

⁵⁹ Vid. al respecto el análisis del principio de la libre determinación contenido en esta Declaración que formula E. PÉREZ VERA, *Naciones Unidas y los principios de la coexistencia pacífica*, ed. Tecnos, Madrid 1973, en particular pp. 78-87.

⁶⁰ Vid. por ejemplo, el asunto relativo a las Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad (*ICJ Reports* 1971, par. 52-53); el asunto relativo al Sahara Occidental (*ICJ Reports* 1975, par. 54-59); o el asunto relativo a Timor Oriental (Portugal c. Australia) (*ICJ Reports* 1995, pár. 29).

escogida, ésta responda a la auténtica voluntad de los pueblos coloniales. Entre estas “otras condiciones políticas” caben, obviamente, todas las posibilidades de autonomía y autogobierno y sus distintas gradaciones en un contexto confederal, federal, regional o provincial, lo que también abriría la puerta conceptual a lo que ha venido en considerarse la dimensión interna de la libre determinación, a la que enseguida me referiré ⁶¹.

Por lo que se refiere a la identificación del territorio no autónomo, es decir, del pueblo titular de la libre determinación, la Resolución 1541 (XV) establece como criterios básicos de identificación la separación geográfica con el Estado que lo administra y la diferenciación en sus aspectos étnicos y culturales, así como otros elementos de carácter administrativo, político, jurídico, económico o histórico. Esta consideración resulta esencial, tanto por el hecho de focalizar el alcance del principio estrictamente en los pueblos sometidos a dominación colonial u ocupación extranjera, como por constituir la válvula de seguridad de otro principio fundamental que también recogen todas estas resoluciones: el del respeto a la integridad territorial de los Estados. Más adelante volveré sobre ello, pero ha de quedar claro aquí que la Resolución 1514 (XV), y todas las siguientes -aunque con los matices que desarrollaré en el epígrafe 3 de este apartado III-, establecen claramente en cláusulas específicas -que se han denominado “cláusulas territoriales” ⁶² o “cláusulas de salvaguardia” ⁶³- que el principio de la libre determinación debe equilibrarse con el del respeto a la integridad territorial del Estado.

Así, y privilegiando este último, la Resolución 1514 (XV) establece claramente que “[T]odo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas” ⁶⁴. Esta aparente contradicción ⁶⁵ se resuelve en la misma medida que, como digo, se establecían criterios para identificar a los pueblos sometidos a dominación colonial y, por tanto, se estaba planteando también su condición jurídica distinta de la del Estado colonial. En estos términos lo expresa claramente la Resolución 2625 (XXV) cuando dispone que “[E]l territorio de una colonia u otro territorio no

⁶¹ Vid., por ejemplo, en este sentido, J.F. SOROETA LICERAS, “El derecho a la libre determinación de los pueblos en el siglo XXI: entre la realidad y el deseo”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2011*, ed. Tecnos/Universidad del País Vasco, Madrid 2013, en particular pp. 465-466.

⁶² Vid., por ejemplo, A. PELLET, “Quel avenir pour le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes?”, en *El Derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en Homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Vol. I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1994, p. 259.

⁶³ Vid., por ejemplo, J. CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, Second Edition, Oxford University Press, New York 2006, pp. 118 y ss.

⁶⁴ Apartado 6 del dispositivo de la Resolución 1514 (XV).

⁶⁵ Más aparente que real, ya que, como indica Murswiek respecto de la libre determinación y la integridad territorial de los Estados, “it is not right, however, to state that there is a contradiction between sovereignty and the right of self-determination, or that they exclude each other. If one of these principles is limited by the other, it is in this way that they are compatible with each other” [D. MURSWIEK, “The Issue of a Right of secession – Reconsidered”, en Ch. TOMUSCHAT (ed.), *Modern Law of Self-Determination*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1993, p. 35]. Vid. también sobre el choque entre estos dos principios en J. DUGARD, “The Secession of States and their Recognition in the Wake of Kosovo”, *Recueil des Cours*, Vol. 357, 2011, pp. 75 y ss.

autónomo tiene, en virtud de la Carta, una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra”. Es decir, si se trata de una condición jurídica distinta de la del Estado colonizador, el hecho de que el Derecho internacional haya establecido como principio esencial la libre determinación de los pueblos no resulta contradictorio con el también principio esencial del respeto de la integridad territorial de los Estados soberanos ⁶⁶. De este enfoque se desprende, a los efectos de mi argumentación, que la constitución de un Estado independiente en virtud de la libre determinación de los pueblos sometidos a dominación colonial no es un supuesto de “secesión” de parte de un Estado ⁶⁷.

En cualquier caso, y aunque es cierto que esta Resolución 2625 (XXV) sigue centrando el principio de la libre determinación -en su dimensión externa- en los pueblos coloniales o sometidos a opresión o dominación extranjera, también es cierto que el enunciado del principio se formula de una manera más general si cabe, extendiéndolo a “todos los pueblos” y, por tanto, dejándolos a todos ellos como titulares del derecho a la libre determinación. Aun asumiendo la indefinición del concepto de “pueblo” en el Derecho Internacional ⁶⁸, instrumentos paralelos, como el Acta Final de Helsinki o los mismos Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -a los que más adelante me referiré- avalan el planteamiento de un aspecto “externo” de la libre determinación, asociado a los pueblos coloniales y cuyo ejercicio puede comportar, entre otras modalidades, la creación de un Estado independiente, y un aspecto “interno” de la libre determinación, predicable de todos los pueblos y vinculado a la elección de una organización política y otras estructuras internas, y al propio desarrollo económico, social y cultural ⁶⁹.

Estos dos aspectos o dimensiones del principio de la libre determinación fueron claramente proclamados en 1975 cuando, en el marco de la entonces Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE), se adoptó el Acta Final de Helsinki. En esta Acta Final se indicaba, entre otros aspectos contenidos en la “Declaración sobre los Principios que Rigen las Relaciones entre los Estados Participantes”, que “[E]n virtud del principio de la igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos, todos los pueblos tienen siempre el derecho, con plena libertad, a determinar cuando y como lo

⁶⁶ Vid., en este sentido, por ejemplo, M.G. COHEN, “La création d’Etats en droit international contemporain”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. VI, 2002, p. 579.

⁶⁷ Como de manera errónea y confusa, a mi juicio, sostiene el Consejo Asesor para la Transición Nacional en su Informe núm. 4. Parte de los argumentos sostenidos en este Informe se basan en la consideración de que el derecho de secesión unilateral sólo está regulado explícitamente en el Derecho Internacional en casos de descolonización y que esto no equivale a su prohibición en otros casos (vid. Informe núm. 4, pp 12-13). Más adelante desarrollaré ampliamente estos extremos, pero baste con señalar aquí que lo planteado por el Consejo Asesor no es un supuesto de secesión unilateral, en la medida que el territorio no autónomo sometido a dominación colonial tiene una condición jurídica distinta y separada de la del Estado colonizador y, por tanto, no se ve afectada la integridad territorial de éste por el ejercicio de la libre determinación y la independencia del territorio.

⁶⁸ Como indica Pellet, en el conjunto de resoluciones sobre la libre determinación que nos están ocupando ni se definía pueblo ni exactamente qué significaba “libre determinación” (vid. A. PELLET, “Quel avenir pour le droit des peuples ..”, *op. cit.*, p. 267).

⁶⁹ En general, sobre esta dimensión interna de la libre determinación vid. A. CASSESE, *Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, 1995, pp. 101-140.

deseen, su condición política *interna y externa*, sin injerencia exterior, y a proseguir, como estimen oportuno, su desarrollo político, económico, social y cultural”. En la misma Acta se reiteraba también inmediatamente antes de este pronunciamiento, la idea de que el respeto de este principio de la libre determinación debe llevarse a cabo de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas “y con las normas pertinentes del derecho internacional, incluyendo las que se refieren a la integridad territorial de los Estados”⁷⁰.

En una línea argumental parecida, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁷¹ establece que “[L]os pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (Artículo 3); para añadir inmediatamente en el Artículo 4 que “[L]os pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”. El planteamiento es absolutamente claro en el sentido de que, tal como se observa en la práctica internacional desde la misma formulación inicial del principio de la libre determinación, para algunos pueblos -los pueblos sometido a dominación colonial o a ocupación extranjera- el ejercicio de este principio puede conducir, entre otras fórmulas, a la creación de un Estado independiente -es decir, la dimensión externa-; mientras que para otros pueblos, entre los que se hallan, en lo que ahora interesa, los pueblos indígenas, el ejercicio de la libre determinación comporta tan sólo una dimensión interna que, como veremos más adelante, debe asociarse también a principios básicos de derechos humanos válidos para todos los pueblos⁷².

Por lo que se refiere a los desarrollos prácticos en el ámbito de las Naciones Unidas en relación con el principio de la libre determinación cabe señalar fundamentalmente que, como continuación a la adopción de las resoluciones de 1960, la Asamblea General decidió en 1961 la creación de un Comité especial para el seguimiento de la aplicación de la Declaración contenida en la Resolución 1514 (XV), el Comité Especial de Descolonización. Este Comité, que, por su composición, se denomina comúnmente “Comité de los veinticuatro”⁷³, ha llevado a cabo desde entonces una labor ingente,

⁷⁰ Vid. el Principio VIII del Acta Final de Helsinki, de 1 de agosto de 1975, disponible en la página web de la OSCE, <http://www.osce.org/es/mc/39506?download=true> (cursiva propia). Al respecto, vid., asimismo, en P. PAZARTZIS, “Secession and international law: the European dimension”, en M.G. COHEN (ed.), *Secession. International Law perspectives*, Cambridge University Press, 2006, en particular pp. 358-360.

⁷¹ Aprobada por la Asamblea General mediante su Resolución 61/295, de 13 de septiembre de 2007.

⁷² Aunque ésta fue una de las cuestiones más controvertidas en el proceso de adopción de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [vid., al respecto, Ch. TOMUSCHAT, “Secession and self-determination”, en M.G. COHEN (ed.), *Secession. International Law .. op. cit.*, p. 37; G. ALFREDSSON, “The right of self-determination and indigenous peoples”, en Ch. TOMUSCHAT, *Modern Law of Self-Determination*, *op. cit.*, pp. 41-54; y, de manera general, S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, *Los pueblos indígenas en el orden internacional*, ed. Dykinson, Madrid 2001, en particular pp. 163-178].

⁷³ Comité Especial encargado de examinar la situación con respecto a la aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, establecido por la Asamblea General en 1961 [Resolución 1654 (XVI), de 27 de noviembre de 1961]. Inicialmente su composición era

reportando a la Asamblea General la situación de los distintos territorios sometidos a dominación colonial e impulsando la aplicación rápida de la Declaración a todos los territorios que no habían accedido aún a la independencia. Es decir, impulsando directamente, desde las mismas Naciones Unidas, la liquidación del colonialismo, lo que, en gran medida, se ha conseguido. En efecto, decenas de ex colonias (ya fueran territorios no autónomos o territorios en fideicomiso) obtuvieron su independencia en los años sesenta y setenta del siglo pasado, lo que ha comportado profundos cambios cuantitativos y cualitativos en las Naciones Unidas y en la sociedad internacional contemporánea. No obstante, la situación aún persiste y con ocasión de la conmemoración del trigésimo aniversario de la Declaración la Asamblea General estableció un primer Decenio Internacional para la Eliminación del Colonialismo (1991-2000) que fue continuado con un segundo Decenio (2001-2010) y que, finalmente, fue prolongado con la proclamación aún de un tercer Decenio Internacional para la Eliminación del Colonialismo (2011-2020) ⁷⁴.

En este sentido, aunque la lista del Comité de los veinticuatro sea ya en la actualidad bastante reducida, comprende todavía los siguientes 16 territorios no autónomos ⁷⁵: Anguila, Bermudas, Gibraltar, Guam, Islas Caimán, Islas Malvinas (Falkland), Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de los Estados Unidos, Montserrat, Nueva Caledonia, Pitcairn, Sahara Occidental, Samoa Americana, Santa Elena y Tokelau. El Comité también examina, además, la situación de Puerto Rico. Al margen de situaciones especialmente conflictivas ⁷⁶, algunos de los territorios de la lista pueden evolucionar, presumiblemente, hacia un acto de libre determinación y, quizás, hacia el surgimiento de nuevos Estados. Esta evolución es perfectamente plausible en relación, por ejemplo, con Nueva Caledonia, que tiene previsto un posible referéndum sobre la independencia entre los años 2014 y 2018 ⁷⁷, o con Tokelau, que ya ha celebrado dos referéndums en los últimos años, sin que en ninguno de los dos se haya alcanzado la mayoría necesaria para culminar el acto de libre determinación, con su asociación con Nueva Zelanda ⁷⁸.

En otras palabras, desde el punto de vista de las Naciones Unidas y del Derecho Internacional, a estas alturas del siglo XXI siguen siendo los territorios o pueblos

de 17 miembros pero pasó a 24 miembros mediante la Resolución 1810 (XVII) de 17 de diciembre de 1962.

⁷⁴ Mediante la Resolución 65/119 de la Asamblea General.

⁷⁵ Aunque quizás no están todos los que son, como indica P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. I, 1997, p. 146 y ss..

⁷⁶ Como las de Gibraltar, las Islas Malvinas o el Sahara Occidental, que tienen su sede en este Comité.

⁷⁷ A partir del Acuerdo de Numea (reproducido en el Documento de las Naciones Unidas A/AC.109/2114) firmado el 5 de mayo de 1998 entre el Gobierno francés y las fuerzas políticas canacas y en el que se optaba por una solución consensual y negociada del estatuto político del territorio.

⁷⁸ Esta posibilidad se asemeja mucho, tanto en la condición jurídica como en el tamaño de los territorios, a la diferente evolución experimentada por los territorios en fideicomiso del Pacífico: así, las Islas Marianas septentrionales mantienen un estatuto de autonomía política en unión (*commonwealth*) con los Estados Unidos, mientras que las Islas Marshall, la Federación de Estados de Micronesia y Palau tienen un estatuto de libre asociación con los Estados Unidos como Estados soberanos e independientes y miembros de las Naciones Unidas.

coloniales o sometidos a opresión o dominación extranjera los titulares del derecho a la libre determinación en su dimensión externa -es decir, pudiendo conducir a la creación de un Estado independiente-, sin que ello sea contemplado como un atentado al principio fundamental del respeto de la integridad territorial de un Estado ya existente. Esta dimensión o manifestación externa del principio de la libre determinación de los pueblos es la que se ha impulsado sistemáticamente desde las Naciones Unidas desde hace más de cincuenta años, pero no es la única dimensión que deriva del principio. Como ya he indicado y se ha señalado doctrinalmente, cabe hablar también de una dimensión o manifestación interna de este principio, vinculada a los derechos humanos y al principio democrático.

2. La vinculación entre el principio de la libre determinación de los pueblos y el principio democrático

En la línea argumental que estoy apuntando, y más allá de la orientación del principio de la libre determinación en relación con los pueblos sometidos a dominación colonial u ocupación extranjera, ha ido evolucionando en los últimos años la dimensión interna de la libre determinación, asociada asimismo al respeto de los derechos humanos y a lo que se ha convenido en denominar principio democrático. Sin embargo, la existencia de esta vinculación no implica necesariamente la identificación del principio de la libre determinación con la democracia, como la historia de los Estados surgidos de la descolonización ha evidenciado reiteradamente. Es decir, que aunque el principio de la libre determinación haya servido, históricamente, para acabar con la opresión colonial, eso no ha estado históricamente vinculado, por definición, con los derechos humanos y la democracia ⁷⁹.

En relación con esta vinculación entre el principio de libre determinación con los derechos humanos y el principio democrático debe indicarse, a los efectos que interesan ahora, que ya en todo el proceso que siguió a la adopción, en 1948, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y que se focalizó en la preparación de los futuros Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se había ido estableciendo el acuerdo de que el derecho de las naciones y de los pueblos a disponer de sí mismos -como derecho colectivo- se configuraba como una condición previa al disfrute, individual y colectivo, de los derechos humanos. Así se recogió, finalmente, en el texto de los Pactos, adoptados en 1966 ⁸⁰, cuyo primer artículo -idéntico en los dos textos- recoge que “[T]odos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen

⁷⁹ Baste señalar el establecimiento de numerosos regímenes autoritarios durante décadas en los Estados surgidos de la descolonización (vid., en este sentido, R.A. MILLER, “Self-Determination in International Law and the Demise of Democracy?”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 41, 2003, p. 612). También en algunos de los Estados surgidos de la descomposición de la Unión Soviética o de la antigua Yugoslavia se han experimentado -y se mantienen todavía- este tipo de situaciones de falta de democracia.

⁸⁰ Adoptados por la Asamblea General mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”⁸¹.

Se establece así una relación conceptual y sistemática entre libre determinación y derechos humanos, no en vano el principio de libre determinación -que ya estaba reconocido en el Derecho Internacional- pasaba a ser acogido desde ese momento en un tratado sobre derechos humanos⁸². La libre determinación se convertía, así, en un derecho colectivo que “se distingue de los demás derechos individuales, figura antes que ellos y es proclamado como un derecho universal y perpetuo”⁸³. Como reconocía el propio Comité de Derechos Humanos establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, refiriéndose a este artículo 1, el derecho que en este artículo se establece “reviste especial importancia, ya que su ejercicio es una condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los derechos humanos individuales y para la promoción y fortalecimiento de esos derechos”⁸⁴. Aunque el Comité no lo diga expresamente, esta disposición y este comentario inspiran también claramente lo que, doctrinalmente, se ha venido en denominar la dimensión interna del principio de la libre determinación, vinculada estrechamente a la democracia⁸⁵.

Una dimensión interna que, además, a diferencia de la dimensión externa, no se agota con el ejercicio de la libre determinación sino que mantiene su continuidad y preeminencia de manera continuada e indefinida. Como indicaba Roldán, “[E]ntendido en sus connotaciones democráticas, el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos se configura como un principio de tracto sucesivo, como un proceso continuo, permanente de autogobierno que infunde legitimidad popular a la regla de la soberanía del Estado”⁸⁶. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos insistía en su Observación General en la idea de que los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deberían, en sus informes periódicos, “describir los procesos constitucionales y políticos que permiten en la práctica el ejercicio de este derecho”⁸⁷.

Con similar perspectiva se pronunciaba el Comité contra la Discriminación Racial en su Recomendación General núm. 21 cuando señalaba que el derecho a la libre

⁸¹ Artículo 1.1 de ambos Pactos. La formulación es prácticamente idéntica a la contenida en la Declaración aprobada mediante la Resolución 1514 (XV).

⁸² Vid. A. ROSAS, “Internal Self-Determination”, en Ch. TOMUSCHAT (ed.), *Modern Law do Self-Determination*, op. cit., p. 243.

⁸³ Vid. el estudio preparado en 1978 por Aurelio CRISTESCU para la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías sobre *El derecho de los pueblos a la libre determinación en su desarrollo histórico y actual sobre la base de la Carta de las Naciones Unidas y de otros documentos aprobados por los órganos de las Naciones Unidas, particularmente en lo que se refiere a la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Documento E/CN.4/Sub.2/404 (Vol. I), párrafo 214.

⁸⁴ Vid. la Observación General núm. 12, adoptada en 1984 por el Comité de Derechos Humanos, párrafo 1, reproducida en el Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I).

⁸⁵ Vid. los extensos desarrollos al respecto de Th. CHRISTAKIS, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, La Documentation Française, París 1999, pp. 335 y ss.

⁸⁶ Vid. J. ROLDÁN BARBERO, *Democracia y Derecho Internacional*, ed. Civitas, Madrid 1994, p. 164.

⁸⁷ Observación General núm. 12 ya citada, párrafo 4.

determinación tiene un aspecto interno que, en relación con la eliminación de la discriminación racial, implica que “existe un vínculo con el derecho de todo ciudadano a participar en la dirección de los asuntos públicos en todos los niveles, tal como se estipula en el inciso c) del artículo 5 del Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial” y, por consiguiente, “los gobiernos deben representar a toda la población sin distinción alguna por motivos de raza, color, ascendencia o nacionalidad u origen étnico”⁸⁸. Bajo este enfoque, el Comité contra la Discriminación Racial consideraba que “los gobiernos deben mostrar sensibilidad por los derechos de las personas perteneciente a grupos étnicos, en particular a sus derechos a vivir con dignidad, a mantener su cultura, a compartir en forma equitativa los resultados del crecimiento nacional y a desempeñar el papel que les corresponde en el gobierno de los países de los cuales son ciudadanos”⁸⁹.

Esta misma línea argumental es la que se sostiene en la Declaración y Programa de Acción de Viena, de 1993, adoptados como resultado de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en la que, entre otras cosas -algunas de las cuales serán objeto de nuestra atención más adelante-, la Conferencia insistió también en la consideración de que “[T]odos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”, añadiendo que la Conferencia considera que “la denegación del derecho a la libre determinación constituye una violación de los derechos humanos y subraya la importancia de la realización efectiva de este derecho”⁹⁰. Se refuerza así la interacción entre el principio de la libre determinación y los derechos humanos, como premisa colectiva para su disfrute efectivo y, en particular, en relación con la democracia. En el mismo sentido, igualmente, la Declaración y Programa de Acción acoge la formulación más avanzada de la cláusula territorial, a la que ya antes me he referido, en el sentido de convertirla en la cláusula democrática o del gobierno representativo a la que me referiré inmediatamente.

En esta conexión entre libre determinación y derechos humanos se ponen en valor cuestiones tan relevantes como el principio democrático, la existencia de gobiernos representativos, la participación de todos en los asuntos públicos o el respeto de los derechos de los grupos y minorías; en definitiva, se trata de una conexión en la que, en relación con el principio de la libre determinación de los pueblos, se subraya la exigencia de la expresión democrática de la voluntad popular en relación con los asuntos públicos⁹¹. Es más, como señalaba Eckert, mientras que las libertades públicas y la participación en los asuntos públicos conforman elementos importantes de una democracia, “it is the right to self-determination that forms the cornerstone of the right

⁸⁸ Vid. la Recomendación General núm. XXI, sobre la libre determinación, aprobada en la 1147ª sesión del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, de 8 de marzo de 1996, reproducida en el *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, Documento A/51/18, p. 115, párrafo 9.

⁸⁹ *Ibid.*, página 116, párrafo 10.

⁹⁰ Vid. párrafo 2 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, *Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, Documento A/CONF.157/23.

⁹¹ Vid. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “La libre determinación de los pueblos ..”, *op. cit.*, p. 159.

to democracy”⁹². En consecuencia, por tanto, el principio de la libre determinación se entiende aplicable de manera general y para todos los pueblos -no sólo en los casos de dominación colonial o extranjera- y con valor y efectividad jurídica continuada indefinidamente. Se configura, en este sentido, como un derecho o principio de carácter continuado, que es expresión de la voluntad popular y reflejo de la libertad frente a injerencias exteriores⁹³.

En esta dimensión interna, el principio de la libre determinación de los pueblos significa la libertad de todos los pueblos para elegir su forma política de gobierno, su sistema económico y social, así como la manera de proseguir libremente su desarrollo político, económico, social y cultural en el marco de un Estado existente⁹⁴. El problema, como ya he indicado, estriba en determinar qué constituye un pueblo, noción no definida en el Derecho Internacional. Es más, atendiendo a que la sociedad internacional es fundamentalmente de base interestatal, hemos de colegir que el Derecho Internacional no reconoce a otros sujetos de derecho que a los Estados por lo que, normalmente, se moverá alrededor de la ecuación que, en términos jurídico internacionales, identifica un pueblo con un Estado. Consideración que, aun siendo incorrecta desde el punto de vista sociológico o antropológico⁹⁵, se confirma, incluso, cada vez que una colectividad humana que no había sido reconocida previamente como un pueblo consigue convertirse en un Estado⁹⁶. Desde esta perspectiva, el Derecho Internacional se limita a constatar la efectividad de las situaciones político-fácticas y se remite a las distintas respuestas de los ordenamientos internos sobre el carácter multinacional de algunos Estados, sobre el alcance de sus pactos federales o confederales o sobre la posibilidad de reconocer constitucionalmente la posibilidad de la secesión como ejercicio de la libre determinación por parte de alguna de sus unidades internas.

En este orden de ideas -y generalizando el planteamiento- baste recordar los dos referéndums celebrados en Quebec y, especialmente, el dictamen adoptado en 1998 por el Tribunal Supremo canadiense⁹⁷ cuando estableció que si se sometiese a la población de esta provincia canadiense una pregunta clara y una amplia mayoría respondiese afirmativamente ante un nuevo proyecto de independencia, se generaría entonces la

⁹² Vid. A.E. ECKERT, “Free determination or the determination to be free? Self-Determination and the democratic entitlement”, *Journal of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 4, 1999, p. 59.

⁹³ Vid. A. CASSESE, *Self-Determination of ..*, *op. cit.*, en particular, pp. 52-55.

⁹⁴ La *Comisión europea para la democracia a través del derecho*, conocida como Comisión de Venecia -sobre la que más adelante volveré- se refería a la libre determinación *interna* considerando que es “the right of people freely to determine their political status and to pursue their development within the state’s frontiers”, afirmando también que la “internal self-determination may be exercised by the assertion of specific fundamental rights, with a collective character, in particular in the cultural sphere, or even by federalism, regionalism or other forms of local self-government within the state with all due regard to territorial integrity” [vid. *Self-Determination and Secession in Constitutional Law*, Report adopted by the Commission at its 41th meeting, Venice 10-11 December 1999, Documento CDL-INF (2000) 2, p. 13].

⁹⁵ Desde el punto de vista antropológico, en los poco más de 190 Estados existentes en la actualidad viven alrededor de 6.000 comunidades étnicas distintas (vid. Th. CHRISTAKIS, *Le droit à l’autodétermination en dehors ..*, *op. cit.*, p. 18).

⁹⁶ Vid. M.G. COHEN, “La création d’Etats en droit international ..”, *op. cit.*, p. 587.

⁹⁷ Vid. el dictamen de 20 de agosto de 1998 [*Reference Re Secession of Quebec*, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385], disponible en <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>.

obligación jurídico-constitucional de negociar, por parte de las autoridades federales y de las autoridades quebequesas, la modificación constitucional respecto del pacto federativo. Es decir, no es que se generaría la obligación de respetar la voluntad de los quebequeses y, automáticamente, proclamar o establecer la independencia, sino que se generaría la obligación de negociar el alcance político de la decisión y las condiciones, fórmulas y plazos para que esta voluntad pudiera ser efectiva. Una negociación que, como reconocía el Tribunal canadiense, se concebía como “undoubtedly be difficult” y cuyos resultados “no one can predict”⁹⁸.

Es decir, el Tribunal Supremo no consideraba en ningún caso, como quiere interpretar erróneamente el Consejo Asesor para la Transición Nacional en su Informe núm. 1, que una mayoría clara a favor de la secesión “obligaría a la Federación y a las demás provincias a tener en cuenta esta voluntad y a negociar con el Quebec, pues esta opción gozaría de una legitimidad democrática que la Federación debería reconocer y respetar”⁹⁹. Al contrario, lo que dice el Tribunal Supremo canadiense es que “Quebec could not purport to invoke a right of self-determination such as to dictate the terms of a proposed secession to the other parties” y que el principio democrático “cannot be invoked to trump the principles of federalism and rule of law, the rights of individuals and minorities, or the operation of democracy in the other provinces or in Canada as a whole”. Es decir, ni es un dictado cerrado, porque eso no sería una negociación, ni el principio democrático puede descartar por sí solo los otros principios constitucionales. En este sentido, las negociaciones no serían efectivas “if their ultimate outcome, secession, is cast as an absolute legal entitlement based upon an obligation to give effect to that act of secession”¹⁰⁰.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo canadiense desarrolló un razonamiento sobre el alcance del principio de la libre determinación, así como sobre la “dimensión interna” del principio en el sentido de que “a people’s pursuit of its political, economic, social and cultural development within the framework of an existing state”¹⁰¹. Esta idea, como desarrollaré más adelante, se vincula con la posible fundamentación de una secesión unilateral, como último recurso, si el pueblo “is blocked from the meaningful exercise of its right to self-determination internally”¹⁰². Y, ciertamente, a este último párrafo se agarra el Consejo Asesor para la Transición Nacional en su breve y, a mi juicio, simple y descontextualizado comentario al pronunciamiento del Tribunal Supremo canadiense¹⁰³.

Sin embargo, a mi entender, lo más relevante de este pronunciamiento judicial del Tribunal Supremo canadiense -y el Consejo Asesor no presta ninguna atención a esta dimensión, a mi juicio, crucial- es que la base jurídica de una hipotética secesión, después de una negociación, si una amplia mayoría de los quebequeses respondía a una

⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 97, página 270 y párrafo 96, página 269.

⁹⁹ Informe del Consejo Asesor ya citado, p. 130.

¹⁰⁰ Vid. el dictamen del Tribunal Supremo canadiense, párrafo 91, página 267.

¹⁰¹ *Ibid.*, párrafo 126, página 282.

¹⁰² *Ibid.*, párrafo 134, página 285.

¹⁰³ Vid. el ya citado Informe del Consejo Asesor, p. 65.

pregunta clara, no la fundamentaba el Tribunal en el principio de la libre determinación de los pueblos, que consideraba completamente inaplicable al caso, sino que la situaba en cuatro principios constitucionales de derecho interno directores, que debían articularse debidamente y que constituían el fundamento y límite de todo el planteamiento judicial: el federalismo, la democracia, el constitucionalismo y el estado derecho y, finalmente, el del respeto de las minorías¹⁰⁴. Dicho de otra manera, y como veremos más adelante, el Derecho Internacional no resultaba pertinente al supuesto planteado y los principios a los que se refiere el Tribunal Supremo canadiense son principios del orden constitucional interno. Algunos de estos principios, ciertamente, como el de la democracia y el estado de derecho -o el de la protección de las minorías-, son también, como desarrollaré en su momento, principios cada vez más consolidados en el Derecho Internacional, pero su operatividad en el caso quebequés -y, en la hipótesis de cualquier secesión- tiene sentido y fundamento estrictamente en el plano interno.

3. El Derecho Internacional y la secesión de una parte del territorio de un Estado

En estrecha relación con lo que acabo de desarrollar, debe plantearse ahora la posición del Derecho Internacional frente a la secesión de una parte del territorio de un Estado. Posición que -ya avanzo- es, en todo caso, la de ni reconocer ni prohibir la secesión y, simplemente, reconocer las efectividades fáctico-políticas que se presenten; es decir, considerarlo una cuestión de derecho interno. Entiendo, en este sentido, que, en ningún caso, puede presuponerse que el Derecho Internacional sea favorable a los procesos de secesión atendiendo al carácter esencial en este ordenamiento del principio del respeto a la integridad territorial de los Estados. Así, al margen de los supuestos de los pueblos sometidos a dominación colonial u ocupación extranjera a los que se aplica el principio de libre determinación de los pueblos en su dimensión externa, la lista de pretensiones secesionistas o independentistas que no han fructificado y que no han tenido reconocimiento internacional es mucho más extensa que la de aquellas que han fructificado y han obtenido reconocimiento y acogida en el Derecho Internacional. Ello es así porque, salvo los matices que ahora desarrollaré, en el Derecho Internacional prima la integridad territorial de los Estados existentes que conforman la sociedad internacional y que son los que, esencialmente y en definitiva, establecen y desarrollan las normas de Derecho Internacional¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Párrafo 32, página 240 del dictamen. Sobre el dictamen del Tribunal Supremo se han publicado numerosos comentarios doctrinales, pero me parece muy sugerente la tesis que formula López Basaguren de considerar que el dictamen establece un “nuevo paradigma constitucional”, construido sobre los principios constitucionales que subyacen a los sistemas constitucionales democráticos de carácter federal o con autonomía territorial (vid. A. LÓPEZ BASAGUREN, “La secesión de territorios en la Constitución ..”, *op. cit.*, pp. 87-106).

¹⁰⁵ Como señalaba Tomuschat, “after all, International Law, although requiring compliance by States, which are its main addressees, is a creation by those same States which, through its rules, seek to guarantee stability in their mutual relations” y, por tanto, “they are reluctant to give their approval to new rules which might threaten their existence” [Ch. TOMUSCHAT, “Self-Determination in a Post-colonial World”, en Ch. TOMUSCHAT (ed.), *Modern Law of Self-Determination*, *op. cit.*, p. 4 y 10].

En este sentido, además, el fin de la guerra fría alimentó nuevas aspiraciones secesionistas y condujo a la creación de nuevos Estados en una dinámica de fragmentación de la estatalidad que, aunque pudiera resultar viable, no dejaba de ser paradójica con la extensión actual del fenómeno de la globalización ¹⁰⁶. En cualquier caso, el surgimiento de los nuevos Estados en Europa Central y Oriental no debe entenderse exactamente desde la perspectiva del ejercicio de la libre determinación de los pueblos, pues la situación y la coyuntura histórico-política era variada en las diversas situaciones ¹⁰⁷ y, en general, de otro tenor, jurídicamente vinculada incluso, en algunos casos, a previsiones constitucionales expresas sobre la autodeterminación en determinados Estados que se desmembraron, como la Unión de Repúblicas Socialistas Soviética y la República Socialista Federativa de Yugoslavia ¹⁰⁸. En otras palabras, estos procesos, además de concretarse en la dimensión externa, impulsaron más todavía la dimensión interna de la libre determinación, aunque se trataba de un proceso íntimamente asociado a planteamientos de carácter étnico-nacional ¹⁰⁹. En todo caso, lo que ha quedado claro de este proceso más reciente -y en particular relacionándolo con lo que he indicado en páginas anteriores- es que, al margen de las situaciones coloniales, un conflicto o una reivindicación secesionista de una minoría nacional se conceptualiza como un conflicto de unos ciudadanos con su Estado y, por tanto, queda fuera estrictamente de los márgenes del principio de la libre determinación ¹¹⁰.

En este orden de ideas puede afirmarse que el Derecho Internacional no reconoce un derecho a la secesión unilateral de una parte del territorio de un Estado, aunque tampoco lo prohíbe. Para ordenar el argumento desarrollaré, en primer lugar, la consideración de la secesión como último recurso en relación con el principio democrático (A) y, en segundo lugar, me ocuparé de la compatibilidad con el Derecho Internacional de una declaración unilateral de independencia (B).

¹⁰⁶ En el sentido de una fragmentación “externa” e indefinida derivada de la aspiración a formar Estados cada vez más reducidos y más difícilmente viables [vid., en este sentido, por ejemplo, S. SUR: “L’État entre l’éclatement et la mondialisation”, *Revue Belge de Droit International*, 1997.1, pp. 8 y ss., así como X. PONS RAFOLS, “Estados soberanos y cooperación multilateral: el papel de las Organizaciones internacionales”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (ed.), *Estados y Organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, ed. Iustel y AEPDIRI, Madrid 2010, en particular pp. 109-116].

¹⁰⁷ Vid., al respecto, el análisis sobre los distintos supuestos de J.F. SOROETA LICERAS, “El derecho a la libre determinación de los pueblos ..”, *op. cit.*, pp. 474-487.

¹⁰⁸ En un proceso que ha dejado sin estatalidad o, incluso, completamente desubicadas o en un cierto limbo jurídico, determinadas situaciones como las de Chechenia, Nagorno Karabaj, Abjasia, Osetia del Sur, Crimea, Transdnieéster, Gagauzia, o Tatarstán, por señalar sólo las más conocidas.

¹⁰⁹ Vid. al respecto la argumentación de R.A. MILLER, “Self-Determination in International Law and ..”, *op. cit.*, p. 624 y p. 633, así como el análisis de P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “La libre determinación de los pueblos en la nueva ..”, *op. cit.*, pp. 169 y ss.

¹¹⁰ Así se reconoce, incluso, desde las ópticas que han promocionado la expresión “derecho a decidir” (vid. por ejemplo, el estudio ya citado de J. LÓPEZ HERNÁNDEZ, *Dret dret a l'autodeterminació al ..*, *op. cit.*, p. 7), precisamente para alejar la expresión derecho a decidir de un principio, como el de la libre determinación de los pueblos, que no es aplicable al caso.

A) El principio democrático y la secesión unilateral como último recurso

Como ya he señalado, el principio fundamental del Derecho Internacional relativo al respeto de la integridad territorial de los Estados constituye también claramente una garantía contra la desmembración de un Estado, aunque no sea aplicable en el supuesto de la dimensión externa de la libre determinación, atendiendo a la condición jurídica distinta de los territorios sometidos a dominación colonial u ocupación extranjera. Cabe señalar aquí que la Corte Internacional de Justicia en una interpretación, a mi juicio, en exceso restringida y para contrarrestar los argumentos de los que sostenían que el principio de la integridad territorial contenía una prohibición implícita de las declaraciones de independencia unilaterales, afirmó en su Opinión consultiva en el asunto de Kosovo que el “alcance del principio de integridad territorial se limita a la esfera de las relaciones entre Estados”¹¹¹. Pero esta interpretación -a la que se acoge también el Consejo Asesor para la Transición Nacional¹¹²-, que la Corte fundamenta exclusivamente en el principio de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza, debería condecirse, a mi entender, con otros principios y otros razonamientos lógicos. Así, cuando se enuncia el principio de la libre determinación de los pueblos, tanto en la Resolución 1514 (XV) como en la Resolución 2625 (XXV), se formula un doble planteamiento en dos párrafos diferentes de las resoluciones: de un lado, como ya he indicado, para referirse a la integridad territorial como límite al principio de la libre determinación; y, de otro lado, para referirse a que todo Estado debe abstenerse “de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país”¹¹³. Sólo en este segundo supuesto se entiende el argumento de la Corte, que obvia así el primer supuesto y los aspectos que he señalado anteriormente en relación con la cláusula de salvaguardia y sobre los que volveré inmediatamente¹¹⁴.

En el sentido que me interesa destacar ahora, he subrayado antes que las resoluciones y otros textos internacionales que afirman el principio de la libre determinación establecen su límite en la integridad territorial del Estado, y así lo hacía la misma Resolución 1514 (XV) al establecer que prevalece esta integridad frente a las acciones

¹¹¹ Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion*, de 22 de julio de 2010, *ICJ Reports* 2010, p. 403, párrafo 80. La opinión consultiva, en su versión en español y con las declaraciones y opiniones disidentes y separadas, *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*, se encuentra reproducida en el Documento A/64/881/Add.1.

¹¹² Vid. el Informe núm. 1 ya citado del Consejo Asesor, p. 74 y nota 26.

¹¹³ Vid. así, los apartados 6 y 7 de la Resolución 1514 (XV) y los párrafos 7 y 8 de la Resolución 2625 (XXV). El párrafo reproducido es el 8 de la resolución 2625 (XXV).

¹¹⁴ En esta misma línea, criticando la opinión de la Corte Internacional de Justicia vid., por ejemplo, J. VIDMAR, “The Kosovo Advisory Opinion Scrutinized”, *Leiden Journal of International Law*, 24 (2011), pp. 368-369; C. JIMÉNEZ PIERNAS, “Los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos en la opinión consultiva sobre Kosovo: una oportunidad perdida”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2011.1, p. 40; y C. LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, “Kosovo ante la Corte Internacional de Justicia: la opinión consultiva de 22 de julio de 2010”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 21 (2011), pp. 22-23.

que pretendan quebrantarla o menoscabarla al socaire de la libre determinación¹¹⁵. De ahí saldrá, sin embargo, un novedoso alcance que se vincula directamente con el principio democrático. En efecto, la Resolución 2625 (XXV), de una manera más completa que la formulación inicialmente contenida en la Resolución 1514 (XV), establece que “[N]inguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, 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 descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, *sin distinción por motivos de raza, credo o color*”¹¹⁶. Es decir, lo que se plantea claramente es que se privilegia la integridad territorial sólo si el Estado se comporta de conformidad con el principio, tiene un gobierno representativo y actúa de manera no discriminatoria.

Se trata de una cláusula que ha sido muy estudiada doctrinalmente -tanto como cláusula de salvaguardia territorial como en su acepción de cláusula democrática¹¹⁷-, a lo que hay que añadir que, en la misma línea, otros textos más recientes y también altamente significativos reiteran la misma formulación. Así, la Declaración y el Programa de Acción de Viena, a la que ya me he referido, al referirse a la libre determinación, establece también que “[C]on arreglo a la Declaración sobre 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, nada de lo anterior se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política 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 y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, *sin distinción alguna*”¹¹⁸. La misma redacción se recoge, por ejemplo, en la Declaración adoptada con motivo del cincuentenario de las Naciones Unidas¹¹⁹. Aun con el matiz diferencial de “sin distinción por motivos de raza, credo o color” o “sin distinción alguna”, lo que quiero subrayar es que todos estos textos privilegian la integridad territorial del Estado sólo en la medida en que el Estado -que debe comportarse de conformidad con el mismo principio de la libre determinación y estar dotado de un gobierno representativo de la totalidad del pueblo, sin ninguna discriminación- sea, en definitiva, un Estado democrático.

¹¹⁵ Vid., en este sentido, E. PÉREZ VERA, *Naciones Unidas y los principios ...*, op. cit., pp. 81-82.

¹¹⁶ La cursiva es mía.

¹¹⁷ Vid., por ejemplo, el extenso análisis de A. CASSESE, *Self-Determination of ...*, op. cit., pp. 112 y ss.; de Th. CHRISTAKIS, *Le droit à l'autodétermination en dehors ...*, op. cit., pp. 295 y ss.; así como, en particular, P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “La libre determinación de los pueblos en la nueva ..”, op. cit., pp. 154 y ss.

¹¹⁸ Párrafo 2 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, Documento ya citado A/CONF.157/23. La cursiva es mía.

¹¹⁹ Adoptada mediante la Resolución 50/6 de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1995, apartado dispositivo 2.

El principio de la libre determinación que se dirige, por tanto, a los países y pueblos sujetos a dominación colonial, racista o extranjera, se formula conjuntamente con lo que podemos denominar “la cláusula democrática sobre el gobierno representativo”. Es decir, en Estados democráticos, con gobiernos representativos, sólo resulta predicable el principio de la libre determinación de los pueblos en su dimensión interna, en su sentido de principio democrático, y no en la dimensión externa, que pudiera conducir a un nuevo Estado independiente. La inicial referencia que formula la Resolución 2625 (XXV) a la no discriminación por motivos de raza, credo o color, no puede implicar, a mi juicio, una limitación a estas consideraciones de base (sólo étnicas o religiosas) para argumentar la libre determinación en su dimensión interna y, en este mismo sentido, la consideración de la no discriminación “sin distinción alguna” que formulan los otros textos internacionales que he mencionado da mayor apoyo al argumento de vincular la existencia de un gobierno democrático y representativo con una situación general de no discriminación. Es esta combinación de principios -gobierno representativo y no discriminación alguna- o, mejor dicho, la ausencia de estos elementos, lo que podría justificar, excepcionalmente, en el Derecho Internacional, una acción de ejercicio de la libre determinación que pudiera implicar también la dimensión externa de este principio, es decir un proceso de secesión.

Dicho de otra manera, el principio fundamental del Derecho Internacional en relación con la integridad territorial de los Estados cedería frente a una reclamación secesionista sólo en el supuesto de que el Estado contra el que se reivindicase la secesión como ejercicio de la libre determinación no estuviese dotado de un gobierno democrático y representativo. Porque resulta obvio que, en una situación democrática, como señala Crawford, “the people of such a State exercise the right of self-determination through their participation in the government of the State on a basis of equality”¹²⁰. En otras palabras, y como señaló acertadamente el profesor Carrillo Salcedo, “únicamente en circunstancias extremas en las que a un pueblo le es negada la autodeterminación interna podría hablarse del derecho de dicho pueblo a decidir unilateralmente su independencia”¹²¹. Es lo que se conoce como “secesión correctiva”¹²² o “secesión como remedio” (“*remedial secession*” en inglés, y “*sécession-remède*” o “*sécession corrective*” en francés)¹²³, como último recurso ante una situación en la que una comunidad humana sufre persecución y ve imposibilitado el ejercicio de la dimensión interna de la libre determinación; lo que, de alguna manera, como desarrollaré enseguida, podría entenderse con una cierta justificación, aunque con matices, en el caso de Kosovo¹²⁴.

¹²⁰ Vid. J. CRAWFORD, *The Creation of States ...*, *op. cit.*, p. 119.

¹²¹ Vid. J.A. CARRILLO SALCEDO, “Sobre el pretendido ‘derecho a decidir’ ..”, *op. cit.*, p. 22.

¹²² En la expresión utilizada por la Corte Internacional de Justicia en su ya citada Opinión consultiva sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*, párrafos 82 y 83.

¹²³ Vid., por ejemplo, Th. CHRISTAKIS, *Le droit à l'autodétermination en dehors ...*, *op. cit.*, pp. 295 y ss.; M.G. COHEN, “La création d’Etats en droit international ..”, *op. cit.*, en particular pp. 594-596; y J. DUGARD, “The Secession of States and their Recognition ..”, *op. cit.*, pp. 112-121.

¹²⁴ Como así justifica J. SOROETA LICERAS, “La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo de 22 de julio de 2010: una interpretación judicial *sui generis* para un caso que no lo es. Aplicabilidad de la cláusula de salvaguardia de la Resolución 2625 (XXV) o de la ‘secesión como

Esta lectura se inscribe en una situación general en la que el principio de la igualdad soberana de los Estados ha ido perdiendo, progresivamente, gran parte de su centralidad¹²⁵ y, consecuentemente, si un Estado no es respetuoso con los derechos humanos puede perder la protección de la que goza en virtud del Derecho Internacional y la comunidad internacional podría verse abocada a adoptar acciones y medidas o, en su caso, reforzar o fortalecer la legitimidad de una pretensión secesionista. Lo hizo en Kosovo en 1999 al situar el territorio bajo una administración internacional y, en parte, también se puede entender así en el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia respecto de la declaración unilateral de independencia, pero entiendo que lo expresa claramente otra noción emergente del Derecho Internacional contemporáneo, la de la responsabilidad de proteger¹²⁶. Esta noción, emanada de la Cumbre Mundial 2005, expresa la confluencia del debate sobre la secesión y el debate sobre la intervención humanitaria en esta esfera del Derecho Internacional. Aunque el debate acabe confluyendo, no hay duda tampoco de que la noción de la responsabilidad de proteger sigue teniendo un dudoso reconocimiento práctico en el plano internacional, atendiendo a las evidencias derivadas de diversos conflictos recientes¹²⁷. El profesor Tomuschat consideraba, en este sentido, que “international law must allow the members of a community suffering structural discrimination -amounting to grave prejudice affecting their lives- to strive for secession as a measure of last resort after all other methods employed to bring about change have failed”¹²⁸.

En definitiva, la aparente contradicción a la que ya me he referido entre el principio de la libre determinación de los pueblos y el de la integridad territorial de los Estados se sigue resolviendo a favor de la soberanía estatal con una única excepción más allá de las situaciones coloniales: en el caso en que un grupo infraestatal, con una identidad

remedio”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 25 (2013). El argumento se sustenta en la situación del año 1999, atendiendo a las violaciones de los derechos humanos y a la discriminación sufrida por la población albanokosovar, pero entiendo que tiene más dificultades pretender sostener el argumento en el contexto del año 2008 -como reconoce el mismo Soroeta-, que es cuando se aprueba la declaración unilateral de independencia y Serbia, aún con dificultades, puede considerarse un Estado democrático y de derecho que, en todo caso, todavía no ha podido llegar a un acuerdo para la solución política de la crisis de Kosovo. Sobre la controvertida justificación del caso de Kosovo como “remedial secession” vid., asimismo, J. DUGARD, “The Secession of States and their Recognition ..”, *op. cit.*, p. 163.
¹²⁵ Lo que constituye un claro reto al tradicional paradigma interestatal en el Derecho Internacional y marca una tendencia general -sobre la que volveré en el apartado III-, en el sentido de “to downplay State sovereignty, in favour of human rights, popular sovereignty and a democratic system of government” [A. ROSAS, “Internal Self-Determination”, en Ch. TOMUSCHAT (ed.), *Modern Law do Self-Determination*, *op. cit.*, p. 229].

¹²⁶ Noción sobre la que ya hay abundante bibliografía, pudiéndose citar entre la doctrina española, en particular, a M. J. CERVELL HORTAL, “La responsabilidad de proteger: cuando el sistema falla”, en A. BLANC ALTEMIR, (ed.), *El proceso de reforma de las Naciones Unidas*, ed. Tecnos, Madrid 2009, pp. 336-359 y, de la misma autora, “De la prevención de conflictos a la responsabilidad de prevenir”, en C. RAMÓN CHORNET, *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, ed. Tirant lo Blanc, Madrid 2010, pp. 131-156.

¹²⁷ Por ejemplo, en relación con Siria y a diferencia del conflicto de Libia, donde sí se autorizó el uso de las medidas necesarias para proteger a la población civil del área de Bengassi, pero tampoco se apoyó internacionalmente una pretendida secesión de la Tripolitania.

¹²⁸ Vid. Ch. TOMUSCHAT, “Secession and self-determination”, en M.G. COHEN (ed.), *Secession. International Law ..*, *op. cit.*, p. 41.

particular, sea víctima de serios ataques a sus derechos humanos y libertades ¹²⁹. Lo que representa, por decirlo de alguna manera, que son necesarias dos violaciones: de un lado, la violación del derecho del grupo a la autodeterminación interna, es decir, del derecho a tomar parte en los procesos de toma de decisiones o de gozar de autonomía o autogobierno; y, de otro lado, la comisión de graves violaciones de los derechos humanos en su detrimento ¹³⁰.

Algo similar parece querer defender el Consejo Asesor para la Transición Nacional cuando, en una elucubración teórica digna de mejor causa, analiza en su Informe núm. 1 las teorías que vinculan la legitimación de la independencia (secesión) a la existencia de una causa justa, es decir, teorías que entienden la secesión como un remedio legítimo ante injusticias concretas, y en el Informe núm. 4 fundamenta sus planteamientos de autodeterminación en la secesión como remedio ¹³¹. El problema, en todo caso, es que en Cataluña -a mi juicio, asumiendo que todo esto puede ser discutible-, aun cuando pueda haber -y la hay indudablemente- una percepción general de un encaje insatisfactorio de Cataluña en España, una creciente sensación de problemas y soluciones económico-fiscales injustas por no ordinales, una intensificada preocupación por la necesaria protección de la lengua y cultura catalanas, y una cierta sensación de regresión centralizadora y fiscalizadora del sistema autonómico, no se dan, afortunadamente, los supuestos excepcionales que justificarían en el Derecho Internacional la secesión como último recurso.

La práctica reciente, fundamentalmente con los procesos de desmembración de la Unión Soviética y de la antigua Yugoslavia, ha puesto ciertamente de relieve la ambigüedad y la imprecisión de estas conexiones entre libre determinación, integridad territorial y principio democrático y, en el fondo, del alcance en el Derecho Internacional del derecho a la libre determinación. Ello se ha debido, en parte, a las mismas previsiones constitucionales existentes en estos dos Estados federativos reconociendo a las

¹²⁹ Incluso hay quien plantea refiriéndose al proceso político catalán -aunque, a mi juicio, de manera excesiva y desproporcionada pues lo sitúa como condición previa a una consulta- que “only under conditions of political and cultural veritable repression that a case for regional referendum can convincingly be made” [vid. el artículo editorial de J. WEILER, JHHW, en *The European Journal of International Law*, Vol. 23.4 (2012), p. 911].

¹³⁰ Vid., en este sentido, A. TANCREDI, “A normative ‘due process’ in the creation of States through secession”, en M.G. COHEN (ed.), *Secession. International Law ...*, op. cit., pp. 176-177.

¹³¹ Vid. el Informe núm. 1 ya citado, p. 40, nota 9. En el Informe núm. 4, y con giros argumentales poco consistentes en relación con el Informe anterior, el Consejo Asesor desarrolla -a mi juicio de manera confusa y sesgada- un planteamiento que fundamenta la autodeterminación como último recurso para poner remedio a una situación injusta (pp. 17 y ss.). Considera el Consejo Asesor, sin aportar ninguna fundamentación doctrinal o jurisprudencial al respecto, que la lista de condiciones que permiten ejercer el derecho de secesión como último recurso no están plenamente consensuadas (p. 22), pero ello no acaba resultando determinante porque, según parece, lo único necesario es cumplir con los “requisitos procedimentales” de un proceso democrático y pacífico recogidos en la opinión consultiva de la CIJ sobre Kosovo (p. 17). Como planteamiento político, el eje que el Consejo Asesor considera fundamental es el “reforzar nuestro discurso internacional y subrayar que Cataluña se encuentra ante un atolladero (“*cul de sac*” en el original catalán) político: tanto por su estatus permanente de minoría como por el fracaso de los múltiples intentos que se han hecho con buena voluntad (“*good will*”) para superar esta condición sin separarse de España” (traducción propia del original catalán, p. 24).

repúblicas federadas el derecho a separarse libremente y al hecho de que, en definitiva y como ya he apuntado, el Derecho Internacional ni reconoce un derecho a la secesión ni lo prohíbe, limitándose a reconocer las efectividades jurídico-políticas observables sobre el terreno¹³². Es decir, el Derecho Internacional se limita a reconocer el éxito o el fracaso de la secesión, validando en algunas ocasiones su legalidad y su compatibilidad con principios fundamentales del Derecho Internacional. Ello es así con independencia de que las efectividades que representan los nuevos Estados sean nacidas del triunfo de opciones políticas independentistas, del ejercicio del derecho de la libre determinación de los pueblos o como resultado de conflictos civiles. En todo caso, de lo que se debería tratar es que estas efectividades fueran resultado, finalmente, de procesos democráticos y respetuosos con los derechos humanos y con la voluntad popular. Pero esta aparente “neutralidad jurídica” del Derecho Internacional no puede esconder que, por su misma naturaleza y por ser sus creadores quienes son, aun con algunos casos excepcionales de la práctica internacional debidos a conflictos concretos o a situaciones de violaciones de las normas internacionales, el Derecho Internacional, en general, favorece visiblemente a los Estados frente a los movimientos secesionistas que los amenazan¹³³.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial abundaba en estas ideas en los años noventa -y en el contexto del desmembramiento y de la formación de los nuevos Estados en la Europea oriental- al señalar que, pese a que “los grupos o minorías étnicos o religiosos hacen referencia frecuente al derecho a la libre determinación como base de un presunto derecho a la secesión”, atendiendo a lo dispuesto en esta cláusula de la Resolución 2625 (XXV) a la que me he referido, concluía que, a su juicio, “el derecho internacional no ha reconocido el derecho general de los pueblos a declarar unilateralmente su secesión de un Estado”. Es más, el Comité estimaba que “toda fragmentación de los Estados iría en detrimento de la protección de los derechos humanos y del mantenimiento de la paz y la seguridad”, lo que no excluía, sin embargo, “la posibilidad de llegar a arreglos concertados libremente por todas las partes interesadas”¹³⁴.

En este sentido, la secesión de una parte del territorio de un Estado no es una cuestión que sea, en abstracto, susceptible de ser abordada desde el Derecho Internacional. Tal situación no es, *per se*, ni legal ni ilegal, ni legítima ni ilegítima, porque lo único que le

¹³² Como indica López-Jurado, la creación de Estados “se sigue considerando como una cuestión prejurídica, esencialmente política, un hecho que el Derecho Internacional toma en cuenta para atribuir el estatuto jurídico de la soberanía que conlleva, a su vez, su capacidad para ejercer una serie de competencias tanto en el ámbito interno como en el internacional” (C. LÓPEZ-JURADO DE LA CRUZ, “La secesión de territorios no coloniales ..”, *op. cit.*, p.3).

¹³³ Vid. O. CORTEN, “Le droit international est-il lacunaire sur la question de la sécession”, en M.G. COHEN (ed.), *Secession. International Law ...*, *op. cit.*, p. 254. Es en este sentido que antes me he referido a que son muchas más las situaciones en que movimientos secesionistas o declaraciones unilaterales de independencia han acabado por no prosperar (más allá de los supuestos que ya he mencionado *supra* en la Nota 109, pueden mencionarse también los supuestos de Tíbet, Katanga, Biafra, Cachemira, Punjab Este, los Estados Karen y Shan, Tamil Elan, Somalilandia, Bougainville, Kurdistán, República Srpska, Anjoun, Irian Occidental, Aceh, Eslavonia Oriental, Azawad, Puntlandia, Mindanao y Palawam, por señalar sólo algunos de los más conocidos).

¹³⁴ Vid. la Recomendación General núm. XXI ya citada, Documento A/51/18, p. 116, párrafo 11.

importa al Derecho Internacional es si resulta exitosa ¹³⁵. Si la secesión es pacífica y con acuerdo con el Estado del que se separa, el Derecho Internacional constatará esta efectividad política y los demás Estados podrán proceder, en su caso, al reconocimiento internacional. Si no es pacífica y surge un conflicto, como en la antigua Yugoslavia y en otros lugares, el Derecho Internacional lo abordará desde la perspectiva del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional y del respeto de los derechos humanos. En definitiva, si se produce una secesión y surge un nuevo Estado, estaremos ante una situación fáctica y el Derecho Internacional lo único que haría sería hacer frente a esta situación *de facto*, ante la cual los demás Estados podrían o no reconocer al nuevo Estado. Ahora bien, aunque no existe un derecho de secesión en el Derecho Internacional hemos de convenir también que tampoco el Derecho Internacional prohíbe que un movimiento político o que una entidad dentro de un Estado pretenda la secesión a través de medios pacíficos. Es decir, el Derecho Internacional establece mecanismos para proteger a los Estados, tanto de la intervención de terceros como de su ruptura y desmembramiento, pero si se dan determinadas situaciones *de facto* en relación con la aparición de un nuevo Estado, el Derecho Internacional se limita a atender a las consecuencias jurídicas de estas situaciones.

B) Compatibilidad con el Derecho Internacional de una declaración unilateral de independencia

El planteamiento que estoy siguiendo conduce inevitablemente a la consideración de la compatibilidad con el Derecho Internacional de una declaración unilateral de independencia, cuestión cuya relevancia jurídica se plantea fundamentalmente a raíz del asunto de Kosovo y de la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia a la que ya me he referido ¹³⁶. En efecto, a partir de la declaración unilateral de independencia de Kosovo, situación controvertida política y jurídicamente ¹³⁷, la Corte Internacional de Justicia acabó pronunciándose el 22 de julio de 2010 ¹³⁸. Aunque la Corte reconoció en su Opinión consultiva que la declaración unilateral de independencia de Kosovo no violaba el Derecho Internacional, indicó también que “la cuestión planteada a la Corte no la obliga a adoptar una posición sobre si el derecho internacional otorgaba a Kosovo un derecho positivo de declarar unilateralmente su independencia o, *a fortiori*, sobre si el derecho internacional otorga en general un derecho a entidades situadas dentro de un Estado a separarse unilateralmente de éste” ¹³⁹. En este sentido, la

¹³⁵ Vid., en general, el extenso análisis de Th. CHRISTAKIS, *Le droit à l'autodétermination en dehors ...*, *op. cit.*, en particular pp. 39-140.

¹³⁶ Vid., en general, J. DUGARD, “The Secession of States and their Recognition in the Wake of Kosovo”, *op. cit.*, y, en especial el análisis de la opinión consultiva en pp. 175-194.

¹³⁷ Vid. en este sentido, por ejemplo, en posiciones contrapuestas ya en 2008, en el momento de adoptarse la declaración unilateral de independencia, de un lado, a C. GUTIÉRREZ ESPADA; R. BERMEJO GARCÍA: *Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones*, Documento de Trabajo nº 41/2008, Real Instituto Elcano y, de otro lado, a J. SELLARÉS SERRA, “‘Lost in transition’: Kosovo, ¿Transición de la administración interina de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK) a gobierno independiente?”, *Agenda ONU*, nº 9/2008, pp. 113-159.

¹³⁸ Opinión consultiva ya citada y reproducida en español en el Documento A/64/881/Add.1. La Opinión consultiva ha sido objeto ya de numerosos comentarios doctrinales.

¹³⁹ Vid. el párrafo 56 de la Opinión consultiva.

Corte no consideró necesario pronunciarse sobre “la cuestión de si, fuera del contexto de los territorios no autónomos y de los pueblos sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras, el derecho internacional en materia de libre determinación confiere a una parte de la población de un Estado existente un derecho a separarse de ese Estado”¹⁴⁰.

Es decir, la Corte se limitó a responder a la pregunta que le había formulado la Asamblea General -o, mejor dicho, a la reinterpretación que formuló de la pregunta- determinando, así, si la declaración de independencia se aprobó o no en infracción del derecho internacional; no ocupándose, por tanto y como acabo de indicar -aunque así se pretenda afirmar desde sectores políticos y sociales partidarios del proceso soberanista-, de si esta declaración unilateral constituía o no constituía el ejercicio de un derecho reconocido por el Derecho Internacional¹⁴¹. En su primer Informe ya citado, el Consejo Asesor para la Transición Nacional, de una manera, a mi juicio, nuevamente simple y descontextualizada, se limita a considerar que la Corte “afirma que el derecho internacional general no prohíbe las declaraciones unilaterales de independencia”¹⁴². En la línea de lo que he indicado hace unas páginas entiendo claramente que el Derecho Internacional general no las prohíbe, pero tampoco las autoriza, porque el Derecho Internacional ni prohíbe ni autoriza la secesión. Se trata de un hecho no regulado en este ordenamiento jurídico, porque se supone que es un hecho producido en el orden interno, quedando por tanto sometido al arbitrio del principio de la efectividad; lo que significa que unas declaraciones han prosperado y conducido a la creación de nuevos Estados y otras no¹⁴³.

En cualquier caso, la respuesta ofrecida por la Corte es una limitada respuesta que, de un lado y por lo que se refiere al futuro de Kosovo, deberá reconducirse a fórmulas

¹⁴⁰ Vid. los párrafos 82 y 83 de la Opinión consultiva.

¹⁴¹ Vid. el ya citado párrafo 56 de la Opinión consultiva.

¹⁴² Vid. el Informe núm. 1 del Consejo Asesor, p. 73. En su cuarto Informe, el Consejo Asesor retorna sobre el mismo tema y, de manera, a mi entender, muy simple y sin sólidos desarrollos argumentales, sostiene que de lo dicho por la Corte se puede entender la permisibilidad de una declaración de autodeterminación unilateral (vid. Informe núm. 4, p. 14). Aparte del problema añadido -al que ya me he referido- de que en este cuarto Informe el Consejo Asesor hace girar todo su eje argumental en la “autodeterminación” que, como he indicado, sólo es predicable en relación con los pueblos sometidos a dominación colonial u ocupación extranjera, no resulta exacta la referencia que formula el Consejo al párrafo 79 de la Opinión consultiva y a su contexto. En este párrafo 79, la Corte formula un triple planteamiento: en primer lugar, opera una revisión de la evolución histórica de los siglos XVIII, XIX y primeros años del siglo XX para afirmar que se formularon numerosas declaraciones de independencia y unas veces llevaron a la creación de Estados y otras no, por lo que, en ningún caso, la práctica de los Estados sugiere que el acto de promulgar la declaración haya sido considerado contrario al Derecho Internacional; en segundo lugar, considera que en la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional de la libre determinación se desarrolló de tal manera que creó un derecho a la independencia para los pueblos de los territorios no autónomos y los pueblos sometidos a subyugación, dominación y explotación extranjeras, que condujo a la creación de numerosos nuevos Estados; y, en tercer lugar, entiende también que la práctica de Estados en los casos en que ha habido declaraciones de independencia fuera del contexto colonial no indica el surgimiento en el Derecho Internacional de una nueva norma que prohibiese formular una declaración de independencia.

¹⁴³ Vid., en este sentido, por ejemplo, C. JIMÉNEZ PIERNAS, “Los principios de soberanía e integridad territorial ..”, *op. cit.*, pp. 39-40.

políticas -en las que, necesariamente, también deberá participar Serbia- que contribuyan a la paz y estabilidad de la región, quizás a través de la futura incorporación de todos los Estados implicados en la Unión Europea; y que, de otro lado, deja sin clarificar si, más allá del derecho de libre determinación de los pueblos sometidos a dominación colonial, el Derecho Internacional ampara procesos de secesión o si, más bien, estos posibles procesos corresponden estrictamente a una dimensión constitucional vinculada -como indicaba el Tribunal Supremo canadiense- a principios de carácter constitucional interno, como el principio de un Estado democrático y de derecho, con un gobierno representativo. A mi juicio, como he argumentado, no hay duda de que el Derecho Internacional, que reconoce el principio de la libre determinación de los pueblos coloniales o sometidos a dominación extranjera, no reconoce el derecho a la secesión unilateral de un territorio o de una parte de la población de un Estado democrático. Si por los motivos que fuera -por ejemplo, su carácter acordado y pacífico- una secesión fuese exitosa, el Derecho Internacional se limitará a atender a las consecuencias jurídicas que de ello se deriven.

El que en el caso de Kosovo la Corte haya considerado que la declaración unilateral no era contraria al Derecho internacional no puede querer decir, en ningún caso, que ya que no es contraria, esto significa que esté autorizada o permitida, y que todas lo sean. En este sentido, como criticaba el Magistrado Simma en su Declaración adjunta, la metodología empleada por la Corte, además de distorsionadora -como enseguida desarrollaré- resulta también vieja, obsoleta y anacrónica ¹⁴⁴. Para este Magistrado, la Corte en su respuesta vino a reflejar la concepción positivista y consensualista que expresó la Corte Permanente de Justicia Internacional en el conocido Asunto Lotus de 1927 y, sin embargo, tantos años después, la Corte podía, a su juicio, haber “considerado el alcance de la cuestión a partir de un enfoque que no identificara, de manera formalista, a la ausencia de prohibición con la existencia de una norma permisiva; también podía haber considerado la posibilidad de que el derecho internacional fuera neutral o se mantuviese deliberadamente en silencio acerca de la legitimidad internacional de determinados actos” ¹⁴⁵.

En realidad, lo que hizo la Corte en su Opinión consultiva fue, reinterpretando a su manera la pregunta formulada por la Asamblea General, considerar que no era contraria al Derecho Internacional una declaración de independencia emitida por los representantes del pueblo kosovar y no por la Asamblea Provisional de Kosovo ¹⁴⁶. La manera como la Corte reinterpretó la pregunta de la Asamblea General y, sobre todo, la manera en cómo llegó a considerar que la declaración unilateral de independencia no había emanado de la Asamblea Provisional sino que había emanado de unos representantes del pueblo kosovar es absolutamente artificial, desvirtuadora y genera

¹⁴⁴ En la misma línea crítica vid., por ejemplo, C. LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, “Kosovo ante la Corte Internacional de Justicia ..”, *op. cit.*, pp. 17-18.

¹⁴⁵ Vid. la Declaración adjunta del Magistrado Bruno Simma a la opinión consultiva (Documento A/64/881/Add.1, párrafos 2 y 3, pp. 70-71, el texto reproducido en el párrafo 3).

¹⁴⁶ Vid. la Opinión consultiva, párrafos 102 a 109. La pregunta formulada por la Asamblea General era la siguiente: “¿Se ajusta al derecho internacional la declaración unilateral de independencia de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo?”.

perplejidad ¹⁴⁷. Estos representantes sólo eran representantes y tenían capacidad de representar al pueblo kosovar en la medida en que formaban parte de la Asamblea Provisional y, en esa medida, tenían las capacidades y competencias que tenían. Hay aquí una importante matización, pues las instituciones provisionales de Kosovo -la Asamblea entre ellas- fueron establecidas a partir de la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, de 10 de junio de 1999, es decir, como indicaba Escobar Hernández refiriéndose a la posición del Reino de España en el procedimiento consultivo, se trataba de “un poder constituido y no un poder constituyente” ¹⁴⁸.

Está claro, así, que si la Corte no hubiera formulado esta interpretación, probablemente no le hubiera quedado más remedio que considerar la ilegalidad de la declaración atendiendo a lo dispuesto en la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, que estableció el régimen de administración internacional de Kosovo ¹⁴⁹. En otras palabras, si se hubiera interpretado que la declaración de independencia había sido adoptada por la Asamblea Provisional, la Corte no habría podido formular su apreciación respecto a si violaba o no el Derecho Internacional y hubiera debido concluir que la declaración era inválida e ilegítima ¹⁵⁰. Que unas personas, representativas o no de un pueblo, en el seno de una institución provisional democrática de tipo parlamentario o no, declaren unilateralmente la independencia no está ni permitido ni prohibido por el Derecho Internacional, porque a éste ordenamiento esta hipótesis le es absolutamente ajena, salvo que la institución haya sido establecida por el Derecho Internacional, como era el caso. Lo importante, y ahí la Corte no quiso entrar ni formuló consideración alguna, son los efectos jurídicos que se deriven de una determinada declaración o de una determinada situación política de carácter fáctico. Efectos jurídicos, tanto en el plano interno como, en lo que a nosotros interesa, en el plano internacional, orientados fundamentalmente en relación a los apoyos políticos, al reconocimiento y aval a la legitimidad de la declaración por parte de otros Estados o, dicho de otra manera, a si los terceros Estados tenían obligaciones jurídicas de no reconocimiento en relación con la declaración unilateral de independencia formulada por los representantes kosovares.

¹⁴⁷ Vid., por ejemplo, M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, “*Tu quoque, Corte? La banalización de los poderes del Consejo de Seguridad en la Opinión consultiva sobre la conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2011.1, p. 67 y ss.; J. CARDONA LLORENS, “La relevancia (o no) de la administración internacional de Kosovo en la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010: perplejidades de un lector”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2011.1, p. 90; y C. LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, “Kosovo ante la Corte Internacional de Justicia ..”, *op. cit.*, pp. 15-16.

¹⁴⁸ Vid. así C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “La posición del Reino de España en el procedimiento consultivo: una aproximación general”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2011.1, p. 23, y, en la misma línea, M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, “*Tu quoque, Corte? La banalización de los poderes ..*”, *op. cit.*, p. 70.

¹⁴⁹ Vid., además de los autores citados en las Notas anteriores, la crítica que al respecto formulan J. VIDMAR, “The Kosovo Advisory Opinion ..”, *op. cit.*, pp. 360-361 y J. SOROETA LICERAS, “La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo ..”, *op. cit.*, p. 8 y ss. Si la declaración, como parece indicar la Corte, la hubieran formulado un grupo de individuos privados, su cuestionamiento, además, en términos de legítima expresión de la voluntad popular sería innegable.

¹⁵⁰ Como indica el Magistrado Koroma en su opinión disidente.

La Corte se limitó, de manera excesivamente simple, a considerar que, en determinados supuestos, el Derecho Internacional condenaba declaraciones unilaterales de independencia, como las de Rhodesia del Sur, del Chipre septentrional y de la República Srpska, pero que “la ilegalidad atribuida a las declaraciones de independencia no provenía del carácter unilateral de dichas declaraciones como tal, sino del hecho de que estaban, o habrían estado, conectadas con el uso ilegítimo de la fuerza u otras flagrantes violaciones de normas de derecho internacional general, en particular las de carácter imperativo (*jus cogens*)”¹⁵¹. Lo que, aun siendo muy selectivo¹⁵², abunda en la idea que indicaba antes en el sentido de que, excepcionalmente, podría admitirse en el Derecho Internacional una secesión como remedio de último recurso ante la inexistencia de un gobierno democrático y representativo; y que, también excepcionalmente, en otro sentido distinto, determinadas pretensiones secesiones serían prohibidas o rechazadas por el Derecho Internacional por violación de normas fundamentales de este ordenamiento jurídico¹⁵³.

Sin embargo, de esta formulación de la Corte Internacional de Justicia, el Consejo Asesor para la Transición Nacional deriva el planteamiento, a mi juicio erróneo -tanto en su pretensión absoluta como en su consideración de referente a invocar por Cataluña en la búsqueda del necesario reconocimiento internacional posterior a una hipotética declaración unilateral de independencia¹⁵⁴-, de que las declaraciones unilaterales de independencia “no están prohibidas por el Derecho Internacional si no comportan ninguna infracción grave del Derecho Internacional general, en particular de las normas de carácter imperativo (*ius cogens*), como sería el caso, por ejemplo, del uso ilícito de la fuerza. En definitiva, las DUI no son contrarias al derecho internacional si son el resultado de un pronunciamiento democrático llevado a cabo en un contexto pacífico, es decir, sin intervención de la fuerza o la violencia”¹⁵⁵. En los términos que he expuesto y del análisis de la Opinión consultiva de la Corte creo que no se puede pretender deducir estas conclusiones y, como desarrollaré más adelante, los pronunciamientos democráticos, además de tener que ser evidentemente pacíficos, sólo tienen sentido y operatividad en un marco legal y en un estado de derecho.

En este orden de ideas, desde determinados sectores se pretende considerar -y lo hace también el mismo Consejo Asesor- que la Opinión consultiva en el asunto de Kosovo fundamenta la legalidad internacional de una declaración unilateral de independencia, algo que está completamente alejado, a mi parecer, tanto de la realidad del Derecho Internacional como del tenor del mismo pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia. Es cierto, como indica el Consejo Asesor, que una hipotética declaración

¹⁵¹ Vid. la Opinión consultiva, párrafo 81.

¹⁵² Como critica C. JIMÉNEZ PIERNAS, “Los principios de soberanía e integridad territorial ..”, *op. cit.*, pp. 41-42.

¹⁵³ Vid. Th. CHRISTAKIS, *Le droit à l'autodétermination en dehors ...*, *op. cit.*, pp. 261 y ss.

¹⁵⁴ El Consejo Asesor para la Transición Nacional utiliza las siglas DUI para referirse a una declaración unilateral de independencia, sumándose así a la pretensión y campaña organizada para popularizar estas siglas.

¹⁵⁵ Vid. Informe núm. 1 del Consejo Asesor ya citado, p. 152. Es un planteamiento, a mi juicio, inconsistente y que se reduciría simplemente a los “requisitos procedimentales” a los que se refiere este mismo Consejo en su Informe núm. 4, p. 17.

unilateral de independencia no sería un ilícito internacional -porque, como he indicado, el Derecho Internacional ni las prohíbe ni las autoriza-, pero en ningún caso entiendo que pueda considerarse -como hace el Consejo Asesor- que, a partir de este razonamiento y sin el acuerdo del Estado al que se pertenece, “[E]llo equivale a decir, por un lado, que la Generalitat puede legítimamente, desde la perspectiva internacional, solicitar el reconocimiento como nuevo Estado conforme a reglas y principios que rigen el Derecho Internacional y, por otra parte, que los estados y las organizaciones internacionales pueden, si esta es su decisión política, reconocer las consultas y sus resultados sin incurrir en un ilícito internacional”¹⁵⁶.

A mi juicio, y de una manera ciertamente excesiva, se confunden las cosas y se confunden los tiempos, y lo hace, además, quien se supone que no debería hacerlo. En el supuesto de que pudiera hacerse una declaración unilateral de independencia, algo que en el ordenamiento jurídico español y en el ordenamiento jurídico de Cataluña no está previsto y que, como desarrollaré más adelante, resulta inconsistente en un estado de derecho, cualquier intervención de un tercer Estado avalando o reconociendo una consulta o sus resultados sería claramente un supuesto de intervención en los asuntos internos de otro Estado y, por tanto, podría considerarse un ilícito internacional y un atentado a la integridad territorial del Estado todavía existente. Porque, en primer lugar, como he indicado antes refiriéndome al dictamen del Tribunal Supremo canadiense, en este hipotético supuesto la consulta debería ser seguida, en su caso y en su momento, de una negociación -compleja- y de un acuerdo político entre las partes implicadas; en segundo lugar, porque el reconocimiento de Estados es un acto unilateral de contenido político, que responde a consideraciones políticas y no estrictamente ni a la justeza ni a la legalidad de la causa; y, en tercer lugar, porque lo que, en su caso y en su momento, pudiera corresponder a los terceros Estados desde la perspectiva del Derecho Internacional sería reconocer o no las efectividades existentes, es decir, la existencia *de facto* de un nuevo Estado, y no los resultados de una consulta que, a todas luces, debería ser previa -y muy previa- a esta eventual situación *de facto*.

En definitiva, en el Derecho Internacional no existen normas y principios que permitan fundamentar un derecho unilateral a la secesión y, por tanto, la legalidad en este ordenamiento de una declaración unilateral de independencia. Lo que regula el Derecho Internacional -insisto- son los efectos o consecuencias jurídicas de unas determinadas realidades políticas y, en estos términos, tanto los posibles reconocimientos por parte de otros Estados como el mismo supuesto de la secesión como una de las modalidades o supuestos fácticos de sucesión de Estados ¹⁵⁷. La falta de regulación expresa de un “derecho a la secesión” en el Derecho Internacional ¹⁵⁸ no impide, evidentemente, que estas se hayan dado y que, por tanto, haya sido la respuesta de la comunidad

¹⁵⁶ Vid. Informe núm. 1, p. 73.

¹⁵⁷ A tal efecto, además de abundante práctica internacional, existen dos Convenciones multilaterales: el Convenio de Viena de 1978 sobre la sucesión de Estados en materia de tratados y el Convenio de Viena de 1983 sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas del Estado, este último aún no en vigor.

¹⁵⁸ Como indicaba Crawford, “unilateral secession did not involve the exercise of any right conferred by international law” (J. CRAWFORD, *The Creation of States ...*, *op. cit.*, pp. 388-389).

internacional a una determinada situación política de carácter fáctico la que haya acabado dando por buena o no la secesión en cuestión. Es decir, reconociendo las realidades políticas una vez la independencia de la entidad secesionada está firmemente establecida y en relación con la población y el territorio efectivamente controlado por ésta. Como he indicado, hay ejemplos y práctica internacional en todos los sentidos -y no en un único sentido, como algunos pretenden sostener-, y esta variedad no deja de ser la expresión de una tensión dialéctica entre las aspiraciones secesionistas y el principio de la integridad territorial del Estado. Esta tensión, desde la perspectiva internacional, se resuelve con criterios y consideraciones de orden político más que con criterios y consideraciones jurídicas.

En este sentido y retornando al asunto de Quebec, el Tribunal Supremo canadiense estableció claramente que, aunque “is no right, under the Constitution or at international law, to unilateral secession” ello no es obstáculo a “the possibility of an unconstitutional declaration of secession leading to a de facto secession”. Para el Tribunal, “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”; aunque seguía diciendo, “[S]uch recognition, even if granted, would not, however, provide any retroactive justification for the act of secession, either under the Constitution of Canada or at international law”¹⁵⁹. El Tribunal añadía también que “[H]owever, international recognition is not alone constitutive of statehood and, critically, does not relate back to the date of secession to serve retroactively as a source of a “legal” right to secede in the first place”¹⁶⁰. En otras palabras, para el Tribunal Supremo canadiense podía ser posible, *de facto*, una secesión unilateral, aunque fuera inconstitucional en términos de derecho interno, pero su éxito dependería de la posibilidad de la obtención de reconocimientos por parte de la comunidad internacional; algo que podía depender, entre otros factores, precisamente, de la legalidad y legitimidad de la secesión en términos de ordenamiento interno. Pero también indicaba que, aun obteniendo estos reconocimientos, ello no proporcionaría una justificación legal retroactiva -es decir, el reconocimiento de la existencia de un pretendido derecho a la secesión- ni en el ordenamiento constitucional interno ni en el Derecho Internacional.

IV. LOS DERECHOS HUMANOS, LA DEMOCRACIA Y EL ESTADO DE DERECHO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El segundo orden de normas y principios del Derecho Internacional a los que me quiero referir y que están subyaciendo a todo el planteamiento del denominado derecho a decidir y del proceso soberanista en Cataluña se vinculan a los derechos humanos, a la democracia y al denominado principio democrático y, de manera especialmente pertinente, a mi juicio, al estado de derecho. Abordo su análisis, en primer lugar, desde

¹⁵⁹ Vid. el dictamen ya citado del Tribunal Supremo canadiense, párrafo 155, página 296.

¹⁶⁰ *Ibid.*, párrafo 142, página 289.

la perspectiva del desarrollo y evolución de los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho en el Derecho Internacional, donde se han acabado por configurar como una tríada inescindible (1). En segundo lugar, me ocuparé de las normas y principios sobre estas materias -derechos humanos, democracia y estado de derecho- desde la perspectiva europea y de su virtualidad como fundamentos de un patrimonio común europeo subyacente a la creación y a la actuación tanto del Consejo de Europa como de la misma Unión Europea (2). Por último, analizaré algunos de los criterios o estándares internacionales en relación con procesos electorales y referendarios, particularmente los establecidos como resultado de la labor de la *Comisión para la democracia a través del derecho*, conocida como Comisión de Venecia (3).

1. Desarrollo y evolución de los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho

En este epígrafe se aborda, en primer lugar, la formulación y desarrollo de los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho en el Derecho Internacional y su acogida y desarrollo en la Constitución española y en el Estatuto de autonomía de Cataluña (A). Ello me permitirá, en segundo lugar, poner de relieve como los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho configuran una tríada inescindible en el Derecho Internacional, que conduce, asimismo, al planteamiento de la emergencia en este ordenamiento jurídico de la democracia y el estado de derecho como valores universales (B).

A) Formulación en el Derecho Internacional e incorporación en la Constitución española y en el Estatuto de autonomía de Cataluña

Lo primero que quiero señalar -en los términos sumarios y generales con los que abordo este enfoque- es que en las últimas décadas han surgido con fuerza y están siendo generalmente aceptados por los Estados -aunque, lamentablemente, no siempre con el estricto cumplimiento que sería deseable- principios generales del Derecho Internacional en relación con los derechos humanos, así como respecto de la extensión de la democracia y del estado de derecho o imperio de la ley¹⁶¹ como sistema político y jurídico donde estos derechos humanos pueden disfrutarse y garantizarse. Es decir, aun con demasiadas debilidades, puede afirmarse que la actual legalidad internacional acoge como un principio fundamental el de la promoción y protección de los derechos humanos y lo vincula, en una tríada inescindible -como voy a desarrollar-, con la democracia y el estado de derecho. Así se constata, en general, tanto de las abundantes normas internacionales existentes como de la práctica internacional de los mismos Estados y de las Organizaciones internacionales.

¹⁶¹ Aunque la expresión inglesa sea “*rule of law*”, los textos internacionales a los que me referiré utilizan normalmente, en su versión en español, la expresión “estado de derecho” que, simplificando podemos asimilar a otra expresión también utilizada en español, la del “imperio de la ley”. En este estudio utilizamos, a todos los efectos, la expresión “estado de derecho” aunque, por señalar un ejemplo sobre el que luego volveré, el Preámbulo de la Constitución española establece, entre otras, la voluntad de la nación española de “consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”.

Este planteamiento, como el del mismo Derecho Internacional contemporáneo, tiene su punto de partida en la Carta de las Naciones Unidas que, en 1945 y saliendo de la segunda guerra mundial, aun sin formular un catálogo de los derechos humanos, se refería expresamente al objetivo del “desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión” (artículo 1.3 de la Carta). Además, en el Preámbulo de la Carta se afirmaba que “[N]osotros, los pueblos de las Naciones Unidas” estaban resueltos, entre otras cosas, “a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”. Claramente se ponía de relieve, por tanto, que se proclamaban los derechos humanos como un valor esencial de la comunidad internacional; algo que, con algunas reticencias y debilidades, ha ido confirmándose desde entonces.

Más claramente asociado a la interacción entre los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho lo expresaba, hace ya sesenta y cinco años, la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948¹⁶², cuando, entre otros elementos, subrayaba en su Preámbulo que se consideraba “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho”¹⁶³. Este mismo texto que, como es sabido, contiene una formulación programática de los derechos humanos fundamentales, ya fueran civiles y políticos como económicos, sociales y culturales, proyectó también claramente el concepto de democracia al establecer, en su artículo 21, el derecho de toda persona “a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos” (apartado 1) y determinar claramente que “[L]a voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto” (apartado 3)¹⁶⁴.

Igualmente, en el orden de ideas que me interesa destacar, el artículo 29.2 de la Declaración Universal reconocía la posibilidad de limitaciones a estos derechos pero establecía que, en su caso, estas limitaciones deben estar “establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. Es decir, de nuevo, pero ahora en el plano de las posibles limitaciones, se plantea la existencia de un régimen de derecho o imperio de la ley en el contexto de una sociedad democrática. Dicho en otras palabras,

¹⁶² Resolución 217 A (III), de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948. La Declaración recibió amplio respaldo, pues fue aprobada por el voto de 48 de los por entonces 58 Estados miembros de las Naciones Unidas, sin ningún voto en contra y con ocho abstenciones (de Arabia Saudita, Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Unión Soviética y Yugoslavia), ya que dos delegaciones (Honduras y Yemen) no participaron en la votación.

¹⁶³ En la línea de lo que he indicado antes, en inglés la expresión utilizada en el Preámbulo de la Declaración Universal fue “*rule of law*” y en francés “*regime de droit*”.

¹⁶⁴ Puede verse un comentario a las disposiciones de este artículo en J.M. CASTELLÁ ANDREU, “Artículo 21”, en X. PONS RAFOLS (coord.), *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, ed. Icaria/ANUE, Barcelona 1998, pp. 349-365.

el primer catálogo internacional, de carácter programatorio, sobre los derechos humanos -con clara virtualidad y proyección actual¹⁶⁵- ya marcaba la estrecha vinculación entre estos derechos -ya sean civiles o políticos, como económicos, sociales o culturales- con un principio democrático y con un régimen de derecho que los protegiera. Porque no hay duda de que el “régimen de derecho” al que se refería el Preámbulo de la Declaración ha de consistir en un ordenamiento jurídico interno en el que existan las garantías jurídicas y procesales necesarias y adecuadas que garanticen y permitan la efectividad de los derechos humanos proclamados en la Declaración¹⁶⁶.

Como también es sabido, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos se ha operado en el Derecho Internacional un amplio desarrollo normativo con numerosos tratados internacionales en materia de derechos humanos, tanto de carácter general, como los dos fundamentales Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a los que ya me he referido, como de carácter específico, en relación con derechos concretos o con la protección de sectores de la población especialmente vulnerables. A los efectos que me interesa subrayar ahora baste con señalar, de un lado, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que todos los ciudadanos gozarán del derecho a “a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

De otro lado, quiero llamar la atención sobre los artículos 12, 13, 14, 18, 19 21 y 22 del mismo Pacto que permiten algunas restricciones o excepciones en relación con determinados derechos, siempre que “estén establecidas por ley” y “que sean necesarias en una sociedad democrática”, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás¹⁶⁷. Este último argumento lo expresa de manera meridianamente clara el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando establece que “[L]os Estados Partes en el presente Pacto

¹⁶⁵ Vid. al respecto, por ejemplo, X. PONS RAFOLS, “Vigencia y alcance de la Declaración Universal de Derechos Humanos a los cincuenta años de su adopción”, *Jueces para la Democracia*, noviembre 1998, nº 33, pp. 79-86.

¹⁶⁶ Vid., en este sentido y de manera general, por ejemplo, V. ABELLÁN HONRUBIA, “La protección internacional de los derechos humanos: métodos internacionales y garantías internas”, en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor Antonio Truyol Serra*, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad Complutense, Madrid 1986, pp. 29-58.

¹⁶⁷ El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que es el que prevé, de manera general, la posibilidad de suspensión de alguno de los derechos reconocidos en el Pacto, incide en la misma línea, aunque no lo formula de una manera tan clara, pues establece en su apartado 1 que “[E]n situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”. Es decir, nos hallamos ante una formulación de los derechos humanos en el Derecho Internacional que, indudablemente, va asociada y debería conducir a regímenes democráticos y de estado de derecho.

Aunque no formule esta misma asociación conceptual y aunque no incorpore la protección de los derechos humanos como principio autónomo específico del Derecho Internacional debe señalarse también que la ya citada Resolución 2625 (XXV), que incorpora la Declaración sobre los principios esenciales del Derecho Internacional contemporáneo, establece en el marco del principio de la cooperación entre los Estados que éstos “deben cooperar para promover el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades, y para eliminar todas las formas de discriminación racial y todas las formas de intolerancia religiosa”. Además, en la citada Resolución se reconocía el valor y la importancia de esta Declaración “al promover el imperio del derecho entre las naciones”, lo que significaba una convalidación del estado de derecho en el plano internacional y de las relaciones internacionales vinculado directamente, como no podía ser de otro modo, al respeto y cumplimiento de las obligaciones del Derecho Internacional ¹⁶⁸.

En paralelo a estos avances a escala universal, la promoción y protección de los derechos humanos se ha desarrollado también a escala regional, particularmente en Europa, en el marco -como desarrollaré más adelante- de las labores del Consejo de Europa y, fundamentalmente, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y de los diferentes Protocolos y de la estructura judicial establecida a su alrededor y que tiene su centro rector en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

De la misma manera, el Acta Final de Helsinki, de 1975, a la que también ya me he referido, incorporaba una referencia expresa al respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, incluida la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia, comprometiéndose los Estados participantes, de un lado, a promover y fomentar “el ejercicio efectivo de los derechos y libertades civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y otros derechos y libertades, todos los cuales derivan de la dignidad inherente a la persona humana y son esenciales para su libre y pleno desarrollo”; y, de otro lado, reconociendo los Estados participantes “el valor universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, cuyo respeto es un factor esencial de la paz, la justicia y el bienestar necesarios para asegurar el desarrollo de relaciones amistosas y de cooperación, tanto entre ellos como entre todos los Estados” ¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Vid. párrafo 4 del Preámbulo de la Resolución 2625 (XXV).

¹⁶⁹ Principio VII del Acta Final de Helsinki, *loc. cit.*.

Esta línea de evolución en el ámbito de los derechos humanos en el plano internacional alcanza su pleno apogeo a partir del fin de la guerra fría y con el cambio de los escenarios políticos internacionales que esto significó. Uno de los hitos fundamentales en este enfoque es la también ya citada Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada como colofón de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en 1993. En esta Declaración -en la que se valida también el carácter inescindible de los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho- se reafirmó el “solemne compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el derecho internacional”, afirmándose también que, en el marco de los propósitos y principios de las Naciones Unidas, “la promoción y protección de todos los derechos humanos es una preocupación legítima de la comunidad internacional”¹⁷⁰. A partir de aquí se desarrollará más ampliamente y en múltiples esferas la labor de promoción, protección y garantía de los derechos humanos, y su conexión con la democracia y el estado de derecho, en particular desde la acción de las mismas Naciones Unidas.

En este orden de ideas -y más allá de los planteamientos que expondré en otros epígrafes de este apartado- creo que debe subrayarse que España ha ido ratificando, desde 1977 y con el inicio del proceso de transición política hacia la democracia, los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos, tanto en el plano universal como en el plano regional, concretamente en el plano regional europeo. Así se hizo cuando España ratificó los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 27 de abril de 1977¹⁷¹ y cuando, posteriormente, ratificó el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales el 4 de octubre de 1979¹⁷². Estos instrumentos jurídicos internacionales, como los otros tratados sobre derechos humanos que España ha ido ratificando, han pasado a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno. Es decir, las normas internacionales sobre derechos humanos forman parte del ordenamiento interno español y son de obligado cumplimiento por parte de todos los poderes públicos y corresponde a los jueces y tribunales garantizar su observancia y respeto.

Este planteamiento, evidentemente, alcanza también al ya mencionado artículo 1.1 de ambos Pactos, donde se reconoce que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación, y al también ya citado artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre la participación democrática en los asuntos públicos. La enunciación del artículo 1.1 de los Pactos constituye la expresión más clara de la dimensión interna de la libre determinación y entiendo -en el sentido que he expuesto anteriormente- que España está plenamente comprometida con esta dimensión. Es decir, que el hecho de que los Pactos, con disposiciones como ésta, formen parte del ordenamiento jurídico español no significa, en ningún caso, ni que los tratados

¹⁷⁰ Párrafo 1 y 4 de la Declaración y Programa de Acción, Documento A/CONF.157/23, ya citado.

¹⁷¹ BOE de 30 de abril de 1977. Los Pactos entraron en vigor para España el 27 de julio de 1977.

¹⁷² BOE de 10 de octubre de 1979. El Convenio entró en vigor para España el 4 de octubre de 1979.

internacionales estén en una posición jerárquica superior a la Constitución -como se ha dicho a la ligera-, ni que se pueda sostener la pretensión -como también se ha hecho- de que España está incumpliendo los Pactos en la medida en que el pueblo de Cataluña no puede ejercer su pretendido derecho a la libre determinación externa. Como voy a seguir desarrollando, entiendo que la lectura de los preceptos de estos instrumentos internacionales hay que llevarla al principio democrático en el marco de un estado de derecho, es decir, reconociendo que la voluntad popular es la base de la autoridad de los poderes públicos y reconociendo también la sujeción a la legalidad de todas las actuaciones de los poderes públicos y de los particulares.

En este sentido, y en el marco de esta línea discursiva, pretendo subrayar ahora algo que, a mi juicio, es mucho más que obvio -pero que está resultando necesario reiterar- en el sentido de que España es un Estado plenamente democrático y que, desde la transición y la aprobación de la Constitución de 1978, España se halla plenamente comprometida con todos estos principios y normas del Derecho Internacional en materia de derechos humanos. A tal efecto, baste con mencionar que el catálogo de derechos y libertades que la Constitución reconoce y protege está directamente inspirado en los principios y normas internacionales y que el mismo artículo 10.2 de la Constitución se refiere expresamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados en materia de derechos humanos como parámetros interpretativos de las normas constitucionales relativas a los derechos humanos y las libertades fundamentales. En un sistema político como el español -un “Estado social y democrático de derecho”¹⁷³- es la voluntad popular expresada democráticamente la que da legitimidad a todo el ordenamiento jurídico, así como a la misma organización territorial del Estado. Dicho de otro modo, y respecto de lo que se plantea en el actual debate político catalán en términos de derecho a decidir y de expresión de la voluntad popular, entiendo que la legalidad internacional está plenamente imbricada en la legalidad constitucional española, porque se trata de un sistema democrático y un estado de derecho que se rige por el imperio de la ley.

Lo que, evidentemente, no constituye obstáculo alguno para poder considerar también que la sociedad libre y democrática que es actualmente España está inmersa en una crisis económica y una crisis político-institucional sin precedentes, que puede perjudicar el pleno disfrute y ejercicio de los derechos humanos; para considerar que deben denunciarse derivas políticas del Gobierno del Estado o de los gobiernos autonómicos que menoscaban el ejercicio efectivo de los derechos humanos, particularmente de los derechos económicos y sociales; para denunciar el inmenso poder de los sectores económicos y de los mercados financieros, que no sólo escapan de un control político democrático sino que ejercen una autoridad real verdaderamente efectiva; para constatar que están aumentando los comportamientos xenófobos o racistas, alimentados por la crisis económica y por políticas populistas y demagógicas; para afirmar que, todavía hoy, se constatan actuaciones de excesos policiales o, incluso, torturas y malos tratos, que, en su caso, deberían reprimirse y sancionarse penalmente; o para poder considerar,

¹⁷³ Como reza, y resulta altamente significativo, el artículo 1.1 de la Constitución. En el mismo sentido, el Preámbulo de la Constitución reconoce la voluntad de “consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”.

en definitiva, que es necesario asegurar constantemente el debido respeto a todos los derechos humanos, que debe insistirse en su adecuada protección, que deben denunciarse las violaciones y que puede afirmarse que, en beneficio de los seres humanos, hay recorrido para su profundización, fundamentalmente en términos de derechos y políticas sociales. Pese a todo lo cual, no tengo dudas de que en España se respetan los derechos humanos fundamentales -y existen los adecuados mecanismos jurídicos para garantizar este respeto- de una manera razonablemente homologable a la de los países de nuestro entorno.

A mayor abundamiento, una lectura parecida en términos de respeto e incorporación de los derechos humanos puede formularse a partir de las mismas disposiciones del Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006. Como es sabido, una de las novedades estatutarias fue la incorporación de un Título sobre los “Derechos, deberes y principios rectores”. Se trata de una extensa declaración de derechos y deberes, así como de principios rectores, que se refieren fundamentalmente a derechos sociales y de prestación, y que supera la práctica que había sido habitual hasta entonces en los textos estatutarios. Ha de entenderse claramente, no obstante, de un lado, que no se trata, exactamente, de una declaración propia de derechos, más allá de los que la Constitución reconoce para todos los españoles; y, de otro lado, que estos principios rectores tienen una clara perspectiva social, lo que no deja de contrastar con las políticas de austeridad y de recortes adoptadas en los últimos tiempos por el Gobierno de la Generalitat.

La legitimidad constitucional de esta operación de incorporación de derechos en el plano estatutario queda avalada por la indudable conexión con las competencias de la Generalitat¹⁷⁴. Vinculándolo con las materias que son competencia de la Generalitat -y a las cuales se dedica el Título IV del Estatuto- lo que se hace, precisamente, es imponer reglas, condiciones y garantías a la Generalitat; por lo tanto, estas disposiciones estatutarias actúan como un límite al ejercicio de las competencias de la Generalitat, de forma que se asegure de la manera más amplia posible la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad. En este sentido, el ejercicio de las competencias estatutarias y la ejecución de las políticas públicas, así como toda la actividad de los poderes públicos y de los particulares de Cataluña, resulta condicionada tanto por las normas sobre derechos y libertades que establece la Constitución como por los derechos y los deberes y los principios rectores que incorpora el mismo Estatuto. Todos estos aspectos no obstaculizan, sin embargo, por una parte, el respeto a la reserva de ley orgánica en todo aquello que se refiere al desarrollo directo de los derechos fundamentales, tal y como establece el artículo 81 de la Constitución; y, por otra, a las condiciones básicas que el Estado ha establecido con el objeto de garantizar para todos los españoles la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el desempeño de los deberes constitucionales.

En este contexto, el artículo 15.1 del Estatuto establece, a título de disposición paraguas, que los ciudadanos de Cataluña son titulares de los derechos y los deberes reconocidos por las normas a las cuales se refiere el artículo 4.1 del Estatuto, disposición esta última

¹⁷⁴ Además de venir avalada por el Tribunal Constitucional en su ya citada Sentencia 31/2010.

que conviene reproducir y que prevé que “[L]os poderes públicos de Cataluña deben promover el pleno ejercicio de las libertades y los derechos que reconocen el presente Estatuto, la Constitución, la Unión Europea, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y los demás tratados y convenios internacionales suscritos por España que reconocen y garantizan los derechos y las libertades fundamentales”. Se trata de una disposición muy innovadora en el marco estatutario pero que, en mi opinión, resulta limitada con respecto a su adecuada corrección técnico-jurídica ¹⁷⁵. Por una parte, se enuncian diversos textos jurídicos, algunos internacionales, de diversa naturaleza, por mera acumulación, sin ningún orden lógico y mezclando lo que son instrumentos jurídicos con lo que son mecanismos institucionales de los que puedan emanar los mencionados instrumentos, como es el caso de la Unión Europea. Por otra parte, se da a la Declaración Universal de Derechos Humanos un carácter normativo que, aunque se pueda compartir en términos de Derecho Internacional general, no se ajusta exactamente al planteamiento que en relación con esta Declaración se formula en el artículo 10.2 de la Constitución. En el fondo, parece más bien que, aparentemente, se introduzca un *plus* en la dimensión normativo-material de la Declaración Universal de Derechos Humanos pero, en realidad, este artículo 4.1, en relación con el 15.1 del Estatuto no aporta, al fin y al cabo, ningún valor añadido de protección o reconocimiento, más allá del que la Constitución reconoce y garantiza para todos los españoles.

Para concluir el argumento, exclusivamente a los efectos que me interesa remarcar, la inclusión de derechos en el Estatuto de autonomía de Cataluña parte de una situación previa en la que tanto la Constitución como diversos tratados internacionales -entre los cuales destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y, en el ámbito comunitario europeo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea- reconocen un amplio conjunto de derechos fundamentales directamente aplicables a los ciudadanos y a los poderes públicos de Cataluña. Es decir, la ciudadanía de Cataluña, como la del conjunto del Estado, ya es titular de estos derechos y de estas libertades reconocidas internacionalmente con independencia de lo que haya establecido el nuevo Estatuto, pero el hecho de que el Estatuto se refiera a ellos confirma nuevamente la plena incorporación en España de los principios y normas del Derecho Internacional en materia de derechos humanos.

Por último, el hecho de que existan mecanismos internacionales, convencionales y extraconvencionales, en materia de derechos humanos y que España, como los otros Estados partes en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, deba rendir información y pueda contrastarse internacionalmente el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, no constituye obstáculo alguno a la afirmación del carácter democrático y del general respeto de los derechos humanos en nuestro país; al contrario, puede sostenerse perfectamente que los

¹⁷⁵ Vid. las reflexiones al respecto de X. PONS RAFOLS, *Posibilidades de participación de la Generalitat de Cataluña en organismos internacionales en el ámbito de los derechos humanos*, editado por la *Oficina de Promoció de la Pau i dels Drets Humans de la Generalitat de Catalunya*, Colección Materiales de Paz y Derechos Humanos, Núm. 13, Barcelona 2009, pp. 14-15.

mecanismos internacionales son efectivos, precisamente, en Estados democráticos ¹⁷⁶. En este sentido, por ejemplo, en el año 2010 se llevó a cabo, en el marco del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el primer examen periódico universal sobre España. Este examen periódico universal es un nuevo mecanismo, establecido a partir de la Cumbre Mundial 2005, que pretende verificar el cumplimiento por parte de cada Estado miembro de las Naciones Unidas de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos. De este primer examen se derivaron un amplio conjunto de recomendaciones, muchas de ellas aceptadas por España, pero ninguna de ellas afectaba al carácter democrático de nuestro país y de sus instituciones ni ponía en cuestión carencia alguna en relación con lo que hemos denominado dimensión interna de la libre determinación ¹⁷⁷.

En este orden de ideas, el Consejo Asesor para la Transición Nacional en un ejercicio, a mi juicio, completamente estéril, sostiene en su primer Informe que se podría valorar la utilización de los mecanismos no jurisdiccionales establecidos en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la medida en que ambos Pactos recogen el derecho de los pueblos a la libre determinación; aunque ni el Pacto ni su Protocolo Facultativo confieren a los pueblos o a los representantes de los pueblos el derecho a someter al Comité de Derechos Humanos comunicaciones sobre alegaciones por violación de la libre determinación ¹⁷⁸. El Consejo Asesor reconoce, en este sentido, que deberían presentar las comunicaciones personas o grupos de personas -no podría hacerlo la Generalitat o las entidades públicas- pero entiende que, aun con dificultades y con el previo agotamiento de los recursos internos, sería “una vía que, bien gestionada, podría visualizar a nivel internacional la voluntad de las instituciones catalanas y de los ciudadanos de Cataluña de poder decidir libremente su futuro político colectivo” ¹⁷⁹. Este argumento final es, a mi juicio, el reconocimiento definitivo tanto de la debilidad jurídica de la exposición como de su carácter estrictamente político; lo que, insisto, no es malo, pero solamente es esto y me parece que no resulta adecuado añadir más confusión.

B) Evolución de la interacción entre derechos humanos, democracia y estado de derecho en el Derecho Internacional

Retornando a la deriva que he planteado anteriormente y a la estrecha interacción existente en el Derecho Internacional entre los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho, debo señalar que esta interacción, formulada ya inicialmente en la

¹⁷⁶ La misma existencia de estos mecanismos, con sus especiales características, pone de manifiesto que dónde deben garantizarse los derechos humanos es en el plano de los ordenamientos internos, es decir, como decía la Declaración Universal de Derechos Humanos, en un régimen o estado de derecho.

¹⁷⁷ Sobre el mecanismo del Examen Periódico Universal y, concretamente, sobre el primer examen sobre España vid. X. PONS RAFOLS, “El Examen Periódico Universal en materia de derechos humanos y el primer examen sobre España del año 2010”, *Agenda ONU*, núm. 11, 2010, pp. 59-83.

¹⁷⁸ Vid., por ejemplo, A. CASSESE, “Self-Determination Revisited”, en *El Derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en Homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Vol. I, ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1994, p. 239.

¹⁷⁹ Vid. el Informe núm. 1 ya citado del Consejo Asesor, p. 70.

misma Declaración Universal, no ha hecho más que incrementarse con el paso de los años. En este sentido, entiendo, de un lado, que se ha configurado como una tríada inescindible en el Derecho Internacional (a) y que, con los matices que señalaré, puede constatar la emergencia en el Derecho Internacional del valor universal de la democracia y el estado de derecho (b).

a) La configuración de una tríada inescindible en el Derecho Internacional

La expansión de esta tríada inescindible tiene, a mi entender, su punto de inflexión con el cambio de los escenarios políticos internacionales después de la guerra fría a finales de los años ochenta y principios de los noventa del siglo pasado. En este sentido, en el marco de lo que entonces era todavía la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE) se aprobó la *Carta de París para una Nueva Europa* que pretendía establecer las bases de una nueva era en Europa, que superara la época de la división y la confrontación. A los efectos que me interesa señalar, en esta Carta se vinculaban claramente los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho, afirmándose, por ejemplo, que “[L]os derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio de todos los seres humanos, son inalienables y están garantizados por la ley”, o que “[L]a democracia tiene como base el respeto de la persona humana y el Estado de derecho”¹⁸⁰. A partir de ahí, la CSCE continuaría sus actividades y desarrollo, estableciendo un sistema institucional también en materia de derechos humanos, democracia y minorías nacionales y convirtiéndose, finalmente, en la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE).

Coincidiendo con este período histórico se celebró también un gran ciclo de conferencias internacionales auspiciadas por las Naciones Unidas que configuraron claramente, quizás no un nuevo orden internacional -como algunos proclamaron- pero, sin duda, un nuevo discurso político internacional. Un discurso más holístico e integrador en el plano de los principios, focalizado en el ser humano como centro de todas las preocupaciones internacionales relacionadas con el desarrollo sostenible¹⁸¹, que debería basarse en el multilateralismo y en la cooperación internacional entre los Estados y en cuyo eje vertebrador y rector se hallarían las Naciones Unidas. A nuestros efectos, baste con mencionar, en el contexto de este ciclo de grandes conferencias internacionales, la Conferencia de Viena sobre los Derechos Humanos, celebrada en junio de 1993, que alumbró la ya citada Declaración y Programa de Acción que, tal como se establecía en su Preámbulo, partía de la consideración de “los cambios fundamentales que se han producido en el escenario internacional” y subrayaba los principios fundamentales consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, entre los que

¹⁸⁰ Vid. la *Carta de París para una Nueva Europa*, adoptada el 19-21 de noviembre de 1990, disponible en <http://www.osce.org/node/39516>.

¹⁸¹ Tal como reza la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada en la primera y más significativa de las Conferencias este ciclo de Conferencias Internacionales, la Conferencia de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. El principio primero de esta Declaración establece que “[L]os seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible” [vid. el *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Documento A/CONF.151/26/Rev. 1 (Vol. I)].

se mencionaban, en particular, “la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos y el respeto del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, en condiciones de paz, democracia, justicia, igualdad, imperio de la ley, pluralismo, desarrollo, niveles de vida más elevados y solidaridad”¹⁸². Es decir, se planteaba claramente la estrecha conexión entre una serie de principios fundamentales que, a nuestros efectos, podemos reconducir a la tríada derechos humanos, democracia e imperio de la ley o estado de derecho.

En realidad, la misma Declaración y Programa de Acción insistía en esta conexión en un doble sentido, particularmente relevante a los efectos de mi argumentación. De un lado, al subrayar que “[L]a democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente” e indicar también que “[L]a democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida”¹⁸³; y, de otro lado, al insistir a lo largo del texto de la Declaración y Programa de Acción en la promoción y protección de los derechos humanos y vincularla a la promoción del imperio de la ley o estado de derecho, en el sentido de instar a los Estados y a las instituciones internacionales a que defiendan el imperio de la ley y la democracia¹⁸⁴.

Siguiendo esta estela, en la Declaración del Milenio, adoptada en el año 2000 por la Asamblea General y de la que, posteriormente, emanarían los Objetivos de Desarrollo del Milenio, los Jefes de Estado y de Gobierno afirmaron que “[N]o escatimaremos esfuerzo alguno por promover la democracia y fortalecer el imperio del derecho y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidos, incluido el derecho al desarrollo”¹⁸⁵. A mi juicio, y sin ningún género de dudas, en los albores del siglo XXI se estaba subrayando claramente por parte de los Estados -es decir, en el plano del Derecho Internacional- esta innegable interacción conceptual y el carácter indisoluble de los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho.

En cualquier caso, entiendo que, en esta misma línea, el texto más relevante es el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005¹⁸⁶ en el que, a nuestros efectos, de un lado, se reiteraba también otra tríada inescindible al afirmar que “la paz y la seguridad,

¹⁸² Párrafo 9 del Preámbulo de la Declaración y Programa de Acción de Viena, Documento A/CONF.157/23 ya citado.

¹⁸³ *Ibid.*, párrafo 8 del texto de la Declaración.

¹⁸⁴ *Ibid.*, por ejemplo, párrafo 34 del Programa de Acción. En otros párrafos del Programa de Acción se insistía, asimismo, en el fortalecimiento del imperio de la ley, tanto en el plano internacional como en el plano nacional.

¹⁸⁵ Declaración del Milenio, Resolución 55/2, de 8 de septiembre de 2000, de la Asamblea General, párrafo 24. Nótese, en línea con lo que ya he indicado, el uso de la expresión “el imperio del derecho” cuando la versión inglesa de la Declaración usa la expresión “*the rule of law*” y la versión francesa la expresión “*l'état de droit*”.

¹⁸⁶ Vid., en general, X. PONS RAFOLS, “Luces y sombras en el Documento final de la Cumbre Mundial 2005”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005.2, Vol. LVII, págs. 1128-1137.

el desarrollo y los derechos humanos son los pilares del sistema de las Naciones Unidas y las bases de la seguridad y el bienestar colectivos”, y que estos tres elementos “están vinculados entre sí y se refuerzan unos a otros”¹⁸⁷. De otro lado, en el Documento Final de la Cumbre Mundial se afirmaba, bajo un apartado específicamente dedicado a “Derechos humanos e imperio de la ley”¹⁸⁸, el “compromiso de proteger y promover activamente todos los derechos humanos, el imperio de la ley y la democracia”, reconociendo asimismo que éstos “son aspectos vinculados entre sí, que se refuerzan mutuamente y que se encuentran entre los valores y principios fundamentales universales e indivisibles de las Naciones Unidas”¹⁸⁹. De nuevo, por tanto, se subrayaba la interacción mutua entre estos aspectos que, además, se estima que forman parte de valores y principios que se consideran universales¹⁹⁰.

Afirmados estos planteamientos básicos, el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 reconocía también la “necesidad de una adhesión universal al imperio de la ley y a su aplicación en los planos nacional e internacional”¹⁹¹ y afirmaba que “la democracia es un valor universal basado en la voluntad libremente expresada de los pueblos para determinar su propio sistema político, económico, social y cultural y su participación plena en todos los aspectos de sus vidas”¹⁹². Es decir, en la línea señalada anteriormente -y aunque no se mencione en estos términos-, entiendo que se estaba afirmando la democracia, poniendo en valor lo que hemos denominado dimensión interna de la libre determinación de los pueblos.

Los fragmentos que he reproducido, tanto de la Declaración y Programa de Acción de Viena como del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, expresan finalmente de manera clara una idea que, subyacente en la misma Declaración Universal de Derechos Humanos, constituye el centro de mi argumento y que la doctrina iusinternacionalista ya había puesto de manifiesto previamente: la conexión indisociable o inescindible entre derechos humanos, democracia y estado de derecho. Porque es inconcebible la

¹⁸⁷ Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, Resolución 60/1, de la Asamblea General, de 16 de septiembre de 2005, párrafo 9.

¹⁸⁸ “*Human rights and the rule of law*” en inglés y “*Droits de l’homme et état de droit*” en francés.

¹⁸⁹ Documento Final, párrafo 119. En el párrafo 135 se vuelve a reiterar que “la democracia, el desarrollo y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son interdependientes y se refuerzan mutuamente”.

¹⁹⁰ Para añadir un último elemento que pone de relieve todas estas interacciones y, por tanto también, la necesidad de una actuación internacional coordinada, en la reciente Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro del 20 al 22 de junio de 2012, se adoptó un documento final titulado “El futuro que queremos” (anexo a la Resolución 66/288, de la Asamblea General, de 27 de julio de 2012) en el que, entre otros muchos aspectos relacionados con una visión común sobre el futuro y exclusivamente a los efectos que me interesa subrayar, se reconocía que “la democracia, la buena gobernanza y el estado de derecho, en los planos nacional e internacional, así como un entorno propicio, son esenciales para el desarrollo sostenible, incluido el crecimiento económico sostenido e inclusivo, el desarrollo social, la protección del medio ambiente y la erradicación de la pobreza y el hambre”, y se reafirmaba que “para lograr nuestros objetivos de desarrollo sostenible necesitamos instituciones de todos los niveles que sean eficaces, transparentes, responsables y democráticas”.

¹⁹¹ Vid. Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, párrafo 134.

¹⁹² *Ibid.*, párrafo 135.

protección de los derechos humanos sin las garantías democráticas, y es inconcebible la democracia sin el respeto de los derechos humanos; y son inconcebibles los derechos humanos y la democracia sin un estado de derecho, que se configura como el concepto y eje vertebrador al establecer las garantías jurídicas de los unos y de la otra ¹⁹³. Como indicaba Victoria Abellán hace más de veinticinco años, el estado de derecho y la sociedad democrática constituyen las garantías internas para la protección de los derechos humanos y son los “presupuestos” de la protección internacional de los mismos ¹⁹⁴.

En este orden de ideas, sólo puedo reiterar lo que ya he indicado antes en el sentido de que, desde la transición democrática y la adopción de la Constitución, España -un Estado social y democrático de derecho- ha establecido en su ordenamiento jurídico interno las adecuadas garantías de los derechos humanos, del mismo sistema democrático y del respeto al principio de legalidad, y ello se ha hecho, a mi juicio, con plena concordancia con las exigencias derivadas del Derecho Internacional, asumiendo los valores y principios esenciales de una sociedad democrática. Vivimos, por tanto, sin ninguna duda, en una sociedad libre y democrática, aunque también sea cierto que el sistema presenta indudables insuficiencias y que está cada vez más extendida socialmente la necesidad de una profundización democrática, la necesidad de hacer la democracia más efectiva y real, la necesidad de modificar el sistema electoral mejorando la calidad democrática y, en definitiva, la necesidad de una mayor conciencia social sobre los necesarios procesos de transformación social en un sentido democrático y de progreso.

b) La emergencia en el Derecho Internacional del valor universal de la democracia y el estado de derecho

Asentado el reconocimiento internacional del carácter indisociable y mutuamente reforzado de esta tríada conceptual, creo que también puede afirmarse, aun con limitaciones, la emergencia en el Derecho Internacional, junto a unos derechos humanos universales e indivisibles, del valor universal de la democracia y el estado de derecho y quizás, incluso, como han sostenido algunos autores, de un “derecho” emergente a la democracia y al estado de derecho. En realidad, como he expuesto, la misma Declaración Universal de Derechos Humanos y, posteriormente, los Pactos Internacionales validarían esta posición al establecer tanto el principio de la participación democrática a través de procesos electorales como la necesidad de un estado o régimen de derecho para garantizar los derechos humanos. Aunque las bases de estos desarrollos en el Derecho Internacional contemporáneo se encuentren en esos textos no hay duda, a mi entender, que, como también ya he dicho, son los cambios políticos generados tras el fin de la guerra fría los que propician un salto cualitativo en

¹⁹³ Como indicaba Jacques-Yvan Morin, “ni les droits et libertés de la personne ni la démocratisation des sociétés ne sont possibles si le pouvoir politique n’est pas soumis à des règles, c’est-à-dire si l’Etat ne pas ‘de droit’” (J.Y. MORIN, “L’État de droit: émergence d’un principe du Droit International”, *Recueil des Cours*, Vol. 254, 1995, p. 447).

¹⁹⁴ Vid. V. ABELLÁN HONRUBIA, “La protección internacional de los derechos humanos ..”, *op. cit.*, en particular pp. 31-32.

esta percepción y en esta consideración de la democracia y el estado de derecho como valores universales.

Para ordenar mi argumentación y desde la perspectiva de las Naciones Unidas, cabe subrayar que el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Boutros Boutros-Ghali, propugnó un triple eje fundamental en la labor de la Organización que concretó en lo que se conoce como los tres programas: el “Programa de Paz”¹⁹⁵, el “Programa de Desarrollo”¹⁹⁶ y el “Programa de democratización”¹⁹⁷. Al margen del desarrollo futuro de este triple eje fundamental -que se concretó, como hemos visto, en los tres pilares esenciales e interdependientes de las Naciones Unidas constatados en el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005- bastará, a los efectos que interesan ahora, con mencionar, de un lado, que este último Programa -que cabe calificar de una auténtica apología de la democracia- y la labor asociada a él derivaban de la nueva expectativa generada con los cambios políticos y de la necesidad de que las Naciones Unidas apoyaran los esfuerzos para la promoción y consolidación de las democracias nuevas o restauradas. De otro lado, debe indicarse que se partía de la concepción de que, si bien la definición de democracia era un tema de debate social, “la práctica de la democracia es considerada cada vez más esencial para el progreso en una amplia gama de inquietudes humanas y para la protección de los derechos humanos”¹⁹⁸; pero que, aunque la “democracia debe y puede ser asimilada por todas las culturas y tradiciones, no corresponde a las Naciones Unidas ofrecer un modelo de democratización o democracia o fomentar la democracia en un caso concreto”, por lo que las Naciones Unidas “deben ayudar a cada Estado a seguir su propio camino”¹⁹⁹.

Es decir, nos hallamos ante un planteamiento -que me parece que resulta clave y expresa las posibilidades y límites que siguen ofreciendo las actuales realidades políticas internacionales- en el que, desde el Derecho Internacional, se reconoce que debe promoverse la democracia y que éste es, probablemente, el mejor modelo político para la protección de los derechos humanos, pero sigue plenamente asentado en el Derecho Internacional el criterio de que corresponde a cada Estado soberano determinar libremente su desarrollo político, económico y social, no habiendo necesariamente un único modelo de sistema político adecuado para todos los Estados²⁰⁰. En este contexto,

¹⁹⁵ Documento A/47/277-S/24111 y su Suplemento, Documento A/50/60-S/1995/1.

¹⁹⁶ Documento A/48/935 y las recomendaciones del Secretario General en el Documento A/49/665.

¹⁹⁷ Formado por los Documentos A/50/332, A/51/512 y el fundamental Documento A/51/761.

¹⁹⁸ Párrafo 3 del Informe contenido en el Documento A/51/761.

¹⁹⁹ *Ibid.*, párrafos 10 y 11.

²⁰⁰ Así, por ejemplo, en una dialéctica que, como veremos, resulta constante desde aquel momento, la Resolución 46/137 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1991, al tiempo que subrayaba que la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “disponen que la autoridad para gobernar se basará en la voluntad del pueblo, expresada en elecciones auténticas y periódicas”, afirmaba también el reconocimiento de “que no hay un sistema político o método electoral que sea igualmente adecuado para todas las naciones y sus pueblos y que los esfuerzos de la comunidad internacional por fortalecer la eficacia del principio de la celebración de elecciones auténticas y periódicas no deben poner en tela de juicio el derecho soberano de cada Estado de elegir y desarrollar libremente, de conformidad con la voluntad de su pueblo, sus sistemas políticos, sociales, económicos y culturales, independientemente de que éstos se ajusten o no a las preferencias de otros Estados”.

además, uno de los aspectos que proponía el Secretario General en sus Informes sobre la democratización era el de animar a los Estados “a que se respetara el estado de derecho en los Estados y entre ellos”, es decir, tanto en el plano interno como en el plano internacional²⁰¹, lo que conducirá también a los desarrollos que enseguida expondré.

En otras palabras, los cambios en los escenarios políticos promovieron, asimismo, una mayor conexión entre los propósitos de las Naciones Unidas y entre los tres aspectos esenciales que estoy abordando -derechos humanos, democracia, estado de derecho- que se fue concretando, por un parte, a través de múltiples resoluciones de la Asamblea General referentes a las numerosas actividades de asistencia y observación electoral y de promoción de la democracia y el estado de derecho²⁰²; y, por otra parte, con la actuación del Consejo de Seguridad estableciendo operaciones de mantenimiento de la paz multidimensionales con componentes de derechos humanos, de asistencia electoral y de institucionalización democrática, poniendo así también de relieve la conexión entre el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional y los derechos humanos. En todo este planteamiento, mención especial -a nuestros efectos y como veremos más adelante- debe formularse a la asistencia y observación electoral, una actividad de las Naciones Unidas y de muchas otras Organizaciones internacionales, especialmente de carácter regional²⁰³, que, de ser una cuestión que podía considerarse que incidía en la competencia interna de los Estados, ha pasado a ser un elemento importante de la actividad de estas Organizaciones y un motor para el impulso de procesos de democratización²⁰⁴.

Estas derivas en la práctica de los Estados y de las Organizaciones internacionales llevaron a algunos autores a hablar de la emergencia de un derecho a la gobernanza democrática²⁰⁵ que, en realidad, de un lado, podíamos entender ya formulado

²⁰¹ Párrafo 27 del Informe del Secretario General contenido en el Documento A/51/761.

²⁰² Durante una primera etapa, las resoluciones de la Asamblea General versaban sobre el “Fortalecimiento de la eficacia del principio de la celebración de elecciones auténticas y periódicas”, mientras que, en una segunda fase, el eje se transmutó en el “Apoyo del sistema de las Naciones Unidas a los esfuerzos de los gobiernos para la promoción y la consolidación de las democracias nuevas o restauradas”. Vid., al respecto, los argumentos desarrollados por J. WOUTERS, “Some Reflections on Democracy and International Law”, *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, ed. Bruylant, Bruxelles 2007, en particular pp. 789 y ss.

²⁰³ Las Naciones Unidas han participado en la prestación de asistencia electoral prácticamente desde su fundación aunque, en los primeros años, ésta consistía en promover el principio de la libre determinación por medio de la observación y supervisión de elecciones realizadas en el contexto de procesos de descolonización. A partir de finales de los años ochenta del siglo pasado la orientación pasó a ser distinta -contextos de postconflicto civil y democracias nuevas o restauradas-, si bien, fundamentalmente, las Naciones Unidas se dedican en la actualidad más a la asistencia técnica y a la creación de capacidades y raramente actúan como observadoras, en tanto que muchas Organizaciones regionales tienden a tener un papel mucho más activo en este segundo ámbito.

²⁰⁴ Vid. al respecto, en particular y de manera general, Y. BEIGBEDER, *International monitoring of plebiscites, referenda and national elections: self-determination and transition to democracy*, ed. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1994, y A. BADÍA MARTÍ, *La participación de la ONU en procesos electorales*, ed. McGraw Hill, Madrid 1998.

²⁰⁵ Como referente de este planteamiento puede citarse a Th. FRANCK, “The Emerging Right to Democratic Governance”, *American Journal of International Law*, vol. 86, 1992, pp. 46-91. Sin embargo, Franck formula una identificación entre el principio de la libre determinación, en su dimensión externa, y

retroactivamente desde 1948 y que, de otro lado, en el momento actual, se configura más bien en la práctica internacional como una orientación legal o un objetivo político. De hecho, como acabo de señalar, los textos internacionales ponen de manifiesto claramente una tensión dialéctica irresuelta entre el principio de la democracia como sistema político más adecuado para la protección de los derechos humanos y la pervivencia de un principio tan esencial del Derecho Internacional como es el de la igualdad soberana, es decir, el derecho de cada Estado a elegir y a llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural ²⁰⁶. Principio que va asociado, entre otros, al de la no intervención y, consiguientemente, al reconocimiento de que no se puede imponer a un Estado, ni por parte de otros Estados ni por parte de las Organizaciones internacionales, un determinado sistema político, ni tan siquiera la democracia.

Esta tensión se expresó también en la Cumbre Mundial 2005 cuando, junto a las referencias a los derechos humanos y al imperio de la ley a las que ya me he referido -entre ellas la consideración de “valor universal” de la democracia-, se reafirma que “si bien las democracias comparten características comunes, no existe un único modelo de democracia, que no pertenece a ningún país o región”, y se señala inmediatamente, asociándolo a lo anterior, “la necesidad de respetar debidamente la soberanía y el derecho a la libre determinación” ²⁰⁷. Dicho de otra forma, puede afirmarse, probablemente, el pleno reconocimiento en el Derecho Internacional del derecho a la participación democrática y a la elección de los gobernantes, así como el carácter de valor universal de la democracia, a título de principio general, pero, probablemente, no está todavía suficientemente extendida entre los Estados, y, por tanto, en el Derecho Internacional, la convicción respecto de un pleno y reconocido derecho a la gobernanza democrática como obligación jurídica internacional para los Estados ²⁰⁸. Nos movemos, por tanto, más en el plano de los principios y nos hemos de conformar en afirmar como indubitable, con Javier Roldán, que la democracia promueve los valores esenciales de la comunidad internacional y que, al mismo tiempo, el Derecho Internacional promueve la democracia ²⁰⁹.

Reforzando estos argumentos, quiero señalar también que la Asamblea General -a partir de la ya citada Cumbre Mundial 2005 y de la incorporación de la noción del estado de derecho en su Documento Final- introdujo en su agenda de trabajo un tema sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, que todavía se mantiene y que ha propiciado diversos Informes del Secretario General y diversas resoluciones de las Asamblea General. En estas resoluciones se reitera el principio del estado de derecho, así como la vinculación entre los derechos humanos, el estado de derecho y la

la democracia que, como ya he indicado anteriormente, no se justifica plenamente en las realidades políticas -permanencia de regímenes autoritarios-, ni durante el proceso de descolonización ni durante el proceso de desmembramiento de la Unión Soviética y de la antigua Yugoslavia (pp. 52 y ss.).

²⁰⁶ En los términos que ya expresaba la Resolución 2625 (XXV) cuando desarrolla el principio de la igualdad soberana de los Estados.

²⁰⁷ Párrafo 135 del Documento Final ya citado de la Cumbre Mundial 2005.

²⁰⁸ Como, por ejemplo, concluye J. WOUTERS, “Some Reflections on Democracy ..”, *op. cit.*, p. 803.

²⁰⁹ Vid. J. ROLDÁN, *Democracia y Derecho ..*, *op. cit.*, pp. 215-216.

democracia, y se reafirma el compromiso con el estado de derecho y su importancia fundamental para el desarrollo de los tres pilares esenciales de las Naciones Unidas ²¹⁰. El último estadio relevante de estas actividades de la Asamblea General de las Naciones Unidas fue la celebración en el año 2012 de una Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General precisamente sobre el estado de derecho, de la que emanó una *Declaración sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional* ²¹¹.

Aunque esta Declaración pueda tener, como sucede en tantas otras ocasiones en textos internacionales, ciertos elementos de carácter retórico, entiendo que marca claramente tres ideas esenciales que considero pertinentes en mi argumentación. En primer lugar, se reafirma en ella, nuevamente, que “los derechos humanos, el estado de derecho y la democracia están vinculados entre sí, se refuerzan mutuamente y forman parte de los valores y principios fundamentales, universales e indivisibles de las Naciones Unidas” ²¹². En segundo lugar, en relación con la vigencia del estado de derecho en el plano nacional -es decir, en el plano del ordenamiento interno de los Estados-, se les reclama que sean respetuosos con el estado de derecho y con los derechos humanos y que, consiguientemente, asuman que “todas las personas, instituciones, y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están obligadas a acatar leyes justas, imparciales y equitativas, y tienen derecho a gozar de igual protección de la ley sin discriminación” ²¹³; aunque -de manera parecida a lo que sucede con la democracia- se reconoce también la existencia de una “gran diversidad de experiencias nacionales en el ámbito del estado de derecho” ²¹⁴. En tercer lugar, en la Declaración se subraya la vigencia del estado de derecho en el plano internacional, en la medida que implica también “un orden internacional basado en el estado de derecho” y que “la buena gobernanza a nivel internacional es fundamental para fortalecer el estado de derecho” ²¹⁵.

En este sentido, creo que puede afirmarse que, en los últimos años, se ha ido dando desde el Derecho Internacional mayor importancia e, incluso, un cierto contenido al concepto del estado de derecho, aunque sólo sea para exigir el respeto de la legalidad por parte de todos, poderes públicos e individuos. Ello ha hecho que se haya convertido en un valor o principio esencial y universal del Derecho Internacional, asociado fundamentalmente a la democracia y a los derechos humanos. Pero también puede afirmarse que, atendiendo a las tensiones dialécticas a las que ya he hecho mención, no existe todavía un modelo o concepto universalmente aceptado de estado de derecho -al igual que, como he apuntado, no lo existe de democracia- y, particularmente, se afirma que las “experiencias nacionales” son muy diversas y, en todo caso, se vinculan muy directamente a diversos aspectos específicos de los derechos humanos, como la

²¹⁰ La última resolución adoptada al respecto es la Resolución 67/97, de 14 de diciembre de 2012, de la Asamblea General, sobre *El estado de derecho en los planos nacional e internacional*.

²¹¹ Contendida en la Resolución 67/1, de la Asamblea General, de 24 de septiembre de 2012.

²¹² Párrafo 6 del dispositivo de la Declaración.

²¹³ Párrafo 2 del dispositivo de la Declaración.

²¹⁴ Párrafo 10 del dispositivo de la Declaración.

²¹⁵ Párrafo 1 del dispositivo de la Declaración.

igualdad, la no discriminación, la tutela judicial o, por ejemplo, la independencia del poder judicial ²¹⁶.

Entiendo, así, con Olivier Corten ²¹⁷, que resulta todavía prematuro poder considerar que el estado de derecho se haya convertido en una obligación jurídica internacional para los Estados, de cuya violación deban responder internacionalmente, al menos en el plano universal, pues, como indicaré más adelante, sí queda establecida esta obligación jurídica internacional a escala europea. El estado de derecho se sitúa en el plano de los principios en el Derecho Internacional y se vincula o bien a la existencia y exigencia de reglas bien establecidas en materia de derechos humanos, o bien a objetivos políticos cuya realización parece ilusoria dadas las especificidades del ordenamiento jurídico internacional; opera, por tanto, en definitiva y por decirlo de alguna manera, como una potente idea-fuerza para los ordenamientos internos, pero no todavía como una obligación jurídica internacional ²¹⁸. Visión distinta es la de la consideración del estado de derecho en el plano internacional, donde no hay duda de que se configura como un elemento fundamental para unas relaciones pacíficas y de amistad entre los Estados, basadas en el cumplimiento de las obligaciones internacionales ²¹⁹.

Así, junto a la democracia, cabe situar al estado de derecho en el Derecho Internacional en el plano de los principios o valores universales que pueden operar como elementos informadores de los ordenamientos internos en materia de derechos humanos y del establecimiento de sus garantías jurídicas y procesales. Con todas las variedades posibles puesto que, como he indicado, ni el Derecho Internacional reconoce un único modelo de democratización ni de estado de derecho, atendiendo a la gran diversidad de los Estados y de las experiencias nacionales. En cualquier caso, creo que deben tenerse en cuenta dos dimensiones del estado de derecho: de un lado, la dimensión estrictamente formal, que implica que todos los poderes públicos y todos los individuos estén sometidas al imperio de la ley o principio de la legalidad; y, de otro lado, la dimensión material o sustantiva, en el sentido de que es necesario para garantizar este estado de derecho que las normas existentes sean compatibles con las exigencias derivadas de los derechos humanos y del principio democrático.

En definitiva, aun con dificultades, creo que puede considerarse que se han dado avances significativos en relación con la gobernanza democrática y el estado de derecho en el Derecho Internacional contemporáneo. Ahora bien, que este argumento, reducido al criterio del denominado principio democrático -y convertido en el de “mayor virtualidad” en sentido práctico para el proceso político puesto en marcha en Cataluña

²¹⁶ Vid., sobre ello, O. CORTEN, “Rapport Général. L’État de droit en Droit International: quelle valeur juridique ajoutée?”, en *L’État de droit en droit international, Colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international*, ed. A. Pedone, París, 2009, particularmente pp. 18-24

²¹⁷ *Ibid.*, p. 36.

²¹⁸ Vid., por ejemplo, J.Y. MORIN, “L’État de Droit: émergence d’un ..”, *op. cit.*, p. 462.

²¹⁹ Vid., asimismo, en general, sobre el estado de derecho en el plano internacional, A. WATTS, “The International Rule of Law”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 36, 1993, pp. 15-45 y J. WALDRON, “Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law”, *The European Journal of International Law*, Vol. 22.2 (2011), pp. 315-343.

²²⁰-, sea utilizado por el Consejo Asesor para la Transición Nacional para entender que se trata de una fundamentación jurídico-internacional suficiente como para justificar una consulta o referéndum o, incluso, las vías alternativas que se han propuesto -algunas de las cuales, como la declaración unilateral de independencia no tienen sustento jurídico ni en el ordenamiento interno ni en el ordenamiento internacional-, hay un gran paso que, a mi juicio, el Consejo Asesor realiza de una manera técnicamente poco rigurosa.

También resulta excesivo, a mi entender, pretender considerar, como hace el Consejo Asesor, que del artículo 10.2 de la Constitución se desprende que los principios del Derecho Internacional obligan a los poderes públicos de España a interpretar las normas internas que regulan referéndums y consultas populares “de modo que, respetando los principios y reglas que rigen el Estado de Derecho, se consiga la máxima expansión de los derechos de participación política de los ciudadanos, incluidos los derechos de participación política directa” ²²¹. Como estoy indicando, el Derecho Internacional recoge unos principios fundamentales en materia de derechos humanos y de democracia pero no apuesta ni privilegia ningún modelo concreto de organización o sistema de participación política directa, ya que esto es algo que corresponde determinar a los Estados en sus ordenamientos internos. Desde la perspectiva del Derecho Internacional tan válida es una democracia representativa como una democracia más participativa o directa, tan válido es un sistema jurídico que facilite la celebración de consultas o referéndums como un sistema jurídico que sólo prevea procesos electorales periódicos, o tan válido es un sistema electoral proporcional como un sistema electoral mayoritario, por señalar sólo algunas de las opciones potenciales. La determinación de estos aspectos, en el marco de los parámetros del Derecho Internacional de los derechos humanos, corresponde estrictamente a los ordenamientos internos de los Estados.

Reitero de nuevo, en este sentido, que España es un Estado inequívocamente democrático, en el que se disfrutan de unos derechos y unas libertades individuales y colectivas homologables a las de cualquier país de nuestro entorno y que el sistema democrático español es, hoy por hoy, el de una democracia representativa, como nuestro sistema electoral es un sistema proporcional corregido, lo que no es más que una opción entre las distintas opciones posibles. En cualquier caso, entiendo que nadie puede negar el carácter representativo y democrático de nuestras instituciones, las estatales y las autonómicas, aun con las debilidades e insuficiencias que, como he indicado antes, puedan apuntarse. A mi juicio, todas las fuerzas políticas parlamentarias, incluidas las que plantean decididamente la secesión de Cataluña, asumen indudablemente este planteamiento -aunque formulen las argumentaciones políticas que consideren adecuadas para alcanzar sus objetivos políticos- en la misma medida en que participan, sin cuestionarlos, en los mecanismos y en las instituciones democráticas, así como en los diversos procesos electorales.

Podemos afirmar, sin duda, la pertinencia del principio general del Derecho Internacional ya postulado en la Declaración Universal en 1948, de que los poderes

²²⁰ Vid. Informe núm. 1 ya citado del Consejo Asesor, p. 67.

²²¹ *Ibid.*, pp. 71-72.

públicos obtienen su legitimidad de la voluntad popular que constituye la fuente de legitimidad democrática y podemos afirmar también que ésta puede expresarse de muchas maneras, mediante procesos electorales o mediante referéndums o consultas. No hay duda tampoco de que este último es un método que puede resultar particularmente adecuado y en nuestro ordenamiento jurídico -español y catalán- están previstas normas sobre referéndums y se están elaborando leyes para desarrollar procedimientos de consultas no referendarias y, por tanto, avanzar hacia una democracia más participativa e inclusiva; pero no hay nada en el ordenamiento interno español y en nuestro sistema jurídico institucional actual que entre en colisión directa con las disposiciones del Derecho Internacional en materia de derechos humanos, de democracia y de estado de derecho.

Es decir, la pretensión de ejercer el denominado derecho a decidir mediante una consulta o referéndum -que entiendo que es algo absolutamente legítimo como aspiración política- debe poder ser encauzada jurídicamente y, en su caso, realizarse sobre bases legales y en un marco legal. No sólo porque el estado de derecho constituya, precisamente, la garantía de la democracia y del respeto de los derechos humanos, incluido el derecho a la participación política; también porque esta es la única manera de que una hipotética consulta goce de fiabilidad y rigor y sus resultados merezcan la confianza de todas las partes implicadas. Dicho en otras palabras, en democracia todo es posible, pero no es posible hacer nada que no sea conforme al principio de legalidad, es decir, que sea contrario al estado de derecho, porque se trata de dos aspectos íntimamente conectados. En este sentido, retomando la formulación del Tribunal Supremo de Canadá, puede afirmarse de manera contundente que “democracy in any real sense of the word cannot exist without the rule of law”²²².

Sin embargo, debe quedar claro también que, en mi opinión, las normas legales no pueden constituir, en ningún caso, obstáculos o cortapisas a la voluntad democrática de una sociedad, o la justificación del inmovilismo político. En un estado de derecho las normas responden a las necesidades sociales y sólo pueden pretender satisfacer estas necesidades y el ajuste de los intereses de la sociedad, garantizando así la igualdad y la no discriminación entre todos sus componentes. En los términos de una pretendida tensión entre legitimidad y legalidad -como se quiere plantear tanto por parte de algunos sectores políticos y sociales en Cataluña como por parte de otros sectores en el resto de España-, entiendo, como señalaba López Basaguren, que la legalidad debe ser capaz de superar el test de legitimidad democrática siempre que esto sea necesario²²³. Si una amplia mayoría social, representada por una amplia mayoría de fuerzas políticas, plantea una demanda de celebración de una consulta o referéndum, habrá que encontrar la fórmula jurídica que permita encauzar y dar satisfacción a esta demanda; es más, si una amplia mayoría de la voluntad popular, expresada democráticamente en elecciones o en una consulta o un referéndum legal, aspirase a la secesión de Cataluña, no hay duda tampoco de que, de una manera que, en esta hipótesis, sería, ciertamente, mucho más complejo y difícil, habría que hacer lo mismo.

²²² Párrafo 67, página 256 del dictamen ya citado del Tribunal Supremo canadiense.

²²³ Vid. A. LÓPEZ BASAGUREN, “La secesión de territorios en la Constitución ..”, *op. cit.*, p. 96.

2. Derechos humanos, democracia y estado de derecho como fundamento de un patrimonio común europeo

Establecida claramente en el Derecho Internacional la interacción indisociable entre derechos humanos, democracia y estado de derecho, y considerando la emergencia de la democracia y el estado de derecho como valores universales, resulta pertinente situar ahora esta dimensión a escala europea, donde históricamente esta tríada ha estado más enraizada, configurando un auténtico patrimonio común europeo. Conviene formular esta reflexión con mayor motivo atendiendo a la pretensión de justificar el carácter democrático del proceso soberanista y del denominado derecho a decidir en los desarrollos democráticos y de derechos humanos en el marco europeo; e, incluso -y en el marco de la apelación constante a la comunidad internacional-, atendiendo a la pretensión de buscar avales internacionales al proceso soberanista y, en su caso, un amparo o una intermediación internacional, especialmente de la Unión Europea, ante un posible bloqueo político y jurídico de la celebración de una consulta ²²⁴.

En términos jurídico-internacionales, el enfoque que quiero formular tiene su punto de partida en el Estatuto del Consejo de Europa que, en 1949, ya reconocía como fundamento de su creación la “adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia” ²²⁵. Con esta base filosófico-jurídica se creaba esta Organización internacional con la finalidad de “realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social” ²²⁶. A partir de estas disposiciones, la labor más relevante del Consejo de Europa se ha llevado a cabo, como es sabido, en el ámbito de la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales, estableciendo un auténtico “orden público europeo” vinculado a los derechos humanos y a la democracia.

²²⁴ Esta posibilidad de una intermediación internacional se sugiere en diversas ocasiones en el Informe núm. 1 del Consejo Asesor para la Transición Nacional, por ejemplo cuando se indica que, atendiendo a la complejidad de las negociaciones derivadas de una hipotética victoria del sí en el referéndum o consulta, los problemas “sólo podrían desencallarse con la intervención de terceros” (p. 134 del Informe, así como en p. 140); o cuando ante una situación de bloqueo práctico se propone “si procede, un arbitraje de una institución u organización internacional -como las Naciones Unidas- o la UE” (p. 153 del Informe). A mi juicio, estas propuestas no dejan de ser un *desideratum* que puede tener muy poco recorrido jurídico y político y, de hecho, el mismo Consejo Asesor acaba reconociendo las dificultades de esta posible intermediación (p. 153). El Informe núm. 4, dedicado a la *Internacionalización de la consulta y del proceso de autodeterminación de Cataluña*, más que sugerir la intermediación internacional, se limita a formular en siete escasas páginas unas consideraciones muy genéricas y sin desarrollos solventes sobre la diversidad de audiencias internacionales y sus posibles reacciones (vid. Informe núm. 4, pp. 26-32). En este sentido, no deja de resultar sintomático que el Consejo Asesor aconseje al Gobierno de la Generalitat que “module su discurso de justificación del proceso de autodeterminación en función de las audiencias a las que se dirija en cada momento” (traducción propia del catalán, p. 6 del Informe núm. 4).

²²⁵ Párrafo 3 del Preámbulo del Estatuto del Consejo de Europa, adoptado en Londres el 5 de mayo de 1949. España se incorporó a esta Organización internacional, en el contexto de la transición democrática, el 24 de noviembre de 1977 (BOE de 1 de marzo de 1978).

²²⁶ Artículo 1 del Estatuto de Londres.

Esta labor en el ámbito de los derechos humanos ha girado fundamentalmente en torno al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, al que ya me he referido, a sus protocolos adicionales y al sistema institucional establecido alrededor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este Convenio, que se inspira directamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada escasamente dos años antes ²²⁷, las Altas Partes contratantes reafirmaron su adhesión a los derechos humanos y libertades fundamentales, que constituyen “las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen” ²²⁸. A lo largo del Convenio se prevé también la posibilidad de diversas excepciones, siempre que estén “previstas por la ley y constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática”, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades ajenos ²²⁹. Plena concordancia y mutua influencia, por tanto, entre los desarrollos a este respecto en el plano universal -a los que ya me he referido- y los desarrollos en el plano europeo.

En todo caso, hubo que esperar a 1952 para que se adoptara el primer Protocolo Adicional al Convenio que, a nuestros efectos, resulta especialmente relevante pues incorporaba el componente de la participación democrática, ausente en el texto inicial del Convenio. Así, el artículo 3 del Protocolo núm. 1 establece que “[L]as Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo” ²³⁰. Probablemente el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos resulta más claro y contundente en relación con el derecho a la participación política y respecto de la concepción de la voluntad popular como poder legitimador de la autoridad pública, pero no hay duda de que en el marco del Consejo de Europa y de su sistema jurídico-institucional están plenamente integrados los valores democráticos y del estado de derecho, que constituyen sus principios estatutarios o pilares esenciales.

La perspectiva de considerar estos valores como un patrimonio común europeo se ha ido proyectando hacia el resto del mundo y ha configurado Europa como un modelo a emular en el sentido del bienestar y el desarrollo y respeto de los derechos humanos. En este sentido, ser un Estado democrático en Europa se ha convertido claramente en una obligación convencional que deriva tanto del mismo Estatuto del Consejo de Europa como, en particular, del Convenio Europeo y de sus Protocolos adicionales y, como veremos, lo mismo se desprende en relación con los Estados miembros de la Unión

²²⁷ En el Preámbulo del Convenio hasta en tres ocasiones se menciona la Declaración Universal de Derechos Humanos (vid. el texto del Convenio en el ya citado BOE de 10 de octubre de 1979).

²²⁸ Párrafo 5 del Preámbulo del Convenio.

²²⁹ Vid., en este sentido, los artículos 6, 8, 9, 10 y 11 del Convenio.

²³⁰ El Protocolo, de 20 de marzo de 1952, fue firmado por España el 23 de febrero de 1978, pero no fue ratificado hasta el 2 de noviembre de 1990, entrando en vigor para nuestro país el 27 de noviembre de 1990 (BOE de 12 de enero de 1991).

Europea ²³¹. Particularmente significativo es el impulso reforzado que ha tenido este enfoque con la incorporación al Consejo de Europa, a partir de los años noventa, de los Estados procedentes del antiguo bloque socialista ²³². En este ímpetu, y para asistir a estos Estados en el desarrollo de instituciones democráticas, debe también subrayarse, especialmente en los planos constitucionales, de procesos electorales y de referéndums, la creación de la *Comisión europea para la democracia a través del derecho*, conocida como Comisión de Venecia, sobre la que volveré más adelante.

En relación con la labor del Consejo de Europa también pueden señalarse, por su conexión con el tema que nos ocupa y aunque sea de manera sumaria, otras dos dimensiones relevantes. De un lado, la relacionada con las minorías nacionales y las lenguas minoritarias, que condujo a la adopción del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, de 1 de febrero de 1995 ²³³, y de la Carta Europea para las Lenguas Regionales o Minoritarias, de 5 de noviembre de 1992 ²³⁴. El tema es, ciertamente, complejo y controvertido en el Derecho Internacional - incluso el mismo concepto de minoría nacional lo es- y no voy a entrar en ello por razones de espacio, pero no puedo dejar de mencionar que el Consejo Asesor para la Transición Nacional también se refirió al principio de protección de las minorías, considerando que podía alegarse con respecto a la consulta y a las vías alternativas, atendiendo a la interpretación flexible, cambiante y pragmática que se ha hecho en la práctica internacional. Formuló, sin embargo, esta referencia, de un lado, sin mayores desarrollos argumentales y obviando la incorporación en España de los Convenios del Consejo de Europa a los que me acabo de referir ²³⁵; y, de otro lado, adoptando en su Informe núm. 4 una tesis, a mi juicio, poco acorde con el Derecho Internacional relativo a la protección de las minorías al considerar que una “minoría nacional o territorial como minoría permanente en un estado democrático”, como Cataluña, no puede obtener garantías políticas y jurídicas adecuadas dentro del Estado español y, por tanto, esta situación sería una injusticia grave y persistente que podría fundamentar la autodeterminación como último recurso ²³⁶.

²³¹ Vid. L.A. SICILIANOS, “Le respect de l’État de droit comme obligation internationale”, en *L’État de droit en droit international, Colloque de Bruxelles ...*, op. cit., pp. 144-145

²³² Por razones de operatividad limitamos nuestro análisis sumario al Consejo de Europa, aunque en el marco europeo y en el proceso político iniciado en los años noventa con la desaparición del bloque socialista han tenido también un papel importante otras Organizaciones internacionales como, en particular, la ya citada Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) y, especialmente, a los efectos que estoy desarrollando, su Oficina de Instituciones Democráticas y de Derechos Humanos (OIDDH).

²³³ España ratificó este Convenio (BOE de 23 de enero de 1998) que entró en vigor de forma general y para España el 1 de febrero de 1998. Vid., sobre este Convenio, E.J. RUIZ VIEYTEZ, “El Convenio Marco para la protección de las Minorías Nacionales”, en F. GÓMEZ ISA (dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao 2003, pp. 513-526.

²³⁴ España también ratificó esta Carta el 9 de abril de 2001 (BOE de 15 de septiembre de 2001). La Carta entró en vigor de forma general el 1 de marzo de 1998 y para España el 1 de agosto de 2001. Vid. sobre la Carta, E. RUIZ VIEYTEZ, “La Carta Europea para las Lenguas Regionales Minoritarias”, en F. GÓMEZ ISA (dir.), *La protección internacional de los derechos ...*, op. cit., pp. 527-546.

²³⁵ Vid. el Informe núm. 1 del Consejo Asesor, pp. 66-67.

²³⁶ Vid. el Informe núm. 4 del Consejo Asesor, en especial pp. 17 y 21. Al respecto, baste con señalar en esta sede que el Comité de Derechos Humanos ha establecido en su Comentario General núm. 23 al

De otro lado, otra dimensión relevante de la labor del Consejo de Europa puede situarse en la dimensión de la autonomía regional y local, que ha conducido a la adopción de la Carta Europea de la Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985²³⁷, y a la constante labor del Congreso de Poderes Locales y Regionales. Esta actividad permite afirmar, a mi entender, la emergencia de un principio en el Derecho Internacional, al menos a escala europea, relacionado con la autonomía local, y que puede entenderse extensible a la autonomía regional. En esta Carta Europea de la Autonomía Local, por ejemplo, y en la línea de lo que estoy apuntando, se considera que “el derecho de los ciudadanos de participar en la gestión de los asuntos públicos forma parte de los principios democráticos comunes a los Estados miembros del Consejo de Europa”²³⁸.

Una última referencia a la labor del Consejo de Europa pertinente en mi argumentación se refiere al mecanismo de garantía jurisdiccional de los derechos humanos que constituye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Concretamente, el artículo 34 del Convenio Europeo prevé que pueden presentar una demanda ante este Tribunal “cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se consideren víctimas de una violación” de las disposiciones del Convenio. Aunque el Consejo Asesor para la Transición Nacional no lo plantea expresamente -sí lo ha planteado, como he señalado, en relación con el mecanismo no jurisdiccional del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, en la misma línea discursiva -que no comparto- podría considerarse la presentación de una demanda ante el bloqueo, político y jurídico, del ejercicio del denominado derecho a decidir. En todo caso, creo que hay que formular tres consideraciones previas ante esta hipótesis: en primer lugar, que debe existir una tal violación, y no está claro que pudiera considerarse la existencia de tal violación atendiendo a los derechos reconocidos en el Convenio y en sus Protocolos adicionales; en segundo lugar, que deben haberse agotado los recursos internos que comportarían, asimismo, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; y, en tercer lugar, que debe existir legitimación para presentar la demanda ante el Tribunal Europeo.

En este último sentido, en el hipotético caso en que se pudiera considerar que la negativa a autorizar la celebración del referéndum o consulta pudiera considerarse una violación del Convenio -algo harto dudoso- deberían, en primer lugar, agotarse los recursos internos, incluido el Tribunal Constitucional, ante el que, quizás, atendiendo a que la negativa probablemente consistiría en la impugnación ante el alto tribunal de la decisión de la Generalitat de convocar la consulta, ya se estaría sustanciando el asunto y habría que estar a la espera, por consiguiente, de su sentencia que, en este supuesto, no sería resultado de un recurso de amparo. Pero es que, en segundo lugar, la Generalitat

artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos una diferenciación clara entre el derecho a la libre determinación contenido en el artículo 1 y el derecho contenido en el artículo 27 relativo a la protección de las minorías, cuyo disfrute “no menoscaba la soberanía e integridad territorial de un Estado parte” (vid. el Comentario, aprobado en 1994 por el Comité, en el Documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, párrafos 3.1 y 3.2).

²³⁷ La Carta Europea de Autonomía Local, hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985, entró en vigor el 1 de septiembre de 1988. España ratificó este instrumento jurídico el 8 de noviembre de 1988, entrando en vigor para España el 1 de marzo de 1989 (BOE de 24 de febrero de 1989).

²³⁸ Párrafo 4 del Preámbulo de la Carta.

no tiene legitimación activa para presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta imposibilidad legal deriva del hecho de que el artículo 34, además de a las personas físicas, permite la legitimación activa de una organización no gubernamental o de un grupo de personas, pero el Tribunal Europeo ha dejado clara la imposibilidad legal de que un demandante contra un Estado por violación del Convenio fuera, en contraposición a lo que dispone el artículo 34, una organización gubernamental. El Tribunal Europeo ha considerado que forman parte de las organizaciones gubernamentales no sólo los órganos centrales del Estado sino también las autoridades descentralizadas que ejercen funciones públicas, como las colectividades territoriales, sea cual sea el grado de autonomía del que disfruten. Este planteamiento quedó de manifiesto, precisamente, cuando el Tribunal Europeo consideró inadmisibile la demanda presentada por el Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco contra España en relación con la Ley Orgánica 2/2000, de partidos políticos ²³⁹.

Además de esta argumentación en torno al Consejo de Europa, entiendo pertinente llevar mi hilo discursivo de los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho como patrimonio común europeo a la órbita de la Unión Europea, donde claramente también se han configurado como valores fundamentales. Así, en el ámbito de las entonces denominadas Comunidades Europeas fue el Tribunal de Justicia el que introdujo el enfoque de que, aunque el proyecto comunitario era, en aquel momento, fundamentalmente de carácter económico, sus desarrollos podían incidir en el disfrute de los derechos humanos que, de esta forma, pasaron a ser considerados también como principios generales del Derecho Comunitario y, por tanto, como parámetros de la legalidad de los actos de las Instituciones y de los Estados miembros cuando actuasen en aplicación del Derecho Comunitario. Esta importante labor jurisprudencial reconocía los derechos humanos como principios generales en tanto en cuanto respondían a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y en tanto en cuanto estaban reconocidos en el Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, del que también eran partes todos los Estados miembros.

La inicial formalización jurídica de esta interpretación jurisprudencial se hizo mediante el Tratado de Maastricht incorporando un texto que indicaba que “[L]a Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario” ²⁴⁰. Esta deriva de formalización jurídica se completó mediante el Tratado de Ámsterdam que, por primera vez y retomando el planteamiento acuñado por el Consejo de Europa, incorporó la precisión de que “la Unión se basa en los principios de libertad, respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales y el estado de derecho,

²³⁹ Vid. la Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de febrero de 2004 sobre la inadmisibilidad de la demanda 29134/03. Vid. al respecto, por ejemplo, el comentario de C. MORTE GÓMEZ, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos: primeros pasos para una nueva reforma”, *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 5, 2004, p. 772.

²⁴⁰ Artículo F.2 del TUE en su versión del Tratado de Maastricht.

principios que son comunes a los Estados miembros”²⁴¹; es decir, pleno reconocimiento de la existencia de un patrimonio común europeo que no sólo será respetado por la Unión, sino que se configura como su propio fundamento y en el que se refleja también la tríada inescindible a la que me he referido. En otras palabras, de una lectura estrictamente jurisprudencial en relación con los derechos humanos se acabó planteando su reconocimiento en los Tratados, así como el reconocimiento de unos principios y valores fundamentales, lo que resultaba especialmente pertinente a medida que, a partir del Tratado de la Unión Europea (TUE), adoptado en Maastricht en 1992, y de la creación de la misma Unión Europea, se iban introduciendo más elementos de carácter político en los objetivos de la Unión Europea.

Mediante el Tratado de Niza, por su parte, se introdujo, además, un procedimiento de control y sanción -al que enseguida me referiré- para los supuestos en que se constatare una violación grave y persistente en relación con estos principios de libertad, democracia y respeto a los derechos humanos. El enfoque en materia de derechos humanos en la Unión Europea fue completado mediante la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales, inicialmente adoptada en el año 2000 y revisada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007. Posteriormente, el espíritu del Tratado Constitucional, finalmente fallido, se retomó parcialmente mediante el Tratado de Lisboa de 2007 que, a los efectos que interesan ahora, fija dos disposiciones clave: los actuales artículos 2 y 6 del TUE. El artículo 2 del TUE, completando el texto anteriormente adoptado en Ámsterdam, establece los “valores” fundamentales en los que se basa la Unión al disponer que “[L]a Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

Por su parte, el artículo 6 del TUE formula una triple operación relevante. De un lado, sin ampliar las competencias de la Unión, establece que se reconocen los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, reconociéndole el mismo valor jurídico que los Tratados. De otro lado, establece el compromiso de la futura adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Y, finalmente, reitera que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales.

Queda claro, por tanto, el compromiso de la Unión Europea con esa tríada inescindible de aspectos en la que me estoy apoyando que se consideran, además, como valores que son fundamento de la misma Unión. En este sentido, España, Estado miembro de la Unión Europea desde el 1 de enero de 1986, no sólo está también plenamente

²⁴¹ Artículo 6.1 del TUE en su versión del Tratado de Ámsterdam.

comprometida con estos valores, sino que ha contribuido con su participación a su formulación en los textos de la Unión Europea a los que me he referido. No hay, por tanto, a mi entender, contradicción jurídica alguna entre los valores de la Unión Europea y la consideración de España como un Estado democrático y de derecho. Además, desde el pleno respeto a estos valores, debe indicarse también que, por su parte, la Unión Europea respetará “la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional”²⁴². Es decir, en el contexto del respeto a los valores de la Unión, pleno respeto también a las diversas estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros, que constituyen un aspecto de orden interno y ajeno, por tanto -salvo que generen consecuencias a escala comunitaria-, a las competencias de la Unión Europea.

Lo que han planteado en Cataluña algunos sectores, entre ellos el mismo Consejo Asesor para la Transición Nacional, ha sido pretender considerar que el bloqueo o la negativa a permitir la celebración del referéndum o consulta por parte del Gobierno español constituiría una violación de los valores esenciales de la Unión Europea, por lo que quedaría legitimada una intervención de la Unión Europea e, incluso, su amparo político y jurídico. La vía política que plantea el Consejo Asesor es la del artículo 7 del TUE que, desde el Tratado de Niza, establece un complejo mecanismo de control y sanción en caso de violación grave de los valores fundamentales de la Unión. Este mecanismo permite inicialmente que, a propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, pueda constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 del TUE²⁴³. El Consejo Asesor considera que podría alegarse el “riesgo de violación por parte de España de este valor fundamental y de los derechos fundamentales europeo correlativos”, aunque acaba reconociendo que, atendiendo a la regulación procedimental y sustantiva de esta vía, sería muy difícil que una iniciativa en este sentido de la Generalitat pudiese prosperar²⁴⁴. Lo que no es obstáculo para que, de nuevo y de una manera parecida a lo que ya he indicado anteriormente, el Consejo Asesor formule un planteamiento político -que evidencia la limitación de los argumentos jurídicos- al estimar que, pese a estas dificultades “la mera propuesta de iniciar esta vía tendría con toda seguridad importantes efectos políticos (visibilidad y discusión a nivel europeo) al hacer público y manifiesto el conflicto existente”²⁴⁵.

²⁴² Artículo 4 del TUE

²⁴³ Artículo 7.1 del TUE. Más allá de la constatación del riesgo, el apartado 2 de este artículo 7 establece que “[E]l Consejo Europeo, por unanimidad, y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones”. En este supuesto, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo.

²⁴⁴ Vid. el Informe núm. 1 ya citado del Consejo Asesor, p. 69.

²⁴⁵ *Ibidem*.

Algunos han considerado que una obstaculización sistemática, permanente e injustificada a la realización de un referéndum o de una consulta sobre el derecho a decidir en contra de la voluntad claramente expresada en un proceso electoral podría ser considerada como una actuación contraria al valor de la democracia y los derechos fundamentales en los que se fundamenta la Unión Europea y que deben respetar siempre los Estados miembros, incluso en sus decisiones meramente internas ²⁴⁶. Se ha pretendido sostener incluso -a mi juicio con poco fundamento jurídico- la posible judicialización de esta situación por la vía de denuncias argumentadas ante la Comisión Europea por parte de la Generalitat o de un conjunto de ciudadanos para posibilitar que esta institución pusiera en marcha el proceso del recurso por incumplimiento del Derecho Comunitario ²⁴⁷.

Al hilo de estos argumentos he de reiterar que entiendo que España está plenamente comprometida con este patrimonio común europeo en materia de derechos humanos, democracia y estado de derecho, que comparte y que ha contribuido asimismo a desarrollar este patrimonio desde su incorporación al Consejo de Europa y a las Comunidades Europeas, hoy Unión Europea. En estos términos, se me hace difícil discernir argumentos jurídicos sólidos para considerar que, desde las normas y principios del Derecho Internacional elaborados en el marco del Consejo de Europa o desde el mismo derecho de la Unión Europea, se pretenda una intervención europea o un amparo jurídico por parte de las instituciones europeas ante una situación que debe resolverse en el ordenamiento jurídico interno y mediante los acuerdos y las negociaciones políticas que sean necesarios. Altos representantes de la Unión Europea -diversos miembros de la Comisión Europea y el mismo Presidente del Consejo Europeo- se han pronunciado ya en el sentido de que el proceso político soberanista puesto en marcha en Cataluña es una cuestión de derecho interno pero, obviamente, para bien o para mal, la política europea -y la política internacional- se mueve por intereses y por razones políticas y el futuro no está escrito.

3. Criterios internacionales en relación con procesos electorales y celebración de referéndums

La deriva internacional de promoción de la democratización a la que me he referido anteriormente, particularmente impulsada desde el fin de la guerra fría, así como las múltiples experiencias de asistencia y observación electoral llevadas a cabo por Organizaciones internacionales y otras entidades públicas y privadas han ido generando un cuerpo de criterios o estándares internacionales en relación con los procesos electorales o con la observación de los mismos. En este sentido, existen diversos textos adoptados por Organizaciones internacionales o por entidades privadas y organismos no gubernamentales. Por señalar sólo algunos, en octubre de 2005 el Secretario General de las Naciones Unidas firmó una *Declaración de Principios para la observación de*

²⁴⁶ Vid. A. BAYONA ROCAMORA, *Possibilitats d'empara davant la Comissió i el Tribunal de Justícia de la Unió Europea. En cas d'una obstaculització sistemàtica i permanent de la consulta pel dret a decidir per part de l'Estat*, Barcelona, noviembre 2012, disponible en la página web del Parlamento de Cataluña, http://www.parlament.cat/portal/pls/portal/intradesc.descarrega?p_id=%2014108, p. 13.

²⁴⁷ *Ibid.*, pp. 14 y ss.

elecciones internacionales y el Código de Conducta para observadores internacionales, documentos ambos que han sido asumidos por numerosas Organizaciones internacionales y no gubernamentales, con competencias y actividad en esta esfera, y que pretenden armonizar los métodos y las normas de estas organizaciones dedicadas a la observación de elecciones ²⁴⁸. También pueden mencionarse a este respecto los *International Legal Standards. Guidelines for reviewing the legal framework of elections* adoptados sobre la base de las labores de la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (OIDDH) de la OSCE y el *International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA)* ²⁴⁹. Asimismo, finalmente, son destacables los diversos documentos -como una *Universal Declaration on Democracy* y una *Declaration on Criteria for Free and Fair Elections*- adoptados por la Unión Interparlamentaria (UIP), la organización que agrupa a las instituciones parlamentarias de todo el mundo ²⁵⁰.

A este respecto, debe indicarse, de manera especial, el marco del Consejo de Europa y su actuación atendiendo a los acontecimientos precipitados en la Europa Central y Oriental con el fin de la guerra fría. Como consecuencia de ello, gran parte de la atención de esta Organización internacional se centró, como ya he indicado, en la asistencia a esos países para favorecer su democratización y el respeto de los derechos humanos reconocidos en el Convenio Europeo. Esta labor, que ha alcanzado numerosos y distintos ámbitos, se ha proyectado en especial en lo que se refiere a procesos electorales y referéndums, mediante la labor constante de la *Comisión para la democracia a través del derecho*, conocida como Comisión de Venecia. Esta Comisión se creó por el Comité de Ministros en 1990 ²⁵¹ como órgano consultivo formado por expertos independientes cuyo “campo de acción específico es el de las garantías ofrecidas por el Derecho al servicio de la democracia” ²⁵². Es decir, la difusión de los principios democráticos y la asistencia para la creación de sistemas constitucionales coherentes y de instituciones y mecanismos que permitan restablecer la confianza en la justicia y en el estado de derecho ²⁵³. Aunque planteada inicialmente como un foro de debate, los acontecimientos históricos de aquel momento reforzaron la oportunidad de la creación de esta Comisión y llevaron a que, en gran medida -por la misma naturaleza de las cosas y la evolución de las realidades fácticas-, su enfoque se centrara en los Estados

²⁴⁸ Vid. al respecto, el Informe del Secretario General sobre *Fortalecimiento de la función de las Naciones Unidas para mejorar la eficacia del principio de elecciones periódicas y genuinas y la promoción de la democratización*, Documento A/62/293, párrafo 15. El texto de la Declaración y del Código de Conducta está disponible en <http://www.cartercenter.org/documents/2231.pdf>.

²⁴⁹ Adoptados inicialmente en el año 2001 con desarrollos complementarios posteriores, disponibles en http://www.idea.int/publications/ies/upload/electoral_guidelines.pdf. La OIDDH de la OSCE ha llevado a cabo una constante labor de supervisión electoral y tiene una acreditada práctica con auténticos manuales al respecto.

²⁵⁰ Puede consultarse su página web al respecto, <http://www.ipu.org/english/home.htm>.

²⁵¹ Mediante la Resolución (90) 6, de 10 de mayo de 1990, del Comité de Ministros.

²⁵² Artículo 1 de la Resolución (90) 6.

²⁵³ Vid., en general, sobre el origen y la naturaleza jurídica de la Comisión de Venecia, S. SALINAS ALCEGA, *La Comisión para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia)*, Real Instituto de Estudios Europeos, Zaragoza 1999, y, sobre la concreción del campo de actividad de la Comisión en p. 41.

de la Europa Central y Oriental recién incorporados al Consejo de Europa, tanto para prestar asistencia jurídica como para actuar como foro de diálogo²⁵⁴.

Respecto de las labores de esta Comisión de Venecia, y antes de abordar el análisis de algunos de los criterios internacionales adoptados por ella, debe mencionarse, especialmente, el caso de Montenegro, que ha sido también utilizado en el actual proceso político catalán como ejemplo de referéndum para la independencia. En el proceso de celebración del referéndum sobre la independencia de Montenegro en el año 2006, previo a su constitución como Estado independiente, la Comisión de Venecia propuso unas determinadas condiciones para aceptar la validez del referéndum y de sus resultados. Estas condiciones fueron a su vez aceptadas tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea y, evidentemente, por las autoridades montenegrinas con el acuerdo también de las autoridades serbias. Así, para aceptar internacionalmente la separación -cuestión de otro lado prevista y regulada específicamente en las mismas normas constitucionales del Estado de Serbia-Montenegro²⁵⁵- se tuteló la celebración de un referéndum en el que se exigió una participación mínima del 50% del censo electoral y una mayoría de votos favorables a la independencia del 55% de los votantes²⁵⁶. Aunque votó un porcentaje muy elevado, alcanzándose una participación del 86,6%, el umbral mínimo de votos favorables exigido se alcanzó por sólo una décimas, llegando al 55,6 %. Para algunos autores, teniendo en cuenta que en otros casos de la misma antigua Yugoslavia las mayorías favorables a la independencia eran abrumadoras (del 80 o del 90% de los votantes), no dejaba de ser sintomático el caso de Montenegro²⁵⁷. Sin embargo, creo que es algo altamente relevante el subrayar que, establecidas y aceptadas las reglas por las partes implicadas, no se discutió la legitimidad de los resultados. De ahí que sea tan fundamental el respeto de un marco legal claro y aceptado por todos los actores implicados, que impida que se cuestione la legitimidad de cualquier resultado en un hipotético referéndum.

La importancia y el prestigio de la actividad realizada por la Comisión de Venecia pueden visibilizarse, a los efectos que me interesa destacar en este momento, en la adopción de diversas directrices y recomendaciones con criterios internacionales

²⁵⁴ Aunque la Comisión ejerce también una vocación mundial que la ha llevado a una extensión de sus actividades, particularmente en América Latina (*ibid.*, pp. 71 y ss).

²⁵⁵ Vid. las explicaciones detalladas que ofrece J.M. CASTELLÀ ANDREU, “Democracia, reforma constitucional y referéndum ..”, *op. cit.*, pp. 182-183. La Constitución de Serbia-Montenegro de 2003 permitía que, tres años después de su entrada en vigor, pudiera plantearse la cuestión de la separación mediante un referéndum cuya regulación “shall be passed by a member state bearing in mind the internationally recognized democratic standards”.

²⁵⁶ El requisito de participación mínimo ya estaba previsto, de otra parte, en las normas internas montenegrinas sobre referéndums, como sucede en diversos países europeos para la validez de un referéndum, y la Comisión consideró necesario para asegurar la legitimidad del resultado exigir una mayoría superior a la mayoría simple de sufragios positivos, como preveía de manera general la ley montenegrina [vid. al respecto *Venice Commission. Opinion on the Compatibility of the Existing Legislation in Montenegro concerning the Organisation of Referendums with Applicable International Standards*, Documento CDL-AD (2005)041, párrafos 19-42].

²⁵⁷ Vid. al respecto y, en general, sobre el caso de Montenegro y la labor de la Comisión de Venecia, N. HAJJAMI, “La Commission de Venise et la construction d’Etat: l’exemple du Montenegro”, en *L’État de droit en droit international, Colloque de Bruxelles...*, *op. cit.*, en particular pp. 211-212.

aplicables a procesos electorales y a referéndums. En este sentido, la Comisión ha adoptado una diversidad de textos, entre ellos unas Directrices sobre referéndums constitucionales ²⁵⁸, pero, fundamentalmente, quiero referirme a dos textos. Por un lado, al Código Conducta o de Buenas Prácticas en Material Electoral, elaborado por la Comisión de Venecia en julio de 2002 ²⁵⁹, que fue aprobado por el Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europea en el año 2003 ²⁶⁰. En este Código se abordan, de un lado, los principios del patrimonio común europeo sobre la materia (sufragio universal, igual, libre, secreto y directo y periodicidad de las elecciones), así como las condiciones para la aplicación de estos principios. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa consideró también de gran importancia este Código de Conducta ²⁶¹ e, incluso, recomendó al Comité de Ministros su transformación en una convención europea, algo que, finalmente, no fructificó al considerarse todavía prematuro establecer obligaciones jurídicas internacionales para los Estados en materia electoral ²⁶².

Por otro lado, la Comisión elaboró, posteriormente, a partir de los trabajos de la misma Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ²⁶³, otro Código de Conducta sobre Referéndums, con unas Líneas directrices y una Nota explicativa ²⁶⁴, aprobado asimismo por el Congreso de Poderes Locales y Regionales ²⁶⁵ y avalado también por la Asamblea Parlamentaria, que consideró que podía permitir a los Estados miembros reevaluar y, en caso necesario, revisar sus legislaciones y prácticas sobre esta materia ²⁶⁶. La Asamblea Parlamentaria, en línea con lo que ya he indicado, señalaba también que “[R]eferendums are an instrument of direct democracy which belong to the European electoral heritage” y consideraba los referéndums “as a positive means to enable citizens to participate in the political decision-making process and to bridge the distance between them and decision makers” ²⁶⁷.

²⁵⁸ *Guidelines for Constitutional Referendums at National Level*, adoptadas en su 47ª sesión plenaria, 6-7 de julio de 2001, Documento CDL-INF (2001) 10, disponible en [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-INF\(2001\)010.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-INF(2001)010.aspx).

²⁵⁹ *Code of Good Practice in Electoral Matters*. Las directrices fueron aprobadas en la 51ª sesión plenaria de la Comisión de Venecia, 5-6 de julio de 2002 y el Informe explicativo en la 52ª sesión plenaria, 18-19 de octubre de 2002, vid. *Opinion no. 190/2002*, Documento CDL-AD (2002) 23 rev., disponible en [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2002\)023rev.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2002)023rev.aspx).

²⁶⁰ Recomendación 123 (2003) y Resolución 148 (2003) sobre el Código de buena conducta en materia electoral.

²⁶¹ Recomendación 1595 (2003), de 30 de enero de 2003, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

²⁶² Vid., al respecto, las reflexiones de J. WOUTERS, “Some Reflections on Democracy ..”, *op. cit.*, en particular pp. 793-797.

²⁶³ Vid. Recomendación 1704 (2005), de 29 de abril de 2005, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

²⁶⁴ *Code of Good Practice on Referendums*. El Código fue adoptado por la Comisión de Venecia en su 70ª sesión plenaria, celebrada el 16-17 de marzo de 2007, vid. *Study No. 371/2006*, Documento CDL-AD(2007)008 rev., disponible en [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2007\)008rev.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2007)008rev.aspx).

²⁶⁵ Resolución 235 (2007), de 31 de mayo de 2007, del Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europea.

²⁶⁶ Resolución 1592 (2007), de 23 de noviembre de 2007.

²⁶⁷ *Ibid.*, párrafos 1 y 2.

A nuestros efectos, este último texto resulta particularmente relevante, habida cuenta de la propuesta de celebración en Cataluña de un referéndum o consulta para ejercer el denominado derecho a decidir y atendiendo, asimismo, a que el Consejo Asesor para la Transición Nacional se remite a este Código de Conducta cuando aborda algunos de los elementos configuradores de la consulta. El Consejo Asesor contempla este Código de Conducta en algunos momentos, por ejemplo, cuando se refiere a los requisitos de claridad y neutralidad de la pregunta ²⁶⁸, subrayando que no se debería plantear una pregunta abierta que necesitase de una respuesta más detallada ²⁶⁹, o cuando se refiere a que la fecha de la consulta no debería coincidir con una fecha que tuviese un fuerte componente simbólico-político ²⁷⁰. Es positivo y correcto que el Consejo Asesor se refiera al Código de Conducta pero entiendo que hay muchos más temas planteados en relación con el denominado derecho a decidir y con la implementación de una posible consulta o referéndum que deberían ajustarse más atinadamente al Código. Por ejemplo y refiriéndome a la última dimensión citada, el fuerte componente simbólico-político que tiene, no sólo el intervalo de fechas que sugería el Consejo Asesor ²⁷¹, sino todo el año 2014 con la celebración del tricentenario de la caída de Barcelona al final de la guerra de sucesión, efeméride que ocupara todo el año e incidirá, simbólicamente, en la vida política catalana.

Al margen de esta consideración, entiendo que conviene revisar más a fondo las implicaciones del Código de Conducta y atenerse a él por todo lo que significa en términos de legalidad y legitimidad del proceso que pueda conducir a una consulta o referéndum. En este sentido, lo primero que cabe destacar es que, como no podía ser de otro modo en un estado de derecho, el Código establece que el recurso al referéndum -y, *mutatis mutandi*, a una consulta- debe respetar el conjunto del ordenamiento jurídico y sólo puede ser organizado si la Constitución o las leyes lo prevén ²⁷². Es decir, respetando la reglas de un Estado democrático y de derecho ya que, como se indica claramente en la Nota explicativa del Código, “[T]he principle of the sovereignty of the people allows the latter to take decisions only in accordance with the law” ²⁷³. Algo así parece estimar el Consejo Asesor -el mismo órgano que, contradictoriamente, apunta como vía alternativa la declaración unilateral de independencia- cuando considera que una consulta al margen de la legalidad presentaría muchos inconvenientes, entre ellos la

²⁶⁸ Informe núm. 1 del Consejo Asesor ya citado, p. 75.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 82, Nota 30.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 91.

²⁷¹ Atendiendo a los períodos temporales que recomendaba y teniendo en cuenta que no sería aconsejable realizarla el 11 de septiembre sugería que, o bien se celebraba antes del referéndum escocés o bien cuando se hubiesen desvanecido “los posibles efectos” sobre el electorado catalán derivados de este referéndum. Así lo indicaba, literalmente, el Consejo Asesor en su Informe núm. 1 (*ibid.*, p. 93), lo que introduce el curioso criterio de los efectos políticos del referéndum escocés -no se sabe si positivos o negativos- para determinar las ventanas o períodos hábiles para la celebración de la consulta, algo que, en principio y desde la perspectiva de un Consejo Asesor, debería, quizás, responder a criterios más estrictamente técnico-jurídicos en los que se tuviera en cuenta los estándares internacionales.

²⁷² Código de Conducta, apartado III.1.

²⁷³ *Ibid.*, Nota explicativa, párrafo 26.

posible “deslegitimación de los resultados -también en la esfera internacional-”, por lo que desaconseja este escenario alternativo ²⁷⁴.

A esta consideración sobre el marco legal debe añadirse que, según el Código, las normas sobre los referéndums deben tener rango legislativo y ser estables, es decir, que los elementos fundamentales del derecho referendario “should not be open to amendment less than one year before a referendum, or should be written in the Constitution or at a level superior to ordinary law” ²⁷⁵. De manera especial, se subraya que entre las normas fundamentales que deberían gozar de esta fundamental estabilidad se hallan las relacionadas con “the membership of electoral commissions or another body which organises the ballot” ²⁷⁶; es decir, mecanismos independientes y preexistentes de administración y justicia electoral. Todo ello subraya, de un lado, la necesidad de un marco legal adecuado y de respeto al principio de legalidad como -insisto- debería resultar obvio en un estado de derecho ya que este marco es el que da credibilidad a cualquier proceso y plena confianza en sus resultados a todas las partes implicadas. De otro lado, si se optara por convocar una consulta mediante la aplicación de la ley sobre consultas no referendarias todavía en tramitación parlamentaria al cerrar este estudio, parece razonable entender que la necesaria estabilidad legal a la que se refiere el Código de Conducta comportaría, inexcusablemente, esperar un plazo superior a un año desde la entrada en vigor de la ley para que se pudiera plantear una consulta basada en ella.

Otra cuestión altamente relevante, a mi entender, es la del censo electoral. De conformidad con el Código de Conducta el censo electoral debe ser permanente y debe hacer referencia a un registro puesto al día permanentemente, las listas electorales deben ser públicas y deben existir procedimientos administrativos y judiciales para corregir las inscripciones erróneas o inscribir a aquellas personas que no aparezcan en las listas ²⁷⁷. Requisitos que cumple debida y sobradamente el sistema de censo electoral utilizado en los diversos procesos electorales y en los referéndums celebrados en España, o el sistema de los padrones municipales en relación con las consultas locales -y que están garantizados por el mecanismo de justicia electoral de las Juntas Electorales-, pero que no se cumplirían si se utilizaran otras listas o un censo *ad hoc* en un marco no amparado legalmente.

A lo que hay que añadir que lo que se sugiere desde círculos políticos en relación con el hipotético voto en la consulta de los mayores de 16 años o de los extranjeros residentes plantea también evidentes problemas. De un lado, porque aunque el de los primeros haya sido aceptado en el referéndum escocés sigue sin estar previsto en nuestro

²⁷⁴ Informe núm. 1 del Consejo Asesor, p. 146.

²⁷⁵ Código de Conducta, apartado II.2.b.

²⁷⁶ En la Nota explicativa del Código de Conducta (párrafo 20) se formula respecto de este aspecto una remisión a la *Interpretative Declaration on the Stability of the Electoral Law*, adoptada por la misma Comisión de Venecia y que, entre otros aspectos, recoge este criterio. Esta Declaración Interpretativa fue adoptada en la 65ª sesión de la Comisión, 16-17 de diciembre de 2005, *Study No.* 348/2005, Documento CDL-AD(2005)043, disponible en [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2005\)043.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2005)043.aspx).

²⁷⁷ Lo que, en esta rápida síntesis, describe el Código en el apartado I.1.2.

ordenamiento jurídico un cambio de la edad legal mínima para el ejercicio del derecho de voto, activo o pasivo, y hacerlo sólo para esta ocasión -aunque sólo sea una consulta-comporta, como mínimo, falta de rigor y seriedad. De otro lado porque, como es sabido, los extranjeros residentes sólo tienen derecho de voto -y en las condiciones legalmente establecidas- en las elecciones locales y, en su caso, en las elecciones al Parlamento europeo, pero no, por ejemplo, en las elecciones autonómicas. Atendiendo a quienes tienen la condición política de catalanes según el artículo 7 del Estatuto de autonomía de Cataluña y, por tanto, tienen derecho de voto en las elecciones autonómicas y eligen el Parlamento de Cataluña, plantearse que para una consulta o un referéndum, en los términos y con los objetivos que se pretende hacer, pudieran participar personas que no tienen derecho de voto en las elecciones autonómicas resulta como mínimo, a mi juicio, demasiado exótico y un elemento que podría erosionar enormemente la credibilidad de todo el proceso y la confianza y aceptación de sus eventuales resultados.

Para no extenderme en exceso, el mismo argumentario que estoy formulando puede señalarse en relación con el voto electrónico y con la posibilidad de que la consulta -como se había sugerido desde el Gobierno de la Generalitat- se alargase varios días. Se trata de un sistema posible y técnicamente factible -por supuesto- y el mismo Código de Conducta lo apunta -como también hace el Consejo Asesor²⁷⁸-, pero el hecho de que hasta ahora sólo se hayan realizado en España pruebas piloto y, por tanto, no se haya consolidado el voto electrónico remoto en procesos electorales, induce a pensar que, precisamente, introducirlo para la celebración de la consulta o referéndum que se pretende llevar a cabo acabaría por banalizar y debilitar aún más su credibilidad y aceptación.

De otra parte, el Código de Conducta establece una serie de criterios en relación con la administración electoral y la justicia electoral que, indudablemente, requieren aún amplios desarrollos en el marco legal de una futura consulta y, por razones de estricta legalidad, no cabe suponer la creación *ex profeso* de órganos de administración y justicia electoral, pues podría resultar perfectamente cuestionable su imparcialidad y se resentiría la credibilidad del proceso. El tema no es en absoluto baladí -como ya he indicado en relación con su estabilidad-, pues resulta un elemento clave en la medida que otorga plena confianza en el rigor de la celebración de todo el proceso referendario o consultivo y garantiza los procedimientos y el control jurisdiccional. Esta justicia electoral debería ocuparse, además, de garantizar la neutralidad de los poderes públicos y de los medios de comunicación públicos, así como de la campaña informativa, la objetividad de la información, y la propaganda y el equilibrio y la igualdad de oportunidades para los partidarios de las distintas posiciones sujetas al referéndum o consulta, temas de los que se ocupa extensamente también el Código de Conducta.

Finalmente, otro elemento relevante del Código de Conducta -al que también se refiere el Consejo Asesor- es la recomendación de que no se establezca ningún quorum mínimo de participación ni de votos favorables en un referéndum²⁷⁹. Entiendo, no obstante, que

²⁷⁸ Informe núm. 1 del Consejo Asesor, p. 100. El Código de Conducta se refiere a la modalidad del voto electrónico en el apartado I.3.2.a.iv.

²⁷⁹ Código de Conducta, apartado III.7, y el Informe núm. 1 del Consejo Asesor p. 104.

en el supuesto planteado en Cataluña el referéndum o consulta no será sobre un tema menor sino que se pretende preguntar sobre la institucionalización política de Cataluña - sea lo que sea lo que esto exactamente signifique- o, para algunos y tal como se ha acordado la propuesta de pregunta, directamente sobre la independencia. Una pregunta de tal naturaleza e importancia debería ir acompañada del máximo rigor y, por tanto, podría plantearse, como indicaba el Tribunal Supremo canadiense o como se hizo en el caso de Montenegro, la exigencia de una “amplia mayoría” para dar validez y mayor legitimidad al resultado. A mi entender, una decisión como la que parece que se pretende, sumamente relevante para las relaciones internacionales -como es la creación de un nuevo Estado-, no debería adoptarse por márgenes pequeños y puede entenderse que se trataría, prácticamente, de un referéndum de naturaleza constitucional. En este sentido, cabe indicar que en las Directrices sobre referéndums constitucionales de la misma Comisión de Venecia sí que se contempla la posibilidad de que se exija un porcentaje mínimo de votos favorables de los electores para que el referéndum sea válido, prefiriéndose este tipo de quorum frente a la opción de la exigencia de una participación mínima en el referéndum²⁸⁰.

Asociado a esta cuestión -y a la necesaria consolidación de la voluntad popular expresada en el referéndum o consulta- está el tema de la posibilidad teórica de la reversibilidad o no de la decisión sobre la hipotética independencia²⁸¹. En este sentido, resulta cuanto menos curioso que el Consejo Asesor para la Transición Nacional sólo se plantee la posible reversibilidad de la decisión adoptada en el caso hipotético de celebración de una consulta con un resultado negativo en relación con la independencia, en cuyo caso, a juicio del Consejo Asesor, podrá volverse a plantear la opción rechazada pues no “queda proscrita a perpetuidad, sino tan sólo excluida durante un tiempo razonable”²⁸²; pero si el resultado fuera favorable a la independencia parece que la decisión ya sería irreversible, más allá de la necesidad de una negociación en los términos que ya he señalado. Es por ello que, insisto en que, en su caso, el proceso debería dotarse de la máxima credibilidad y rigor -y esto sólo puede hacerse en un estado de derecho con las adecuadas garantías y los adecuados marcos legales- y debería evidenciar, claramente, la consolidación en el tiempo de una amplia mayoría de la voluntad popular. Es decir, que no respondiera a situaciones meramente coyunturales, que se podrían convertir en irreversibles.

En definitiva, he constatado en estas últimas páginas diversos elementos que, a mi juicio, requieren todavía de mayores desarrollos, acuerdos políticos y precisiones legales, para poder situarnos ante una consulta o referéndum que reúna los elementos de legitimidad y legalidad -o, si se quiere, de rigor, seriedad y credibilidad- exigibles internacionalmente. El primero de los cuales, como ya he indicado, es el respeto del estado de derecho, porque en una democracia y un estado de derecho los conceptos de legalidad y legitimidad se convierten también en conceptos indisociables y garantizan

²⁸⁰ Apartado Q de la Directrices sobre referéndums constitucionales ya citadas, Documento CDL-INF (2001) 10.

²⁸¹ Vid., al respecto, las reflexiones de J.F. SOROETA LICERAS, “El derecho a la libre determinación de los pueblos ..”, *op. cit.*, p. 496.

²⁸² Vid. Informe núm. 1 del Consejo Asesor, p. 135.

los derechos de todos y la no discriminación. Lo que no constituye obstáculo, por supuesto, para sostener que, en todo caso, la voluntad popular expresada en procesos electorales o en referéndums o consultas debe tener, más temprano que tarde, su correcta traslación en términos de legalidad, convirtiendo los planteamientos políticos avalados mayoritariamente en las normas e instituciones jurídicas adecuadas a través de los procedimientos legislativos pertinentes y con las mayorías requeridas.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La situación política catalana respecto al denominado derecho a decidir y a la posibilidad de celebración de un referéndum o una consulta sigue siendo, en enero de 2014, políticamente volátil. Cuando este estudio aparezca publicado quizás ya se habrá puesto en marcha el proceso para articular la opción legal del artículo 150.2 de la Constitución para intentar posibilitar la celebración del referéndum; es más que posible que cuando se publique este estudio tal petición haya sido rechazada de manera contundente por el Congreso de los Diputados; quizás también se haya aprobado ya la nueva ley sobre consultas no referendarias en el Parlamento de Cataluña; a lo mejor se ha iniciado un proceso administrativo para identificar un censo electoral para una futura consulta; puede, incluso, que ésta haya sido convocada formalmente; muy probablemente algunas de estas posibles acciones habrán sido objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional y éste las habrá suspendido; o, incluso, puede que una crisis política -pese al acuerdo sobre la pregunta y la fecha- entre los aliados del gobierno, o el mismo paso del tiempo, precipite una nueva convocatoria anticipada de elecciones al Parlamento de Cataluña, con la pretensión política de conferir a estas elecciones un carácter plebiscitario, sustituyendo así un referéndum de imposible celebración. Los escenarios políticos futuros pueden ser múltiples y variables, pero he entendido que un análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional sobre el significado y alcance del denominado derecho a decidir y sobre lo que se puede fundamentar y con qué alcance desde el Derecho Internacional resultaba, en cualquier caso, pertinente y podía ser de interés en el momento actual.

A título de consideraciones finales creo que debe subrayarse, en primer lugar, que no puede haber ninguna duda acerca de que, actualmente, existe en España un problema político-territorial de importante magnitud, que se ha acelerado en los últimos tiempos, desde la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto y las manifestaciones masivas de las últimas diadas, y que, según como se desarrollen los acontecimientos, es un problema que puede acelerarse y agravarse todavía más y puede resultar frustrante o constituir un punto de no retorno para muchos. Tal como evidencian los últimos resultados electorales y todos los estudios demoscópicos publicados en los últimos meses resulta meridianamente claro que amplios, plurales y transversales sectores de la población catalana están profundamente insatisfechos sobre cómo se desarrolla lo que se ha venido en denominar el encaje de Cataluña con España y mantienen la firme expectativa de que no se puede seguir manteniendo la situación actual. De ahí el amplio y mayoritario apoyo a la celebración de una consulta -aunque no esté claro con qué alcance- y el creciente apoyo también a las opciones independentistas. Aspiraciones

políticas -tanto la de la celebración de una consulta como la de la misma independencia- que son perfectamente legítimas si se enmarcan, como se está haciendo, mediante procedimientos pacíficos y democráticos. No reconocer la situación actual y no ofrecer frente a esta situación -y, a poder ser, más temprano que tarde- soluciones políticas que sean resultado de amplias negociaciones entre las fuerzas políticas catalanas y españolas y entre el Gobierno español y el Gobierno de la Generalitat constituye una actuación que sólo puede valorarse como de una gran pobreza de miras y que, a la larga, puede resultar muy pernicioso para todos los catalanes y, en conjunto, para todos los españoles y nuestra convivencia y opciones de desarrollo futuro.

Desde la perspectiva que he expuesto en este estudio se desprende claramente también, en segundo lugar, que, en términos jurídicos, no existe ningún pretendido derecho a decidir, ni en el ordenamiento jurídico español ni en el ordenamiento jurídico internacional, que ampare legalmente tanto la pretensión de la consulta como la de la opción independentista. Al no existir en el Derecho Internacional este pretendido derecho a decidir, la reiterada y constante apelación que se hace a la comunidad internacional debe considerarse como una apelación exclusivamente política, con el alcance y las perspectivas que ello le confiera. La vinculación argumental que se formula al principio de la libre determinación de los pueblos o al principio democrático, tal como éstos están reconocidos en el Derecho Internacional, no constituye, a mi entender, justificación jurídico-internacional suficiente a una pretensión que, más que en términos jurídicos, se plantea, como digo, en términos estrictamente políticos y es en estos últimos términos donde debe encontrarse también la fórmula que satisfaga y dé respuesta a las aspiraciones de la sociedad catalana y articule y equilibre los distintos intereses sociales en un estado de derecho. Sin embargo, lo que es innegable es que una expresión tan simple e inconcreta como la del derecho a decidir ha generado en Cataluña un amplio apoyo social y político -fruto también del desasosiego propio de los actuales tiempos de crisis- y, por ello, el actual problema político-territorial necesita ser reconducido políticamente y, en su momento, articulado jurídicamente de una manera distinta a la actual. En caso contrario, insisto, las frustraciones y la insostenibilidad de la situación acabarán conduciendo a un atolladero, con salida cada vez más compleja.

En tercer lugar, y ya refiriéndome al alcance en el Derecho Internacional del principio de la libre determinación de los pueblos, entiendo que resulta claro que este principio, tal como está enunciado en los instrumentos de las Naciones Unidas, se orienta hacia los pueblos sometidos a dominación colonial u ocupación extranjera y no resulta en absoluto pertinente a la situación catalana desde esta dimensión externa. En cambio, en su dimensión interna, como premisa colectiva al ejercicio de los derechos humanos en una sociedad democrática, el principio resulta absolutamente pertinente, tanto en relación con los catalanes como en relación con el conjunto de los españoles, pues implica, en esta dimensión, la existencia de gobiernos democráticos y representativos, la legitimidad popular como base de la autoridad pública, el autogobierno y el libre desarrollo político, económico, social y cultural en el marco de un Estado. Es en este sentido que la libre determinación se vincula en el Derecho Internacional al principio democrático y puede sostenerse que, en una situación extrema de negación de la autodeterminación interna -situación que, afortunadamente, no constituye en ningún

caso el supuesto que nos ocupa-, podría justificarse en el Derecho Internacional el derecho a la secesión unilateral como remedio. Más allá de esta consideración, no existe en el Derecho Internacional un derecho a la secesión de un parte del territorio de un Estado y para el Derecho Internacional el único ordenamiento jurídico que resulta aplicable es el ordenamiento interno.

En este mismo orden de ideas, algunos pretenden sostener -y también lo hace el Consejo Asesor para la Transición Nacional- que la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en relación con la declaración unilateral de independencia de Kosovo fundamenta la legalidad internacional de una hipotética declaración unilateral de independencia, algo, a mi juicio, completamente erróneo. Me parece más bien que se ha abusado, de una manera simple y descontextualizada, del pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia sin analizar a fondo el contenido de la Opinión consultiva, al igual que tampoco se ha prestado, por ejemplo, la atención requerida a los profundos e interesantes razonamientos jurídicos empleados por el Tribunal Supremo canadiense en el asunto del Quebec. Entiendo claramente -y he pretendido ponerlo de manifiesto en este estudio- que en el Derecho Internacional no existen normas y principios que permitan fundamentar un derecho unilateral a la secesión y, por tanto, amparar la legalidad en este ordenamiento jurídico de una eventual declaración unilateral de independencia, por otro lado no prevista tampoco en nuestro ordenamiento jurídico interno. El Derecho Internacional ni autoriza ni prohíbe las declaraciones unilaterales de independencia, porque las entiende como un hecho ajeno a este ordenamiento, al tratarse de un supuesto de carácter interno, y se limita tan sólo a reconocer, en su caso y en su momento, los efectos o consecuencias jurídicas internacionales que puedan derivarse de unas determinadas realidades políticas existentes.

En cuarto lugar, una consideración que me parece absolutamente esencial de mi argumentación, recogida en nuestro ordenamiento interno y también en el Derecho Internacional, es la de la estrecha vinculación de cualquier aspiración política democrática o de cualquier ejercicio de los derechos humanos con la existencia de un estado de derecho, es decir, de un régimen jurídico que establezca las garantías jurídicas de los derechos humanos y de la misma democracia y se rija por la norma fundamental del respeto al principio de legalidad, que obliga a todos los poderes públicos y a todos los individuos. Como he indicado, no hay democracia sin derechos humanos, no hay derechos humanos sin democracia y no hay ni democracia ni derechos humanos sin un estado de derecho que los reconozca y garantice para todos sin discriminación. Así se ha ido desarrollando claramente en el Derecho Internacional contemporáneo, con una tríada inescindible de aspectos vinculados entre sí y que se refuerzan mutuamente y con la emergencia, como valores universales, de la democracia y el estado de derecho. Quizás estos dos valores universales no constituyen todavía obligaciones jurídicas internacionales para los Estados en el plano universal, pero si lo constituyen claramente en el plano europeo, donde fundamentan un patrimonio común europeo, tanto en el marco del Consejo de Europa como de la Unión Europea.

En consecuencia, sobre el principio democrático se pueden hacer gravitar todo tipo de pretensiones políticas de carácter pacífico y democrático -la celebración de una consulta

sobre el futuro político de Cataluña o, incluso, la misma independencia de Cataluña-, pero el principio democrático sólo resulta operativo en el marco de un estado de derecho, ajustándose, por tanto -como se establece en los criterios sobre referéndums adoptados por la Comisión de Venecia-, a los marcos legales establecidos y modificándolos o adoptando nuevas normas jurídicas mediante los procedimientos legales existentes para la modificación y desarrollo del ordenamiento jurídico. La pretensión de celebrar una consulta o la misma independencia de Cataluña son aspiraciones plenamente legítimas como objetivos políticos, pero deben encauzarse y desarrollarse en un marco legal. El respeto del estado de derecho constituye la garantía de la democracia y los derechos humanos y es también la única fórmula válida para que una eventual consulta goce de fiabilidad y rigor y sus resultados sean creíbles para todas las partes implicadas y para la comunidad internacional.

Lo que, sin embargo, no es obstáculo para afirmar también que, a mi juicio, las normas legales -incluida la Constitución- no son ni pueden constituir, en ningún caso, muros infranqueables u obstáculos al desarrollo y al ejercicio de la voluntad democrática de una sociedad. En un estado de derecho, las normas responden a las necesidades sociales y sólo aspiran a la satisfacción de estas necesidades y al ajuste de los intereses de la sociedad, garantizando así la igualdad y la no discriminación entre todos sus miembros. No me cabe ninguna duda de que España es un Estado social y democrático de derecho, plenamente comprometido con los valores, principios y normas del Derecho Internacional pertinentes. En este sentido, tampoco me cabe ninguna duda de que, atendiendo también a que, desde la perspectiva del Derecho Internacional y de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los poderes públicos y la ley, en un Estado democrático, emanan de la voluntad popular, si se constatará que de una manera ampliamente mayoritaria, sólida, general, sostenida en el tiempo y suficientemente contrastada -en elecciones o en una hipotética consulta o referéndum- los ciudadanos de Cataluña expresan una determinada voluntad sobre su futura institucionalización política, nos encontraríamos inevitablemente ante la generación de una situación y una opinión jurídico-política que el ordenamiento jurídico no podría desconocer y a la que debería dar respuesta.

Un Estado democrático no puede permanecer silente frente a la voluntad claramente expresada por una amplia mayoría de la población -ya sea del conjunto del Estado o de un territorio concreto- a través de procesos democráticos, como unas elecciones o un referéndum o consulta; debe darle una respuesta y una solución política. Si esta amplia mayoría social, traducida en las correspondientes mayorías políticas y parlamentarias, pretende la realización de una consulta o referéndum, habrá que buscar las fórmulas político-jurídicas para que esto pueda realizarse, pues la legalidad, insisto, debe acomodarse y condecirse con la legitimidad. Si la pretensión es la independencia, el proceso será mucho más complejo, sin duda, pero no puede quedar tampoco sin respuesta política y sin acuerdo político. En un estado democrático y de derecho ni la legalidad ha de chocar o estar por encima de la legitimidad ni la legitimidad chocar o estar por encima de la legalidad, pues se trata de aspectos que también resultan indisociables.

En definitiva, y desde la perspectiva de la legalidad internacional, entiendo que la respuesta a los importantes cambios políticos, económicos y sociales que estamos presenciado a escala internacional, así como la respuesta a las elevadas expectativas políticas respecto del denominado derecho a decidir que se han generado en Cataluña - tan legítimas y posibles como cualesquiera otras opciones políticas pacíficas y democráticas-, deben basarse en el estado de derecho y en el imperio de la ley, la base sobre la que se construyen sociedades justas y equitativas. De conformidad, por tanto, con el marco legal y modificando y desarrollando, si fuera necesario, este marco legal. Se trata de encontrar entre las fuerzas políticas -sobre la base de las negociaciones y de los consensos, tan amplios como sean necesarios para reunir las mayorías legalmente requeridas- las fórmulas para articular política y jurídicamente este proceso, facilitar siempre la expresión de la voluntad popular y, sea cual sea esta voluntad, negociar y arbitrar en su momento las fórmulas políticas y jurídicas para hacerla efectiva. Quizás sea pedir demasiado, pero entiendo que en un momento especialmente complejo, tanto en el plano global como en el plano local, los líderes políticos deberían estar a la altura de las circunstancias en un escenario y en un mundo que sabemos que es imperfecto.

Barcelona, enero de 2014