

EL DERECHO A DECIDIR

TEORÍA Y PRÁCTICA DE UN NUEVO DERECHO

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de Publicaciones

EL DERECHO A DECIDIR
TEORÍA Y PRÁCTICA DE UN NUEVO
DERECHO

Mercè Barceló

Mercè Corretja

Alfonso González Bondia

Jaume López

Josep M. Vilajosana

Colección: Atelier Constitucional

Directores:

Joan Manuel Trayter

(Catedrático de Derecho administrativo)

Belén Noguera de la Muela

(Profesora titular de Derecho administrativo)

Esta obra se ha realizado con el apoyo de un proyecto de investigación (I+D) otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Ref. CSO2010-16337.

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2015 Mercè Barceló, Mercè Corretja, Alfonso González Bondia, Jaume López y Josep M. Vilajosana

© 2015 Atelier
Via Laietana 12, 08003 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibros.es
Tel.: 93 295 45 60

ISBN: 978- 84-15690-90-0

Depósito legal: B-21826-2015

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	13
ABREVIATURAS	17
CAPÍTULO 1. EL DERECHO A DECIDIR: EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO	
EN EL SIGLO XXI	19
1. El derecho a decidir: el desarrollo del principio democrático en el siglo XXI	19
2. La relación entre el derecho a decidir y el derecho a la autodeterminación	24
3. La relación entre el derecho a decidir y las teorías de la secesión	28
4. La relación entre el derecho a decidir y el derecho de las minorías	30
5. El derecho a decidir: definición, criterios para su ejercicio y principales objeciones	33
5.1. Definición	33
5.2. ¿Cómo puede ejercerse?	35
a) Sujeto: el <i>demos</i>	36
b) La voluntad democrática	36
c) Realización	37
5.3. Objeciones más comunes	38
a) Inestabilidad	39
b) Veto permanente	39
c) Secesiones sucesivas	39
CAPÍTULO 2. ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A DECIDIR	
A PARTIR DEL DERECHO COMPARADO	41
1. La realidad europea en el s. xx: reconfiguración de fronteras y creación de nuevos estados	41
2. Análisis de referendos de soberanía para resolver litigios territoriales ...	45
2.1. Referéndums en supuestos de conflicto post-bélicos	45
a) Los referéndums de transferencia de soberanía: el territorio de la cuenca del Sarre (Alemania)	45

b) La configuración de fronteras territoriales: Schleswig-Holstein y la frontera entre Dinamarca y Alemania	46
2.2. Referéndums de soberanía y desintegración de estados no democráticos	47
a) Las declaraciones de independencia de las Repúblicas bálticas . . .	48
b) La declaración de independencia de Eslovenia	50
c) El derecho de secesión de Montenegro	51
2.3. Referéndums de soberanía en estados democráticos de estructura compuesta	53
a) La construcción de un derecho constitucional a decidir: los referéndums de Quebec	53
b) El reconocimiento de un derecho nacional a decidir: el referéndum escocés.	56
c) Derecho constitucional de secesión y protección de las minorías: el caso del Jura	59
3. Los principios que sustentan la configuración de un derecho democrático a decidir.	62
CAPÍTULO 3. PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS JURÍDICOS Y DERECHO A DECIDIR. .	67
1. El derecho a decidir: la oportunidad de una expresión	67
2. Dos conceptos de «derecho a decidir»	70
3. La delimitación del sentido del derecho a decidir: la ordenación lexicográfica de los problemas	71
4. El problema del objeto.	73
4.1. El funcionamiento de los principios jurídicos	74
a) Sentidos diferentes de «norma»	74
b) Los principios como reglas ideales.	75
4.2. La ponderación de los principios relevantes	76
4.3. Los límites del principio de indisolubilidad.	77
4.4. Una interpretación evolutiva de los derechos democráticos	78
4.5. La densidad de la democracia	81
5. El problema del sujeto.	84
5.1. El principio de la soberanía nacional.	84
5.2. Principio de la mayoría y dominio de la mayoría	85
5.3. Los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona	85
CAPÍTULO 4. RECONOCIMIENTO Y CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A DECIDIR EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL	91
1. Los elementos externos al sistema: la reivindicación del derecho a decidir y el derecho comparado.	91
1.1. La realidad desde la que se reivindica y sobre la que se proyecta el derecho a decidir: ¿qué se reclama?	92
1.2. El paso del derecho comparado al derecho interno	96
2. Elementos constitucionales para una construcción jurídica del derecho a decidir	98
3. La estructura del derecho a decidir como derecho constitucional.	106
3.1. La titularidad: derecho individual de ejercicio colectivo. La imputación al <i>demos</i> de una propuesta de cambio: ¿qué <i>demos</i> ?.	106

3.2. El contenido del derecho a decidir y las correlativas obligaciones que genera a los poderes públicos	109
a) El doble haz de facultades que confiere el derecho a decidir	109
b) Las obligaciones que genera el derecho a decidir a los poderes públicos	112
3.3. Los límites constitucionales del derecho a decidir: la soberanía reside en el pueblo español.	115
4. Las vías de defensa del derecho a decidir	116
4.1. Las garantías de la <i>formulación</i> del derecho a decidir.	117
4.2. Las garantías de la <i>realización</i> del derecho a decidir.	120
CAPÍTULO 5. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL ANTE EL DERECHO A DECIDIR	123
1. La protección del derecho a decidir en el ordenamiento jurídico internacional	123
1.1. La vinculación del derecho a decidir con el principio democrático, los derechos humanos y el estado de derecho reconocidos en el ordenamiento jurídico internacional.	124
1.2. El reconocimiento internacional de los derechos humanos y las libertades fundamentales vinculados con el principio democrático.	128
1.3. Mecanismos e instituciones internacionales de promoción, protección y control de los derechos y libertades vinculados con el derecho a decidir	135
2. Los procesos de secesión unilateral en el contexto del derecho a decidir	139
2.1. El derecho internacional ante los procesos de secesión unilateral no vinculados con el derecho de autodeterminación.	139
2.2. La acción de las instituciones internacionales universales ante los procesos de secesión unilateral no vinculados con el derecho de autodeterminación.	143
CONCLUSIONES	147
ANEXO. LA RECLAMACIÓN DEL DERECHO A DECIDIR EN CATALUÑA. BREVE CRONOLOGÍA	151
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	163
AUTORES	171

The philosophy of one century is the common sense of the next.

Henry Ward Beecher

INTRODUCCIÓN

Las movilizaciones populares de los últimos años en Cataluña han propiciado la introducción en el ámbito político de un nuevo concepto denominado «derecho a decidir», que de lema de manifestaciones multitudinarias ha pasado a ser objeto de estudio en sede académica y no sólo en España; también en Canadá, Reino Unido o Italia, bajo esa misma denominación. Ha comenzado a tener, así, un espacio como objeto de investigación al lado del derecho a la autodeterminación, las formulaciones acerca de los derechos de las minorías o de las teorías de la secesión, con los que comparte algunos rasgos —derivados todos ellos del tronco común que supone el principio democrático— pero también suficientes diferencias como para dar cabida a una formulación autónoma.

Se trata, en nuestra perspectiva, de un fenómeno que puede formularse como un verdadero derecho de encaje constitucional que posibilita a los miembros de una comunidad territorialmente localizada y democráticamente organizada expresar y realizar, mediante un procedimiento democrático, la voluntad de redefinir el estatus político y marco institucional fundamentales de dicha comunidad, incluida la posibilidad de constituir un estado independiente.

Pero conviene explicar cómo se llega hasta esa formulación. Porque, a diferencia del derecho a la autodeterminación o la juridificación de los derechos de las minorías, por ejemplo, la formulación del derecho a decidir no se apoya directamente en el derecho internacional sino en el derecho interno y, concretamente, en el principio democrático como principio estructurador de todo sistema constitucional actual. Precisamente, es para dar respuesta a la pretensión de comunidades que proponen redefinir su estatus político y marco institucional fundamentales dentro de un contexto estatal democrático que nace el derecho a decidir. Y se construye y se singulariza jurídicamente a partir de cada diseño constitucional concreto y del juego entre el principio democrático del que pende directamente y del resto de principios estructurales propios.

Y hay que decirlo desde el comienzo muy claramente: cualquier posición jurídica que se adopte acerca de si es reconocible o no un derecho a decidir en cada ordenamiento estará mediatizada por un proceso de interpretación que, como mínimo, requerirá dotar de contenido a los principios que se hallen en juego y precisará, también, de un esfuerzo adicional para acomodar las colisiones que inevitablemente se producirán entre ellos.

Habrà que empezar destacando —como se hace en el primer capítulo— que el derecho a decidir se presenta como un nuevo derecho propio del siglo XXI, frente al derecho a la autodeterminación, que es reclamado por minorías permanentes de base territorial de las democracias occidentales. Por lo general, se reclama como respuesta a los fallos de acomodación que se producen en estados que no tienen suficientemente en cuenta en su configuración y/o acción políticas las demandas mayoritarias de esos *demos* subestatales cuando entran en colisión con las mayorías del estado. La búsqueda de un nuevo encaje puede suponer una demanda en favor de un nuevo marco institucional que permita una armonización de estas voluntades democráticas o, en ocasiones, la opción por la generación de un nuevo estado independiente. La secesión puede ser, pues, uno de los resultados del ejercicio del derecho a decidir, aunque no el único, como se analiza en el capítulo inicial desde la teoría política. En él, además de presentarse las bases de legitimación de este derecho y sus vínculos con otros (derecho a la autodeterminación, derecho de las minorías), se plantea un posible esquema de las condiciones fundamentales que deberían tenerse en cuenta en su futura positivización.

El derecho comparado también proporciona unas bases o principios comunes para la formulación del derecho a decidir. En el capítulo 2 se analizan supuestos en los que se ha abordado la cuestión de la soberanía territorial mediante el recurso a procedimientos democráticos, como la realización de un referéndum o de unas elecciones democráticas en las que la población afectada expresa su voluntad, incluyendo la posibilidad de crear un nuevo estado. Los distintos casos analizados nos permiten establecer la existencia de dos principios comunes en tales procesos: el principio democrático y su derivado, el principio de respeto a las minorías; a los que se suman, en el caso de estados democráticos y de estructura compuesta, otros dos: el principio federal (en su sentido amplio) y el principio constitucional y de primacía del derecho, sobre los cuales se sustenta el nuevo derecho a decidir con un perfil propio y distinto del derecho a la autodeterminación.

Con los instrumentos que ofrece la filosofía del derecho se articula en el capítulo 3 una razonable ponderación entre los principios en juego, que permite delimitar tanto el objeto como el sujeto del derecho a decidir en el concreto sistema jurídico español. En relación con el objeto, justificaremos una determinada ponderación del principio de indisolubilidad con el principio democrático, y abogaremos por una interpretación evolutiva de los derechos democráticos, concluyendo que, así como ante una secesión planteada unilateralmente vencería en la ponderación el principio de indisolubilidad, en relación con la posibilidad de abrir un proceso democrático a fin de que una comunidad

política pueda pronunciarse sobre una redefinición de su estatus y marco institucional fundamentales, dominaría el principio democrático. Y en relación con el sujeto que ejerce el derecho, de la ponderación entre el principio democrático y el principio de soberanía concentrada, concluiremos que la consulta debe hacerse entre los miembros de la comunidad que pretende formular la propuesta de cambio del orden territorial y no entre quienes conforman la unidad estatal, a fin de evitar un dominio de la mayoría contrario al principio democrático. El principio de la soberanía nacional, sin embargo, también jugaría aquí su papel, si se tiene presente que la Constitución reserva al Estado una intervención nada despreciable en los procesos referendarios.

En el capítulo 4 confluyen los elementos que paulatinamente han dado sentido a la existencia de un derecho a decidir: la teoría política dota materialmente de contenido a los principios estructurales a los que hay que recurrir; el derecho comparado aporta el reconocimiento de los instrumentos que en otros ordenamientos han permitido reconocer sustancialmente, aunque no nominalmente en todos los casos, un derecho a decidir; y la filosofía del derecho colabora con el juego de las adecuadas ponderaciones entre principios. El derecho constitucional aúna todos esos eslabones y construye desde el sistema constitucional concreto un nuevo derecho con todos sus elementos estructurales. Esto es, los titulares: se trata de un derecho de titularidad individual de ejercicio colectivo; su doble haz de facultades: la formulación y la realización de la voluntad de redefinir el estatus político y marco institucional fundamentales de la comunidad territorial; las obligaciones que genera en los poderes públicos: la de no interponer obstáculos que limiten o impidan el proceso de formulación del posicionamiento colectivo, la de poner a disposición de la ciudadanía los instrumentos legales necesarios para poder formular y dotar de unidad y significado político la suma de voluntades que en ejercicio del derecho a decidir se quieren expresar, y la obligación de tomar en consideración la opinión mayoritariamente expresada si ésta discrepa del *statu quo* territorial constitucionalmente establecido; sus límites: la secesión unilateral; y sus posibles formas de defensa jurisdiccional, básicamente a través de los recursos por omisión.

En el último capítulo se analizan cuáles serían los mecanismos de derecho internacional que actuarían como sustituto o complemento de los de derecho interno cuando éstos no bastaran para reparar una vulneración del derecho a decidir por incumplimiento de las obligaciones que genera, en especial, por una negativa a reconocer la formación de una mayoría territorial en ejercicio de ese derecho. Se exploran, así, dos cauces distintos: por una parte, si bien constataremos que el derecho a decidir no es reconocible como tal derecho desde el ordenamiento internacional sí, en cambio, puede encontrar acomodo a través de la evolución reciente del principio democrático, del reconocimiento de determinados derechos humanos y libertades fundamentales, y de los derechos de las minorías; de tal manera que la vulneración a nivel interno del derecho a decidir puede suponer *de facto* la quiebra de las normas del derecho internacional que reconocen ese principio y esos derechos. Convendrá, pues, que examinemos qué mecanismos de defensa ofrece el derecho internacional ante

la contravención de estas normas. Por otra parte, también deberemos analizar la posición del derecho internacional ante un eventual proceso de secesión unilateral surgido tras una vulneración del derecho a decidir reconocido en el ordenamiento interno de un estado. En este contexto abordaremos, en primer lugar, la legalidad internacional de las declaraciones unilaterales de independencia, para posteriormente discernir si existe un derecho a la secesión unilateral y, en caso afirmativo, qué circunstancias deberían concurrir para ser alegado. Cerraremos así el círculo del reconocimiento a la defensa del derecho a decidir.

El hecho de haber adoptado cinco perspectivas distintas para estudiar este derecho —la ciencia política, el derecho comparado, la filosofía del derecho, el derecho constitucional y el derecho internacional— no ha querido escenificar cinco modos distintos de análisis. Por el contrario, cada capítulo ha pretendido incorporar acumulativamente los conocimientos desarrollados en los anteriores. Esa era nuestra intención, porque a ello han servido los múltiples debates a los que hemos sometido todas las partes de este texto y, aunque cada uno de nosotros ha asumido la redacción de un capítulo, del primero al último son el producto de una discusión interdisciplinar y del acuerdo compartido en todos sus planteamientos.

Muchos rechazan la existencia de un derecho a decidir, pero simplemente porque no favorece su defensa del *statu quo* constitucional. Muchos otros han entendido que, si bien sería deseable que pudiera existir un derecho a decidir, éste se hallaría, a lo sumo, en el terreno de la legitimidad pero no en el de la legalidad. Esta obra, precisamente, quiere romper con esta dicotomía y reafirmar que la defensa de un derecho a decidir es tan legítima como legal porque de la concreta Constitución española y de una ponderación entre sus principios estructurales, y no de otro sistema, arranca la construcción jurídica del derecho a decidir que aquí se ofrece.