

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Núm. 90

Derecho de libre determinación y derecho a decidir: nueva soberanía y Derechos Humanos en el siglo XXI

Xabier Ezeizabarrena

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Núm. 90

Derecho de libre determinación
y derecho a decidir:
nueva soberanía
y Derechos Humanos en el siglo XXI

Xabier Ezeizabarrena

Bilbao
Universidad de Deusto
2017

CONSEJO DE REDACCIÓN

Felipe Gómez Isa, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Trinidad L. Vicente, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Cristina de la Cruz, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.

CONSEJO EDITORIAL

Anja Mihr, Investigadora del Human Rights Center de la Universidad de Utrecht, Holanda.
Antoni Blanc Altemir, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Lleida.
Bartolomé Clavero, Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla y miembro del Foro de las Naciones Unidas para Asuntos Indígenas.
Carlos Villán Durán, Presidente de la Asociación Española para la Promoción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
Carmen Márquez, Catedrática de Derecho Internacional Público, Universidad de Sevilla.
Cristina Churrua, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Eduardo J. Ruiz Vieytez, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Fernando Fantova, consultor en temas relacionados con los servicios sociales, Bilbao.
Francisco López Bárcenas, Academia Mexicana de Derechos Humanos, México.
Gaby Oré Aguilar, consultora internacional en el campo de los derechos humanos y el género y miembro de Human Rights Ahead, Madrid.
Gloria Ramírez, Catedrática de Ciencia Política de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México.
Gorka Urrutia, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Jaume Saura, Presidente del Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona.
Joana Abrisketa, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Jordi Bonet, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona.
José Aylwin, Director del Observatorio de Derechos Ciudadanos, Temuco, Chile.
José Luis Gómez del Prado, miembro del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de Mercenarios, Ginebra, Suiza.
José Manuel Pureza, Centro de Estudios Sociales, Universidad de Coimbra, Portugal.
Judith Salgado, Programa Andino de Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.
Koen de Feyter, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Amberes, Bélgica.
Manuela Mesa, Directora del Centro de Educación e Investigación para la Paz, CEIPAZ, Madrid.
Noé Cornago, Profesor Titular de Relaciones Internacionales de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Leioa.
Pablo de Greiff, International Center on Transnational Justice, New York.
Víctor Toledo Llancaqueo, Centro de Políticas Públicas, Universidad ARCIS, Santiago, Chile.
Vidal Martín, investigador de la Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, FRIDE, Madrid.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org<<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es
ISBN: 978-84-16982-25-7
Depósito legal: BI - 818-2017

*Nire aita zenari eta nire seme-alabei eskainia.
Katea ez da eten, beti aurrera!*

Índice

I. Introducción	11
II. El Derecho de libre determinación en el Derecho Internacional (art. 1.º PIDCP)	17
1. El derecho de libre determinación es derecho positivo vinculado con los restantes Derechos Humanos	17
2. El Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) reconoce el derecho de libre determinación	24
3. El derecho de libre determinación tiene procedimientos de tutela	30
III. El caso de Québec ante la jurisdicción canadiense	35
IV. Escocia y el Reino Unido: la libre determinación pactada	41
V. El proceso abierto en Catalunya	51
VI. Euskal Herria y los Derechos Históricos	63
1. El antecedente histórico del «Pase foral»	65
2. Los Derechos Históricos en la Constitución española y en los Estatutos	72
3. El potencial de la Disposición Adicional 1.ª de la Constitución y los Derechos Históricos	74
VII. La necesaria relectura del concepto de soberanía	91
VIII. Consideraciones finales	99
IX. Bibliografía	103

I. Introducción

El denominado «derecho a decidir» en su acepción política más reciente viene capitalizando en los últimos tiempos buena parte del debate político internacional e interno en naciones diversas como Catalunya, Euskal Herria, Escocia, Québec o Flandes, entre otros lugares significativos. La lógica política y democrática de dicha reclamación de libertades políticas es evidente para muchas naciones sin Estado, de manera que la socialización política del concepto es, desde mi punto de vista, un hecho positivo que acerca a la sociedad un debate complejo tanto en el plano del Derecho Internacional como en el interno.

Sin perjuicio de lo anterior, es objeto de este breve estudio el análisis e interpretación contemporánea de la institución jurídica de Derecho Internacional que da cobertura y efectividad jurídica previa al denominado, recientemente y en términos políticos, «derecho a decidir»¹.

Así, el derecho de libre determinación de los pueblos tiene un determinado origen histórico y político que, como se verá en este estudio, ha sido objeto de paulatina actualización y reconocimiento también en los planos internacional e interno².

¹ Vid. J.A. CARRILLO SALCEDO, «Sobre el pretendido «derecho a decidir» en Derecho Internacional contemporáneo», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n.º 33, 2012.

E. RUIZ VIEYTEZ subraya con acierto que el concepto «derecho a decidir» se ha venido utilizando con un valor «eufemístico o estratégico» de cara a evitar la complejidad del concepto de libre determinación. Vid. su trabajo, «Regulando el derecho a decidir: una propuesta», en Naciones y Estados en el siglo XXI, *Cuadernos RIEV*, n.º 11, Eusko Ikaskuntza, 2015, pág. 226.

² Vid. J. GUIMÓN, «El derecho de autodeterminación. El territorio y sus habitantes», Universidad de Deusto, Bilbao, 1995. Este autor recuerda que Karl Marx citó el derecho de libre determinación en 1848 al referirse a la situación de Polonia e Irlanda.

También hay una referencia explícita al derecho de libre determinación en la Declaración de 14 puntos del Presidente norteamericano W. WILSON, al dirigirse al Congreso de

¿Derecho a decidir y derecho de libre determinación son dos caras de una misma moneda en la actualidad o es posible acometer una clara diferenciación entre ambas figuras? El presente estudio busca arrojar algo de luz sobre la cuestión anterior en clave actualizada de Derechos Humanos individuales y colectivos.

El derecho de libre determinación de los pueblos es Derecho vivo, vigente, que como todo elemento vivo, no está exento de complejidades e interpretaciones diversas, fundamentalmente por parte de quienes niegan la existencia de tal derecho para naciones o comunidades políticas mixtas o, en su caso, ajenas a la que cada cual entiende como propia y originaria.

Es, por tanto, objeto de la presente investigación, arrojar algo de luz actualizada sobre un derecho individual y colectivo reconocido abiertamente por el ordenamiento jurídico internacional desde 1966 y cuya necesaria actualización ha dado y podrá dar una salida democrática natural a quienes buscan su ejercicio en clave democrática bien entrados en el siglo XXI.

Con anterioridad a la firma del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Carta de las Naciones Unidas de 1945 recogió el derecho de libre determinación en sus arts. 1.2 y 55. Básicamente, dado que el reconocimiento de nuevos Estados en el Derecho Internacional Público es, igualmente, algo natural e inherente al propio sistema internacional³, fundamentalmente mediante la figura del reconocimiento de carácter constitutivo para los nuevos sujetos internacio-

los Estados Unidos el 8-1-1918, tras la Primera Guerra Mundial. http://avalon.law.yale.edu/20th_century/wilson14.asp

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776 recoge explícitamente el principio inspirador de la libre determinación, así como los movimientos que inspiraron la Revolución francesa.

Vid. D. THURER & T. BURRI, «Self Determination», Max Planck of Public International Law, University of Oxford, 2008. <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e873>

³ Según los datos de la ONU la evolución al respecto es ciertamente significativa en cuanto al reconocimiento de nuevos Estados en el sistema de Naciones Unidas. En 1945 la ONU contaba con 51 miembros, que hoy se han convertido en 193:

1950: 60 miembros.

1960: 99.

1970: 127.

1980: 154.

1990: 159.

2000: 189.

2011: 193.

<http://www.un.org/es/members/growth.shtml>

nales⁴. VERDROSS sostiene claramente, y con anterioridad a 1966, que «esta subjetividad jurídico-internacional, como cualquier otra, sólo es posible sobre la base del derecho Internacional, y nunca sobre la base de una delegación, siempre derogable, del derecho interno»⁵.

Mientras tanto, MANCINI otorga una considerable relevancia al Derecho Constitucional interno: «*constitutional law has an important role to play in secessionist disputes: without intruding in the political process, it can set the rules to channel an inevitably conflicting-provoking process, often loaded with emotion and irrationality, to rules of democratic logic*»⁶.

Un buen punto de partida en nuestro análisis actual es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP)⁷ y el importante papel del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos en relación con el ejercicio de la libre determinación. El Alto Comisionado de la ONU para los DD.HH. (ACNUDH) es uno de los órganos de Naciones Unidas encargados de velar, controlar y fomentar el cumplimiento del PIDCP, cuyo art. 1.º recoge explícitamente el derecho de libre determinación de los pueblos en el Derecho Internacional vigente. Desde un punto de vista más genérico, el art. 21.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconoce también el derecho de libre determinación como elemento inherente a la libertad democrática⁸.

El Alto Comisionado depende directamente del Secretario General de la ONU y su mandato deriva de los Artículos 1, 13 y 55 de la Carta de las Naciones Unidas; de la Declaración y Programa de Acción de Viena, y de la Resolución 48/141, del 20 de diciembre de 1993, por la cual se establece el puesto de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. De acuerdo con el programa de reforma de las Naciones Unidas⁹, desde el 15 de septiembre 1997 la Oficina del

⁴ A. VERDROSS, *Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid, 1957, pág. 88.

⁵ *Ibid.*, pág. 94.

⁶ S. MANCINI, «*Secession and self-determination*», in M. ROSENFELD and A. SAJO (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pág. 500.

⁷ Pacto internacional ratificado por España mediante publicación del Instrumento de ratificación correspondiente en el BOE n.º 103, de 30-4-1977.

⁸ Art. 21.3 Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948): «*La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder político; 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*».

⁹ A/51/950, p. 79.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Centro de Derechos Humanos han pasado a ser una sola dependencia denominada Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estas cuestiones formales tienen su importancia y revelan, como veremos, la vinculación directa que el Derecho Internacional otorga al derecho de libre determinación con el adecuado ejercicio y respeto pleno de los restantes Derechos Humanos¹⁰.

Como es conocido, ni el Alto Comisionado ni sus Comisiones u órganos tienen naturaleza jurisdiccional, si bien su papel es fundamental a la hora de proteger y controlar el respeto de los compromisos internacionales y, particularmente, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Como apunta JAUREGUI, *«la gran mayoría de la doctrina ha optado por considerar que el derecho de autodeterminación tiene el carácter de «jus cogens», y por lo tanto constituye una norma imperativa, como lo muestra el hecho de que más de 110 Estados hayan aceptado formalmente el mismo a través de su adhesión a alguno o a ambos Pactos Internacionales». (...) Este autor subraya la evolución del derecho y su paulatina ampliación a nuevos supuestos, especialmente tras la caída del muro y el colapso de la URSS: «En los últimos cuatro años un numeroso grupo de países (Croacia, Eslovenia, Bosnia-Herzegovina... en la antigua Yugoslavia, Estonia, Letonia, Lituania y otras numerosas repúblicas de la antigua URSS, además de Eslovaquia) han alcanzado, con pleno reconocimiento internacional, el estatus de Estados independientes. Ello ha hecho ampliar los supuestos de hecho a través de los cuales cabe admitir el reconocimiento del derecho de autodeterminación, entendido en su versión más extrema de derecho a la secesión. Ahora los beneficiarios de tal derecho ya no son sólo los territorios coloniales»¹¹.*

¹⁰ Vid. W. KYMLICKA, «Linking self-determination and Human Rights: comments on Peter Jones (2015)», in Adam Etinson (ed), *Human Rights; moral or political?*, Oxford University Press, 2016.

M. SEYMOUR, «Secession as a remedial right», *Inquiry: An interdisciplinary Journal of Philosophy* n.º 50, 2007. Este autor complementa y amplía la tesis de BUCHANAN y subraya no solo los Derechos Humanos como elemento determinante si no también otros aspectos políticos o la propia negación por el Estado matriz de la libre determinación interna.

¹¹ G. JAUREGUI, «La autodeterminación en la perspectiva del siglo XXI», *RVAP*, n.º 41, 1995. pág. 824.

Vid, en general, H. HANNUM, «Autonomy, sovereignty and self-determination. The accomodation of conflicting rights», University of Pennsylvania Press, 1990 y «Rethinking self determination», *Virginia Journal of International Law*, Vol. 34, 1, 1993.

La vinculación entre derecho de libre determinación, libertad y autonomía ha sido también puesta de manifiesto por MacCORMICK en su vertiente individual y colectiva: «*so self-determination is after all a vital part of any acceptable conception of liberty as autonomy, self-determination in a dual sense, meaning that there has to be scope both for individual self-determination inside a political community and for the collective self-determination of the community without external domination*»¹².

El explícito reconocimiento que analizamos en diversos tratados y convenios internacionales tiene directa relación con la tutela de los Derechos Humanos para MICHALSKA, siempre en referencia al derecho de libre determinación: «*the obligation of international law to safeguard rights and liberties in internal relations is imposed in status by the treaties concerning human rights*»¹³.

BENGOETXEA vincula el concepto de libre determinación de los pueblos con la libertad individual y democrática, cuando ésta se manifiesta en el plano de la colectividad política: «*How, then would I support the moral-political right to self-determination? Self-determination is a democratic principle which extendí the principle of personal moral autonomy to a collective level. Just as the individual is sovereign to decide on moral beliefs and moral conduct, so are the communities free and sovereign to decide how they organise themselves*»¹⁴.

Como veremos en la parte final de este trabajo, la contribución de BENGOETXEA incluye también, ya en 1991, la visión de un derecho a la libre determinación de los pueblos que admite modulaciones importantes en la Unión Europea, a la luz de instituciones y jurisdicciones que han sido capaces de determinarse políticamente para compartir soberanía e interpretar en común el Derecho Europeo y los Derechos Humanos a través, respectivamente, del Tribunal de Justicia de la UE y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «*An even more significant factor has been Jean Monnet's revolutionary idea of living up certain spheres of traditional state sovereignty to larger institutional arrangements of an inter-state nature (namely to the European Communities). This*

¹² N. MacCORMICK, «Is nationalism philosophically credible?», en *Issues of Self-Determination, Enlightenment, rights and revolution series*, Ed. TWINING, Series Editors: MacCormick & Bankowski, Aberdeen University Press, 1991, pág. 15.

¹³ A. MICHALSKA, «Rights of peoples to self-determination in international law», en *Issues of Self-Determination, Enlightenment, rights and revolution series*, Ed. TWINING, Series Editors: MacCormick & Bankowski, Aberdeen University Press, 1991, pág. 86.

¹⁴ J. BENGOETXEA, «Nationalism and self-determination: the Basque case», en *Issues of Self-Determination, Enlightenment, rights and revolution series*, Ed. TWINING, Series Editors: MacCormick & Bankowski, Aberdeen University Press, 1991, pág. 138.

idea of jointly pooling out state competences and resources into larger institutions is contributing to the recognition that sovereignty is a matter of degree, that it can be shared»¹⁵.

¹⁵ *Ibid.*, pág. 142.

II. El derecho de libre determinación en el Derecho Internacional (art. 1.º PIDCP)

1. El derecho de libre determinación es un derecho positivo vinculado con los restantes Derechos Humanos¹⁶

Art. 1.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP):

«1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas»¹⁷.

¹⁶ Véase el trabajo de M. KEATING. «Self-determination, multinational states and the transnational order», en M. van der Valtt van Praage and O. Seroo (eds.), *The Implementation of the Right to Self-determination as a Contribution to Conflict Resolution*, Barcelona: UNESCO Catalunya, 1998.

¹⁷ El primer párrafo se refiere a todo tipo de pueblos, mientras el tercero se refiere a territorios no autónomos o en fideicomiso, configurando un derecho universal, aunque de distinta naturaleza, para todos los pueblos según su situación jurídica «de facto».

*Declaración sobre los principios de Derecho Internacional.
Resolución 2625 (XXV) Asamblea General de la ONU,
de 24 de octubre de 1970*

«1. Solemnemente proclama los siguientes principios:

(...) El principio de igualdad de Derechos y de la libre determinación de los pueblos.

...El establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o la integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo, constituyen formas del ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo.

...Todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos de su derecho a la libre determinación, a la libertad y a la independencia.

...el territorio de una colonia u otro territorio no autónomo tiene, en virtud de la Carta, una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra; y esa condición jurídica, distinta y separada, existirá hasta que el pueblo de la colonia o el territorio no autónomo haya ejercido su derecho a la libre determinación de conformidad con la Carta y, en particular, con sus propósitos y principios».

Según la documentación de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, existe una Observación General n.º 12 sobre el citado artículo 1 y su aplicación. Esta observación parte del propio Comité de Derechos Humanos de la ONU (21.ª Sesión, 1984) y ha sido sobradamente ratificada por la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, sobre libre determinación, en el asunto de Timor Oriental, como veremos.

Según la Citada Observación n.º 12, nos encontramos ante un derecho que se manifiesta de conformidad con los objetivos y principios de la Carta de las Naciones Unidas. Es un derecho de *«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. Por esta razón, los Estados han enunciado el derecho de libre determinación en una disposición de derecho positivo en ambos Pactos e incluido en dicha disposición como artículo 1, separado de todos los demás derechos reconocidos en dichos instrumentos y anterior a los mismos»*¹⁸.

¹⁸ Vid. J. VIDMAR, «Remedial secession in International Law : Theory and (Lack of) practice», *St. Antony's International Review*, n.º 6-1, Oxford, 2010. Este autor, sin embargo, destaca la ausencia de ejemplos prácticos al respecto particularmente desde la perspectiva de los Estados.

Este aspecto es esencial, pues vincula el derecho de libre determinación a la luz de las situaciones que se vienen produciendo en diferentes contextos en relación con otros Derechos Humanos recogidos en el PIDCP y que, por tanto, el Alto Comisionado, también controla y tutela¹⁹. RUIZ VIEYTEZ recuerda: «*l'autodétermination n'est pas seulement un droit humain, mais également un outil de prévention des conflits et de renforcement de la démocratie*»²⁰.

Es decir, el derecho de libre determinación está relacionado y adquiere mayor fuerza y legitimación cuando sea posible aportar los datos necesarios para demostrar que determinados Derechos Humanos se cuestionan en un contexto jurídico-político, en violación del PIDCP y de la Constitución interna, en eventual quiebra del Estado de Derecho²¹.

¹⁹ Sobre la relación entre libre determinación y Derechos Humanos, *vid.* el interesante trabajo de E. RUIZ VIEYTEZ, «Réflexions sur la nature de l'autodétermination de la perspective des droits de l'homme», *Les Cahiers du Centre de Recherche Interdisciplinaire sur la Diversité* n.º 3, CRIDAQ, 2012.

²⁰ *Ibid.*, pág. 35.

²¹ Cito, a continuación, algunas de las situaciones más relevantes en el caso español:

a) Ilegalización de HB y demás listas de la izquierda abertzale de 2003 a 2011: desde mi punto de vista, en España sólo podía ilegalizarse un partido político mediante sentencia judicial penal lo cual no se produjo en el caso de las citadas listas. Véase la Constitución (Título sobre Derechos Fundamentales, arts. 6, 22 y 55), libertad de asociación política, causas de restricción de los Derechos Fundamentales y el Código Penal. *Vid.* los arts. 14.7, 15, 25 (derechos de participación política) del PIDCP.

b) Cierre del diario «Egunkaria» en 2003: la restricción del derecho de libertad de expresión, dentro del cual está la libertad de información y el derecho de los lectores de un medio, sólo cabe en España mediante sentencia judicial penal, o declaración de Estado de excepción, alarma o sitio (arts. 20 y 55 de la Constitución). Ninguna de esas figuras se produjo, ejecutándose un cierre cautelador del diario. Basta analizar los mismos preceptos de la Constitución y el Código Penal. Véanse los Arts. 9 y 19 PIDCP.

c) Reforma del Código Penal español para promover, en su caso, el procesamiento penal del Lehendakari en 2004 o del President de la Generalitat en 2015, a causa de la eventual convocatoria de consultas populares. Supone una auténtica quiebra del Estado de Derecho en violación de los principios de legalidad penal, seguridad jurídica. Arts. 9 y 25 de la Constitución española y arts. 15 y 19 PIDCP. Se trata de reformas «ad hoc» y «ad personam» sobre ilícitos inexistentes y de mero contenido político.

d) Algunos ejemplos de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre incumplimientos de Derechos Humanos, en relación con España:

— European Court of Human Rights (ECHR), 2010. *Affaire San Argimiro Isasa c. Espagne (Requête no 2507/07), Arrêt 28 septembre 2010* [online]. Available from: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-100676>

— ECHR, 2012a. *Otamendi Egiguren v. Spain, Judgment of 16 October 2012 (47303/08)* [online]. Available from: <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-113820?TID=nnyscnvaqh> [Accessed 15-12-2012].

Destacan a este respecto los siguientes preceptos y Derechos Humanos reconocidos en el PIDCP:

- Art. 2.º: garantía de no discriminación de los individuos.
- Art. 2.º.3: derecho a un recurso efectivo.
- Art. 4.º: causas legales de restricciones de derechos en situaciones excepcionales.
- Art. 5.º: principio de intangibilidad de los derechos fundamentales en un Estado.
- Art. 7.º: prohibición de la tortura.
- Arts. 9.º, 14.7.º y 15.º: libertad y seguridad personales. Principio de legalidad penal y garantías inherentes al proceso penal. Irretroactividad de las disposiciones sancionadoras²².
- Art. 19.º: Libertad de opinión, expresión e información.
- Art. 25.º: derecho de participación política (derecho de sufragio activo y pasivo).
- Art. 26.º: No discriminación (incluida la discriminación política).
- Art. 27.º: derechos de las minorías lingüísticas.

En este sentido, el ejercicio de los derechos citados no puede llevarse a cabo en el contexto español y en otros con las debidas garantías ni con la eficacia que dice garantizar el ordenamiento jurídico. ¿Nos

— ECHR, 2012b. *Case of del Rio Prada v. Spain (Application no. 42750/09) 10 July 2012* [online]. Available from: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112108> [Accessed 15-12-2012]. Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 21-10-2013.

— ECHR, Sentencia de 8-10-2013, Román Zurdo y otros v. Spain. ECHR, Sentencia de 8-10-2013, Nieto Macero v. Spain. ECHR, Sentencia de 12-11-2013, Sainz Casla v. Spain. ECHR, Sentencia de 5-3-2013, Varela Geis v. Spain. ECHR, Sentencia de 19-2-2013, García Mateos v. Spain.

— En el caso más reciente, *vid.* Sentencia del TEDH de 31-5-2016, Beortegui v. Spain, (Application num. 36286/14).

²² Una vez ilegalizada Batasuna (HB) en 2003, se ilegalizaron más de 300 listas electorales (con el aval del TC). El argumento jurídico supuso que todas aquellas listas y plataformas donde aparezca algún miembro, ex miembro o vínculo del partido ilegalizado serán —y así fueron— declaradas ilegales. Esta es una situación excepcional carente del mínimo rigor jurídico, pues la responsabilidad se deriva de una mera circunstancia personal en un procedimiento sumario e igualmente excepcional, solamente establecido para estos fines específicos. Es una aplicación sancionadora retroactiva pues se condenan comportamientos del pasado que no eran ilegales en el pasado, aplicando retroactivamente la Ley de Partidos a momentos en los que no existía la misma. Algunos de los que presumiblemente podrían haber estado vinculados en el pasado a Batasuna, incluso han podido ser juzgados y condenados, en cuyo caso, una vez extinguida la condena, el Derecho Penal español e internacional no permite una condena retroactiva para lograr su ilegalización aplicando la citada Ley de Partidos.

encontramos ante agresiones sistemáticas o ante hechos puntuales? La respuesta no es sencilla. De una u otra manera, el derecho de libre determinación vinculado con la protección de los Derechos Humanos adquiere un carácter más sustantivo frente a la mera reclamación de una soberanía territorial que, según algunas tesis, puede chocar en el Derecho Internacional con el principio de intangibilidad de las fronteras²³.

Este aspecto es importante en el presente análisis pues, como es conocido, el Derecho Internacional Público se ha mostrado reacio en ocasiones, al reconocimiento del ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos para aquellos pueblos no sometidos a dominación colonial. Sin embargo, los datos actuales y la propia jurisprudencia demuestran que está tendencia va cambiando en el tiempo y que no cabe ya una interpretación del citado derecho en el sentido histórico y teleológico del sistema de Naciones Unidas nacido en 1945, tras la II Guerra Mundial y en plena época colonial.

El Derecho actual ha comenzado a relacionar el ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos no ya con la condición co-

²³ A este respecto cabe acudir a los ejemplos más recientes de ejercicio del derecho de libre determinación, así como, entre otros, a la opinión de Gros Espiell, Revista *Hermes*, febrero de 2003: «*El derecho a la libre determinación de los pueblos está enmarcado, según el Derecho Internacional, por el respeto a la integridad territorial del Estado. Esto resulta de la resolución 1514 (XV) de 1960 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Declaración Relativa a la Concesión de la Independencia de los Países y Pueblos Coloniales, del 14 de diciembre de 1960 y de la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Relativos a las Relaciones de Amistad y Cooperación (Resolución 2625 (XXV))*).

Pero los Estados para tener derecho a que su integridad territorial sea respetada, deben actuar «de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de libre determinación».

Para que un Estado pueda invocar el derecho a su integridad territorial debe garantizar el derecho a la libre determinación (Resoluciones 2625, XXV y 2787, (XXVI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas).

De tal modo el principio de la integridad territorial, ante el Derecho Internacional, ha dejado de ser un criterio absoluto, para constituir, en cambio, un principio limitado y relativo, existiendo sólo cuando el Estado respeta el derecho a la libre determinación de los pueblos que viven en su territorio, para que estos puedan expresar libre y pacíficamente su voluntad».

Desde mi punto de vista, no sólo el respeto al derecho de libre determinación como tal, sino el respeto a los restantes Derechos Humanos y principios democráticos universalmente reconocidos en los tratados y convenios. Ningún pueblo tiene la obligación de someterse a una determinada integridad territorial o intangibilidad de las fronteras que no respete el ordenamiento del que se ha dotado a sí mismo y a sus ciudadanos. De lo contrario, los derechos individuales de los ciudadanos quedarían supeditados al principio de soberanía o «integridad territorial», lo cual es inaceptable en un Estado de Derecho moderno y en el propio sistema internacional.

lonial del pueblo en cuestión, sino con la existencia de una vocación identitaria histórico-positiva de existencia como entidad diferenciada²⁴, reconocida, en el caso vasco peninsular, por los Derechos Históricos recogidos en la Constitución²⁵. En tal sentido, cualquier opción de libre determinación debe, además, asumir en el plano internacional los Derechos Humanos en el sentido del PIDCP, entre otros instrumentos internacionales.

A este respecto, es fundamental citar la opinión de GROS ESPIELL, cuando sostiene que:

«el principio a la libre determinación posee un carácter general que se aplica a todos los pueblos, según el artículo 55 de la Carta, que menciona asimismo la protección internacional de los derechos del hombre, cuyo carácter es también necesariamente universal. Esto muestra que el derecho a la libre determinación de los pueblos es, de igual modo, un principio universal y que toda exclusión o discriminación respecto a algún o algunos pueblos, es violatoria de la Carta y del Jus Cogens.

La aplicación, particularmente intensa del derecho a la libre determinación durante el llamado «proceso de descolonización», en especial durante los años sesenta y setenta, es un hecho histórico, que no determina que ese derecho sólo habría existido en ese lapso y en esas condiciones. Por el contrario el derecho a la libre determinación de los pueblos existe, vive y debe ser reconocido siempre, sin límites temporales, ya que posee necesariamente una virtualidad permanente.

Los casos posteriores al proceso político de la descolonización tradicional, como los ocurridos a la caída del imperio soviético, en la ex Unión Soviética y en varios Estados de los Balcanes y de Europa Occidental, son la mejor demostración fáctica de la vigencia general y actual de este derecho y de su posible aplicación futura en los casos en que un pueblo lo invoque y lo reclame»²⁶.

En este mismo sentido de paulatina actualización a la realidad socio-política actual, prosigue la Observación n.º 12 del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, afirmando que se trata de un

²⁴ Los casos más recientes de Québec y Escocia son evidentes. Con anterioridad, entre otros, son igualmente significativos los procesos de libre determinación consumados en la Unión Soviética, Yugoslavia y Checoslovaquia. Otro ejemplo de especial trascendencia es el de la reunificación de Alemania.

²⁵ Además de en el art. 2 de la Constitución («nacionalidades», como luego explicaré) y, por supuesto, en las Disposiciones Adicionales de los Estatutos vasco y navarro.

²⁶ H. GROS ESPIELL, *Revista Hermes*, febrero de 2003.

«derecho inalienable de todos los pueblos», de forma que puedan «establecer libremente su condición política y provean asimismo su desarrollo económico, social y cultural».

Esta observación también reviste importancia, pues concuerda con el sentido de la Propuesta del Parlamento Vasco de reforma del Estatuto vasco en 2004²⁷, así como con los más modernos ejercicios de libre determinación practicados «de facto» y «de iure» en Québec y en Escocia, en tanto en cuanto se busca ejercer libremente el derecho a determinar una condición política que no puede prejuzgarse; esto es, no cabe pensar que sea una vía de secesión o independencia, sino una opción de establecimiento libre de la condición política donde caben diversas opciones democráticas, incluida la del mantenimiento del régimen vigente en cada contexto territorial²⁸.

En el contexto del PIDCP, su art. 40.º dispone la obligación de los Estados de presentar informes sobre la situación y el disfrute de los derechos reconocidos en el propio PIDCP. Esta obligación incluye informes relativos al art. 1.º. La Observación n.º 12 del Alto Comisionado enuncia que sólo se recogen menciones al art. 1.º en algunos informes, prescindiéndose de dicho artículo en muchos de los informes remitidos por los Estados. En ocasiones, los Estados argumentan meramente la referencia a su legislación electoral, lo cual es insuficiente para el Alto Comisionado. Afirmar la Observación 12 que «*los Estados Partes deberían describir los procesos constitucionales y políticos que permiten en la práctica el ejercicio de este derecho*», por parte de la ciudadanía.

Según afirma literalmente la Observación 12 del Alto Comisionado, el art. 1.º3 del PIDCP «*impone obligaciones concretas a los Estados Partes, no sólo en relación con sus propios pueblos sino con todos los pueblos que no han podido ejercer su derecho a la libre determinación o se han visto privados de la posibilidad de ejercer tal derecho. El carácter general de este párrafo es confirmado por los antecedentes relativos a su redacción*». Se refiere a todos los Estados Partes (obligación «erga omnes», como recoge la Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto Timor), incluidos «*los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso*», lo cual implica que no nos encontramos hoy ante las situaciones coloniales clásicas, territorios no autónomos o fideicomisos, sino ante obliga-

²⁷ Más conocida como Propuesta del Lehendakari Ibarretxe, rechazada por las Cortes Generales en 2005.

²⁸ Tal fue, por ejemplo, la decisión del pueblo de Escocia en el referéndum celebrado al efecto el 18 de septiembre de 2014.

ciones que existen prescindiendo de la dependencia de un pueblo de un Estado Parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. «*Se desprende de ello que todos los Estados Partes en el Pacto deben adoptar medidas positivas para facilitar el ejercicio y el respeto del derecho de los pueblos a la libre determinación. Esas medidas positivas deben ser compatibles con las obligaciones contraídas por los Estados en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional*»; en especial, los Estados no deben interferir en asuntos internos de otros Estados, afectando así negativamente al ejercicio del derecho a la libre determinación²⁹.

En los informes que deben remitir los Estados al Alto Comisionado debe detallarse el cumplimiento de esas obligaciones y las medidas adoptadas a tal efecto, lo cual, como es notorio, no se está produciendo en la mayoría de los casos y vuelve a reiterar la especial vinculación existente entre el derecho de libre determinación y la protección de los Derechos Humanos.

2. El Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) reconoce el derecho de libre determinación³⁰

Si bien el denominado derecho a decidir no ha sido abordado hasta la fecha por el TIJ, una referencia significativa y relativamente reciente sobre el derecho de libre determinación es la de la Sentencia del TIJ, en el asunto de Timor Oriental, Sentencia de 30-6-1995 (Portugal v. Australia), donde se analiza el derecho de libre determinación de los pueblos a la luz del citado PIDCP y demás normativa internacional, configurando el mismo como «derecho erga omnes» que ha tenido una determinada evolución histórica hasta la actualidad y que constituye

²⁹ Este aspecto contrasta con el habitual veto de diversos Estados de la UE a la ampliación interna de la propia UE. *Vid.*, X. EZEIZABARRENA, «La ampliación interna de la UE y el principio de no regresión en los Derechos Humanos», *Hermes* n.º 51, Diciembre 2015. Ampliación interna cuya vía de resolución es la negociación jurídica y política. *Vid.*, igualmente, C. COELLO y F. GONZÁLEZ BOTJA, «El informe sobre las implicaciones de la independencia de Escocia y su adhesión a la Unión Europea, RVAP n.º 99-100 Vol. I, 2014 y J.J. ALVAREZ RUBIO, «Europa ante el reto de la ampliación interna» *HERMES* n.º 46, marzo de 2014. No hay, por el contrario, veto alguno al referéndum británico sobre la salida de la UE ni a la propia salida del Reino Unido de la UE, *Vid.*, D. INNERARITY, «La importancia de poderse ir», *El País*, 6-4-2016.

³⁰ *Vid.*, como antecedente respecto del Sahara Occidental, la Opinión Consultiva del TIJ de 16-10-1975 y J. SOROETA, «El conflicto del Sahara Occidental, reflejo de las contradicciones y carencias del Derecho Internacional», UPV/EHU, 2001.

uno de los principios esenciales del Derecho Internacional Contemporáneo (fundamento jurídico 29)³¹.

La existencia del citado derecho respecto de Timor es incuestionable para el TIJ, tratándose de un territorio no autónomo directamente legitimado para esgrimir tal derecho según el Derecho Internacional. Se reconoce igualmente que el citado derecho ha sufrido y viene sufriendo una evolución histórica desde 1945³².

³¹ *Vid.*, dos interesantes opiniones encontradas respecto de la protección constitucional del derecho a la secesión: D. WEINSTOCK, «Constitutionalizing the Right to Secede», *Journal of Political Philosophy* n.º 9-2, 2001 y C. SUNSTEIN, «Debate: Should Constitutions Protect the Right to Secede? A reply to Weinstock», *Journal of Political Philosophy* n.º 9-3, 2001.

³² A la propia evolución del concepto y a su lectura en clave jurídica actual, autores como GROS ESPIELL contribuyen en relación con el concepto de pueblo y, en particular, respecto del pueblo vasco:

«¿Pero qué es un pueblo, es decir el titular del derecho a la libre determinación? ¿Qué es un pueblo, en cuanto sujeto actual del Derecho Internacional?»

Sin intentar cerrar el debate ni dar una definición absolutamente precisa, sino más bien enunciar un concepto conciliable con lo que resulta del Derecho Internacional actual, que asigna a los pueblos, el derecho a la libre determinación, he dicho en el párrafo 56 de mi Informe para las Naciones Unidas:

“La libre determinación es un derecho de los pueblos, es decir de un tipo específico de comunidad humana, unida por la convivencia y la voluntad de constituir una unidad capaz de actuar en función de un futuro común.”

Un pueblo es, por tanto, una realidad actual, la expresión de la conciencia de un querer vivir colectivo y común en base a elementos que resulta de la tradición y de la historia, de una cultura que se reconoce como propia, de la realidad presente y de la voluntad de seguir constituyendo, en el futuro, esa unidad vital, que se siente formada por elementos propios y diferenciales.

Obviamente el pueblo vasco, por su historia, su lengua, su cultura, sus tradiciones, su realidad presente y su voluntad de ser tal en el futuro, es un pueblo en el sentido que la expresión tiene —con todas sus consecuencias— en el Derecho Internacional de hoy». Véase su artículo en Revista Hermes, febrero de 2003.

Desde mi punto de vista, esa noción es asumida por la Constitución española (art. 2), donde se habla literalmente de «nacionalidades» y «regiones», siendo, entre otras, la primera acepción, una directa referencia al caso vasco. El término utilizado por el art. 2 CE es la condición y manifestación de la existencia de una nación cuyas peculiaridades se reconocen constitucionalmente. No dejan lugar a dudas los cuatro conceptos que aporta al respecto el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española sobre el concepto de «nacionalidad»:

«1. f. Condición y carácter peculiar de los pueblos y habitantes de una nación.

2. f. Estado propio de la persona nacida o naturalizada en una nación.

3. f. Esp. Comunidad autónoma a la que, en su Estatuto, se le reconoce una especial identidad histórica y cultural.

4. f. Esp. Denominación oficial de algunas comunidades autónomas españolas».

En consecuencia, es palpable en las últimas décadas una evolución del concepto que recoge el derecho en cuestión, ahora con carácter «erga omnes» y, desde luego, mucho más si cabe con el apoyo de la situación que pueda suponer la existencia de un Estado que incumpla «de facto» con sus obligaciones internacionales respecto de los Derechos Humanos y principios democráticos, negando sistemáticamente cualquier ejercicio de determinación política o de mera consulta popular a la ciudadanía.

En la misma Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia, existen algunos votos particulares muy ilustrativos que caminan en el sentido apuntado en estas líneas. El Juez WERRAMATRY incide en los mismos aspectos, subrayando la evolución reciente del derecho de libre determinación³³.

WERRAMATRY subraya el carácter central de este derecho en el Derecho Internacional Público y su confirmación por todas las fuentes del mismo, incluido el Derecho consuetudinario, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia. Afirma asimismo, que el derecho de libre determinación ocupa un lugar central en la Carta de Naciones Unidas; es, de hecho, uno de los principios que inspiran la propia Carta y las relaciones de buena vecindad entre las naciones, incluso en relación con el art. 55 de la Carta de Naciones Unidas³⁴. El juez WERRAMATRY cita igualmente diversas opiniones de los representantes de los Estados en relación con el derecho de libre determinación durante las declaraciones realizadas en la ONU con motivo de la Declaración sobre Relaciones de Buena Vecindad, todas ellas en el sentido de subrayar el carácter central del derecho en cuestión³⁵.

Otro de los votos particulares que recoge la Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia sobre Timor es la del juez VERESHCHETIN. Este juez plantea incluso la necesidad de dar voz y voto al pueblo de Timor respecto de la situación creada ante el Tribunal, considerando que, precisamente, esa es la esencia del derecho de libre determinación de los pueblos. Esto supone que los deseos del pueblo en cuestión deben ser tomados en consideración por el propio tribunal³⁶. El juez no pretende ubicar a los ciudadanos con una eventual legitimación similar a la que ostenta un Estado, pero afirma literalmente que a fin de tener el debido conocimiento sobre la realidad del caso, el tribunal debería conocer en qué medida la población de Timor apoya la demanda planteada por

³³ Página 192 de su voto particular.

³⁴ *Ibid.*, pág. 194.

³⁵ *Ibid.*, págs. 196 y 197.

³⁶ Pág. 135 de su voto particular.

Portugal. Sin pretender dudar de la buena fe de la actuación de Portugal, el juez considera dudoso que, tras 20 años de la pérdida de control sobre el territorio, Portugal pueda conocer con certeza cuáles son los deseos y la opinión de la mayoría de la población de Timor Oriental³⁷. Se cita a tal fin, la propia argumentación de Portugal al respecto, afirmando:

«in the concrete situation it must be looked at to see whether the interests of an administering power (if as is usual, it is still in effective control), or any other power, really coincide with those of the people»³⁸.

El juez VERESHCHETIN coincide con la tesis relativa a la evolución del derecho y las necesidades de consulta a la ciudadanía afectada³⁹:

«The United Nations Charter, having been adopted at the very outset of the process of decolonization, could not explicitly impose on the administering Power the obligation to consult the people of a non-self-governing territory when the matter at issue directly concerned that people. This does not mean, however, that such a duty has no place at all in international law at the present stage of its development and in the contemporary setting of the decolonization process, after the adoption of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples (General Assembly resolution 1514 (XV)).

In the Western Sahara Advisory Opinion the Court states that: “in certain cases the General Assembly has dispensed with the requirement of consulting the inhabitants of a given territory” (I.C.J. Reports 1975, p. 25, para. 59; emphasis added). By implication, it means that, as a rule, the requirement to consult does exist and only “in certain cases” may it be dispensed with. The exceptions to this rule are stated in the same dictum of the Court and, as has been shown above, they could not be held to apply in the present case. I believe that nowadays the mere denomination of a State as administering Power may not be interpreted as automatically conferring upon that State general power to take action on behalf of the people concerned, irrespective of any concrete circumstances».

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, pág. 136.

³⁹ *Ibid.*, pág. 138.

Merece la pena aportar otro de los votos particulares que, por su interés, recojo literalmente de manos del juez SKUBISZEWSKI:

«134. The Court states that the principle of self-determination “is one of the essential principles of contemporary international law”. The right of peoples to self-determination “has an erga omnes character”. The Court describes the relevant assertion of Portugal as “irreproachable” (Judgment, para. 29). The Court also recalls that “it has taken note in the present Judgment (para. 31) that, for the two Parties, ... [the] people [of East Timor] has the right to self-determination” (para. 37). It is a matter of regret that these important statements have not been repeated in the operative clause of the Judgment.

135. In the opinion of Judge Bedjaoui, President of the Court, self-determination has, in the course of time, become “a primary principle from which other principles governing international society follow” (un principe primaire, d’où découlent les autres principes qui régissent la société internationale). It is part of jus cogens; consequently, the “international community could not remain indifferent to its respect” (“la communauté internationale ne pouvait pas rester indifférente à son respect”). States, both “individually and collectively”, have the duty to contribute to decolonization which has become a “matter for all” (“une affaire de tous”)⁴⁰. According to Judge Ranjeva “[t]he inalienability of the rights of peoples means that they have an imperative and absolute character that the whole international order must observe”⁴¹. Judge Mbaye interprets self-determination in conjunction with “the principle of inviolability of borders”⁴². That link additionally emphasizes the incompatibility of the forcible incorporation of a non-self-governing territory with the requirement of self-determination.

138. The Friendly Relations Declaration provides as follows: Every State has the duty to promote, through joint and separate action, realization of the principle of equal rights and self-determination of peoples, in accordance with the provisions of the Charter, and to render assistance to the United Nations in carrying out the responsibilities entrusted to it by the Charter regarding the implementation of the principle ...”

Self-determination creates a responsibility not only for those who are directly concerned».

⁴⁰ M. BEDJAOU, IN: J.P. COT AND A. PELLET (eds.), *La Charte des Nations Unies*, 2nd ed., Economica, Paris 1991, págs. 1082-1083.

⁴¹ R. RANJEVA, «Peoples and National Liberation Movements», in: M. Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Unesco-Nijhoff, Paris and Dordrecht, 1991, pág. 105, para. 16.

⁴² K. MBAYE, Introduction [to Part Four, Human Rights and Rights of Peoples], in: M. Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Unesco-Nijhoff, Paris and Dordrecht, 1991, pág. 1055, para. 62.

Por su parte, la Resolución 54/155 de la ONU (29-2-2000) reafirma el carácter universal del derecho de libre determinación de los pueblos, incluidos aquellos sometidos a dominaciones coloniales o foráneas. Se desprende de este texto que el derecho en cuestión no es exclusivo, como en 1945, de los pueblos colonizados u ocupados y que su garantía tiene una vinculación directa con el cumplimiento de los Derechos Humanos:

«Tomando nota del informe del Secretario General sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación A/54/327,

1. Reafirma que la realización universal del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, incluidos los pueblos sometidos a dominación colonial, extranjera y foránea, es un requisito fundamental para la garantía y la observancia efectivas de los derechos humanos y para la preservación y la promoción de esos derechos.»

Más recientemente, LÓPEZ BOFILL nos recuerda la posibilidad de una declaración de independencia unilateral, argumento *«reconocido por el Tribunal Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre la declaración de independencia de Kosovo, al estimar que los autores de la declaración de independencia no podían violar el tejido de reglas constitucionales erigidas a partir de la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, porque actuaban fuera de estas normas constitucionales»*⁴³. (...) *«el Tribunal Internacional de Justicia reconoce que, en principio las declaraciones de independencia no han sido reconocidas como contrarias a derecho internacional y, en aquellos casos en los cuales específicas declaraciones de independencia habían sido condenadas por el Consejo de Seguridad (Rodesia del Sur, Norte de Chipre o República Srpska), la contradicción con el orden internacional se había producido como consecuencia del uso de la fuerza y la violencia que acompañaba a estas declaraciones. Así pues, el derecho internacional no contiene prohibiciones generales contrarias a las declaraciones de independencia, y parece que és-*

⁴³ H. LÓPEZ BOFILL, «La evolución jurídica hacia un Estado propio», *Revista Catalana de Dret públic* extra n.º 1, 2010, pág. 485. Tribunal Internacional de Justicia (TIJ), Opinión consultiva sobre la adecuación a Derecho Internacional de la declaración de independencia de Kosovo de 22-7-2010, p. 121.

Vid., igualmente, I. URRUTIA, «Territorial integrity and self-determination: the approach of the International Court of Justice in the advisory opinion on Kosovo», *Revista d'estudis Autònomic i Federals*, n.º 16, 2012, donde este autor subraya la relativización del principio de integridad territorial de los Estados, en favor del principio democrático.

tas se ajustan a derecho siempre que se produzcan de forma pacífica y democrática»⁴⁴.

En resumen, cabe avanzar en estas líneas una aproximación al concepto de derecho de libre determinación de los pueblos de acuerdo con los siguientes caracteres:

- a) Es un derecho individual y colectivo;
- b) su garantía es imprescindible para un respeto efectivo de los restantes Derechos Humanos de todas las personas;
- c) su ejercicio exige, igualmente, garantizar los Derechos Humanos de todos como elemento central para el reconocimiento que se requiere en el apartado f);
- d) es un derecho vigente en el Derecho Internacional Público cuyo objeto es la determinación política de una determinada comunidad;
- e) su ejercicio procedimental requiere la determinación positiva del territorio y la población afectados;
- f) El reconocimiento real de los efectos internacionales de su ejercicio requiere de un reconocimiento efectivo por el Derecho Internacional Público.

A continuación analizaré brevemente los procedimientos derivados del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Resolución 1503 de las Naciones Unidas como fórmulas de tutela del derecho de libre determinación. Subrayo, inicialmente, dos de sus características comunes y fundamentales: se trata de dos procedimientos diferenciados y compatibles, y ninguno de ellos tiene naturaleza jurisdiccional.

3. El derecho de libre determinación tiene procedimientos de tutela

El Protocolo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos faculta al Comité de Derechos Humanos de la ONU (en adelante, el Comité) para recibir y considerar comunicaciones de individuos que

⁴⁴ H. LÓPEZ BOFILL, *ibid.*, pág. 491 y párrafos 79, 81 y 84 de la Opinión Consultiva del TIJ sobre la adecuación al Derecho Internacional de la declaración de independencia de Kosovo de 22-7-2010.

Por contra, T. CHRISTAKIS se muestra bastante crítico con la citada Opinión Consultiva en su trabajo, «The ICJ Advisory opinion on Kosovo: has international Law something to say about secession?», *Leiden Journal of International Law*, 24. 1, 2011.

aleguen haber sido víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos que recoge el citado Pacto Internacional. Debe tratarse de comunicaciones de individuos que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado en cuestión (art. 1 del Protocolo). La alegación debe basarse en una violación de cualquiera de los Derechos Humanos enumerados en el PIDCP, siendo obligatorio haber agotado todos los recursos internos disponibles (en el caso español incluyendo el posible recurso ante el Tribunal Constitucional) para poder remitir al Comité la comunicación escrita (art. 2 del Protocolo). Esta obligación puede obviarse, cuando la tramitación de un recurso interno se prolonga de forma injustificada, lo cual es bastante habitual en el caso de algunos Estados (art. 5 del Protocolo)⁴⁵.

Este procedimiento es totalmente compatible con el que establece la Resolución 1503 de Naciones Unidas y esta abierto a los individuos. Lógicamente, tampoco hay inconveniente para que, en virtud de los artículos 41 y 42 del PIDCP, sea otro Estado parte el que remita una comunicación escrita en base a este procedimiento. Nos encontramos ante una nueva muestra de la vinculación del derecho de libre determinación con los restantes Derechos Humanos.

El Tribunal Supremo español ha subrayado la naturaleza no jurisdiccional de los dictámenes derivados de este procedimiento, si bien ello no desmerece la importancia que otorga la ONU al procedimiento en cuestión. Para la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 29-11-2001 (sala Penal) en referencia al tema de la segunda instancia penal en España⁴⁶, *«las observaciones que en forma de Dictamen emite el Comité de Derechos Humanos de la ONU no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia»*. En este punto, afortunadamente, la curiosa interpretación del TS español decae por la fuerza de los hechos que otorgan precisamente total validez y vinculatoriedad a los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU. Tanto es así, que el BOE de 26 de diciembre de 2003 publicaba la Ley Orgánica 19/2003, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es-

⁴⁵ De hecho, diversos Estados europeos han sido condenados en alguna ocasión por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debido a las dilaciones indebidas de sus jurisdicciones en la tramitación de recursos.

⁴⁶ Sobre lo cual el Comité estimó que España violaba el art. 14.5 del PIDCP. Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU, Case No. 701/1996.

tableciendo la segunda instancia penal en todos los casos. En su exposición de motivos señala al respecto:

«En el libro I destaca la generalización de la segunda instancia penal, potenciándose las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en las que se residencia la segunda instancia penal respecto de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional. Con ello se pretende resolver la controversia surgida como consecuencia de la resolución de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos de la ONU (Case No. 701/1996), en la que se mantuvo que el actual sistema de casación español vulneraba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos»⁴⁷.

Por su parte, el procedimiento de tutela previsto en la Resolución 1503 de Naciones Unidas fue objeto de importantes reformas a través de la Resolución 2000/3, durante el 56.º periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (2000). En este caso se trata de las posibles quejas o denuncias recibidas desde particulares y grupos que denuncien igualmente violaciones de Derechos Humanos y las correspondientes respuestas o alegaciones de los gobiernos objeto de cada respectiva denuncia.

La reforma del procedimiento es importante por cuanto en virtud de la Resolución 1503 (art. 6 b), la designación de una eventual comisión de investigación para cada procedimiento sólo podía producirse con el «asentimiento expreso del Estado interesado». Esto cambia con la Resolución 2000/3, cuyo art. 8 no mantiene en vigor la citada previsión y fortalece el objetivo garantista de los Derechos Humanos en este procedimiento.

De este modo, los criterios de admisibilidad de la queja o denuncia pueden resumirse en los siguientes:

- No se admiten denuncias contrarias a los principios de la Carta de las Naciones Unidas ni aquellos que muestren motivaciones políticas.
- Debe probarse la existencia de una violación persistente de los Derechos Humanos y libertades básicas.
- Los particulares y los grupos están legitimados, pero no caben las denuncias anónimas.

⁴⁷ Pese a todo lo cual la Sentencia de 29-3-2016 del TEDH vuelve a condenar a España por vulnerar el derecho a la segunda instancia penal, en el Asunto Gomez Olmeda v. Spain, Application number 61112/12.

- Se requiere, igualmente, el agotamiento de los recursos internos, salvando que pueda demostrarse que las soluciones a nivel interno serían ineficaces o se prolongaran más de lo razonable⁴⁸. Se mantiene en este punto, que la denuncia debe remitirse en un tiempo razonable una vez agotados los recursos internos.

Las ventajas de este procedimiento radican en que puede denunciarse a cualquier Estado, independientemente de su ratificación o no del instrumento internacional. Una vez remitida la denuncia, no suele haber más comunicaciones con la parte denunciante. No se mantiene ninguna información adicional con el denunciante durante el desarrollo del procedimiento, ni siquiera se informa de las respuestas del Gobierno en cuestión. No cabe solicitar ninguna medida provisional, cosa que sí es posible en el curso del procedimiento derivado del Protocolo facultativo. En suma, los procedimientos internacionales de tutela del derecho de libre determinación existen, admitiendo éstos las demandas tanto individuales como colectivas. En ambos casos la vinculación de estos procedimientos con la protección de los Derechos Humanos es una cuestión ampliamente asumida en el ámbito internacional.

⁴⁸ Este aspecto es bastante evidente en el caso español aunque, lógicamente, requiere una debida y cuidada argumentación.

III. El caso de Québec ante la jurisdicción canadiense⁴⁹

Dentro de la evolución contemporánea del derecho de libre determinación de los pueblos, el caso de Québec es uno de los más paradigmáticos en la interpretación de sus demandas de determinación política y sus relaciones constitucionales con Canadá. De hecho, Québec celebró el 30-10-1995 un referéndum de libre determinación en el cual la opción de independencia fue derrotada por 52.448 votos.

Con mayor razón y peso jurídico, a partir de la Decisión del Tribunal Supremo Canadiense de 20-8-1998, en cuyo seno existe un pronunciamiento de notable interés sobre una eventual secesión de Québec. En este dictamen u opinión consultiva, el Tribunal Supremo responde a las preguntas formuladas en 1996 por el Gobierno Federal de Canadá, con un alcance fundamental en la actualidad para la adecuada interpretación jurídica del derecho de libre determinación de los pueblos.

La primera de las cuestiones que se someten al Tribunal Supremo guarda relación con la posibilidad o no de unilateralidad del legislativo o del ejecutivo Québécoise, de acuerdo con la Constitución canadiense, para proceder a una eventual secesión del Québec. A este respecto, el Tribunal manifiesta que una eventual secesión debe respetar escrupulo-

⁴⁹ Vid, en general:

N. LESTER, «Le Québec vers l'indépendance», Documentation Française, 1978.

A. GAGNON, «Québec y el federalismo canadiense», CSIC, Madrid, 1998.

J. WOEHLING, «The Quebec secession reference: pitfalls ahead for the federal government», Canada-Watch, n.º 6, October 1997.

J. WOEHLING, «The Supreme Court's Ruling on Quebec's Secession: Legality and Legitimacy Reconciled by a Return to Constitutional First Principles,» en Hugh Mellon and Martin Westmacott (eds.). *Political Dispute and Judicial Review*, Scarborough, Nelson, 2000.

samente los principios del Derecho constitucional canadiense, así como los derechos de los ciudadanos y de las minorías existentes en el propio Québec. Se reconoce, de hecho y de Derecho, la legitimidad del proyecto secesionista recayendo en el resto de Canadá la obligación implícita de negociar siempre que el pueblo de Québec se manifestara de forma clara por la secesión apuntada.

Entre los citados principios constitucionales, universales y comunes en las democracias modernas, destaca la obligación recíproca de todos los socios de la federación para comprometerse en las respectivas negociaciones constitucionales y dar respuesta a las demandas sociales, incluidas las de las minorías y los pueblos autóctonos⁵⁰. El Tribunal abunda en una consideración fundamental que, por cierto, guarda evidentes similitudes con los problemas que plantea el constitucionalismo español al derecho de libre determinación de los pueblos vasco o catalán.

Para el Tribunal Supremo de Canadá, un eventual proceso de secesión podría ser autorizado por la propia Constitución, sin que dicho proceso pueda considerarse una «destrucción» del modelo constitucional. Se trataría, en suma, de modificaciones constitucionales sustanciales: «*La Constitución es la expresión de la soberanía de la población canadiense, cuyo pueblo, actuando por medio de diversos gobiernos debidamente elegidos y reconocidos en virtud de la Constitución, ostenta el poder de poner en marcha todos los ajustes constitucionales deseados en los límites del territorio canadiense, incluida, si es deseada, la secesión del Québec de Canadá*»⁵¹. En este punto se suscita un aspecto fundamental, también con evidentes implicaciones en otros casos: el concepto de unilateralidad en una eventual secesión de Québec.

Para el Tribunal Supremo de Canadá, un proceso unilateral de secesión sería aquel en el que no se producen negociaciones previas con el resto de provincias canadienses ni con el Gobierno Federal. Existe pues, y con anterioridad, un deber recíproco de negociación política para poder proceder a cualquier tentativa o proceso de secesión unilateral⁵². A estos efectos, se considera que un referéndum, por sí mismo, no tendría un efecto jurídico directo suficiente para proceder a la secesión; dicho esto, el principio democrático demanda otorgar un considerable

⁵⁰ Con respecto a la relación entre protección de las minorías y libre determinación, *vid.* G. PENTASSUGLIA, «State sovereignty, minorities and self-determination: a comprehensive legal view», *International Journal on Minority and Group Rights*, n.º 9, 2002.

⁵¹ Párrafo 85 del Dictamen del Tribunal Supremo de Canadá.

⁵² Lo mismo cabe entender para quien pretenda iniciar un proceso de libre determinación.

peso a la expresión clara de una determinada voluntad democrática. Esto implica, igualmente, despojar a la consulta de cualquier atisbo de ambigüedad. Lógicamente, ni el derecho a secesionarse puede considerarse un derecho absoluto de Québec, ni su voluntad popular democráticamente manifestada puede considerarse inocua o intrascendente política y jurídicamente. La solución se sustancia en la obligación recíproca de negociar entre las partes implicadas en el proceso⁵³.

La segunda de las cuestiones que se plantearon ante el Tribunal Supremo de Canadá residía en conocer si, de acuerdo con el Derecho Internacional Público, el legislativo y el ejecutivo de Québec tienen o no el derecho a una sucesión unilateral de Canadá. ¿Existe, de acuerdo con el derecho de libre determinación de los pueblos, derecho a una sucesión unilateral? En este aspecto central, sirven algunas de las consideraciones ya aportadas. El Derecho Internacional Público no contempla un derecho unilateral a la secesión, si bien es cierto que el derecho de libre determinación de los pueblos constituye, de hecho y de Derecho, un principio general del Derecho Internacional Público. Se trata de un derecho que debe ejercerse en el interior del respectivo Estado, siendo el derecho unilateral a la secesión una posibilidad generalmente excepcional.

La clave, en línea con lo que vengo apuntando, no es tanto el concepto formal de «pueblo», sino el comportamiento democrático del Gobierno de un determinado Estado y su respeto a los Derechos Humanos. Según el párrafo 130 del Dictamen, y de acuerdo con el propio Derecho Internacional Público, un Estado cuyo Gobierno representa sin discriminación a todos los pueblos y ciudadanos de su territorio y que respeta igualmente su derecho a la autodeterminación interna⁵⁴, tiene derecho a su integridad territorial. Por contra, un Estado que no garantice y tutele los derechos y garantías constitucionales e internacionales de las que se ha dotado, podría ver atacada democráticamente su integridad territorial mediante el ejercicio de la libre determinación (normalmente interna) por uno de los pueblos integrantes de dicho Estado. Es claro que, como hemos subrayado, un eventual derecho unilateral a la secesión sólo es previsible en el caso de los pueblos colonizados e incluso, aun en éste, es necesario el concurso de una instancia internacional que otorgue formalmente el reconocimiento y dé a éste los pertinentes efectos jurídicos en el sistema internacional. De hecho, sólo el constante impedimento al ejercicio de la libre determinación interna,

⁵³ Tal es, exactamente, lo que ha sucedido en el caso del referéndum pactado en 2014 entre el Reino Unido y Escocia.

⁵⁴ Yo añadiría, igualmente, su obligación de respeto a los restantes Derechos Humanos.

podría justificar la adopción de medidas unilaterales, si bien tal caso no se da en el ejemplo de Québec donde el ejercicio de la libre determinación pactada ha sido la situación habitual en clave de negociación política abierta⁵⁵.

En este mismo sentido, una sistemática violación de los principios constitucionales y derechos fundamentales de los que se dota una comunidad política, entiendo que también avala la adopción de medidas unilaterales de libre determinación que han de ser refrendadas por una instancia internacional competente⁵⁶. En resumen, la obligación de recíproca negociación existente en el Derecho interno se encuentra igualmente avalada por el presumible comportamiento, a tales efectos, de terceros Estados que sólo respetarán la tentativa de secesión o libre determinación en caso de observar que la negociación aludida se ha producido realmente.

En consecuencia, dado que tanto el Derecho Constitucional canadiense como el Derecho Internacional Público dan respuestas muy similares a las preguntas planteadas, no hay necesidad de responder a la tercera de las cuestiones sobre un eventual conflicto de ordenamientos que no se producía en el caso canadiense. Québec no ostenta un derecho a la secesión unilateral de Canadá, pudiendo ejercerse la citada libre determinación en el caso de un proceso debidamente negociado y pactado entre las partes o, en su caso, tras un rechazo por el Estado del ejercicio del derecho de libre determinación democráticamente planteado por Québec. Es claro, en suma, que el dictamen del Tribunal Supremo de Canadá rechaza los posicionamientos dogmáticos y extremistas sobre el derecho de libre determinación de los pueblos. Por un lado, al rechazar que un referéndum sobre la cuestión en el Québec fuera elemento suficiente como para obligar al resto de Canadá a aceptar una secesión; por otro, dado que el tribunal reconoce que un eventual referéndum positivo en Québec obligaría al Estado a abrir un proceso de negociación sobre la libre determinación y eventual secesión posterior de Québec.

Es, por tanto, evidente y palmaria, la existencia y lectura actualizada de un derecho a la libre determinación de los pueblos tanto, de acuerdo

⁵⁵ Una interesante propuesta de regulación de los procesos soberanistas ha sido abordada en clave de negociación por E. RUIZ VIEYTEZ, «Minority nations and self-determination. A proposal for the regulation of sovereignty processes», *International Journal on Minority and Group Rights*, n.º 23-3, 2016.

⁵⁶ Vid. C. MUELLER, «Secession and self-determination: remedial right only theory scrutinised», *POLIS Journal* n.º 7, 2012, pág. 313: «considering the number of contemporary conflicts with secessionist background, 52 in 2011, more than one third of which were violent, the development of more effective responses of the international community to these conflicts seems an issue more pressing than ever».

con el Derecho Constitucional interno como en el plano del Derecho Internacional Público, si bien en ambos casos el contenido de tal derecho exige una negociación y un acuerdo que, en general, no pueden ser unilaterales. De ahí, desde luego, que incluso la terminología utilizada en ocasiones pueda conducir al error. Tal y como recogen los propios convenios y tratados internacionales, nos encontramos ante situaciones que exigen un proceso bilateral de libre determinación (no tanto de la denominada «autodeterminación»), a cuyo fin los datos aportados por el dictamen del Tribunal Supremo de Canadá sobre el caso de Québec resultan fundamentales en determinados aspectos jurídicos abordados por el citado dictamen consultivo.

Entre otras cuestiones, pero como razón fundamental, a la vista de que «*una Constitución no es un collar de hierro*»⁵⁷, que pueda perpetuar «sine die» un determinado status jurídico y político en un contexto territorial determinado. Una Constitución es, claramente, una norma jurídica con vocación de adaptación a cualquier nueva circunstancia política y social que lo demande. En este aspecto, el Tribunal Supremo de Canadá incide en una característica de la Constitución canadiense igualmente reconocible en la española sin ser ésta última la de un modelo federal: los participantes en la Federación tienen garantizado su derecho a iniciar una reforma constitucional, tal y como pueden hacerlo las Comunidades Autónomas en el caso español. Además, la Constitución no puede restringirse meramente a su texto escrito, existiendo principios generales, así como Derecho Internacional vigente que obligan igualmente a cualquier marco constitucional⁵⁸. Entre ellos hay, al menos cuatro principios fundamentales de importancia para el análisis del derecho de libre determinación en este contexto⁵⁹:

- El federalismo.
- La democracia.
- La constitucionalidad y la primacía del Derecho.
- El respeto a las minorías.

Para formalizar la cuestión o la opción apuntada de libre determinación hay dos aspectos adicionales y polémicos sobre los cuales el tribunal sólo se pronuncia de manera tangencial. Se trata del tema de la «claridad»: pregunta clara y mayoría clara. La primera cuestión puede considerarse abordada en base a la total ausencia de ambigüedad en la cues-

⁵⁷ Párrafo 150 del Dictamen del Tribunal Supremo de Canadá.

⁵⁸ Párrafo 32 del Dictamen.

⁵⁹ Es de subrayar que todos ellos, salvo el federalismo, son perfectamente extrapolables al caso vasco respecto de la Constitución española vigente.

tión planteada a la sociedad. Respecto de la referencia a la necesidad de una mayoría clara, existen ya opiniones encontradas. GÓMEZ ISA sugiere considerar la mitad más uno de los votos como una mera mayoría simple cuando en tal caso estaríamos ante una mayoría absoluta⁶⁰. SOROETA, por su parte, hace referencia a una mayoría más amplia, que sitúa, probablemente, en los dos tercios en referencia a la citada necesidad de «mayoría clara»⁶¹. Tal lectura no fue tomada en consideración para el caso de la aprobación de la Constitución de 1978 en Álava, Bizkaia, Gipuzkoa y Navarra, donde los datos muestran niveles de abstención superiores, en ocasiones, al 50%, sin que de ello se hayan deducido consecuencias jurídicas o políticas de ninguna naturaleza hasta la fecha⁶². En mi caso, entiendo más razonable considerar un requisito de mayoría suficiente que debe resolverse a través del correspondiente pacto político, tal y como sucedió en 2014 entre el Reino Unido y Escocia.

Como en el caso del Reino Unido, hay otra cuestión vivamente presente en la sociedad del Québec: la cultura democrática. Sin ella, ni la ingeniería jurídica más afinada puede ser capaz de encontrar respuestas a los problemas inherentes a toda comunidad social que se relaciona. Québec, por contra, es un lugar donde, por diversas razones, es posible encontrar algunas respuestas de interés a situaciones y problemáticas cercanas que en nuestro caso seguimos sin resolver.

Como es lógico, los pueblos y las gentes no admiten, en todos los casos, comparaciones ni en las situaciones ni en los ordenamientos jurídicos que regulan nuestra convivencia. Sin perjuicio de lo anterior, lo normal en el ámbito comparado es, precisamente, comparar situaciones diferentes o diversas y no comparar lo que es igual. Desde mi perspectiva, en los grandes trazos que han de marcar nuestra libertad individual y colectiva, y nuestro talante democrático parece más que razonable que nos miremos, e incluso nos busquemos, en el espejo de aquellos que han hecho de la auténtica cultura democrática un elemento de cohesión política, jurídica y social. Québec es uno de estos casos por muchas razones y virtudes, incluida la interpretación jurídica brevemente analizada en estas líneas.

⁶⁰ F. GÓMEZ ISA, «El derecho de autodeterminación en el Derecho Internacional contemporáneo», en «Derecho de autodeterminación y realidad vasca», Gobierno Vasco, Vitoria, 2002, pág. 308.

⁶¹ J. SOROETA, «El Derecho Internacional y el Derecho interno canadiense ante el desafío de Québec», Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, UPV/EHU, 2002, pág. 121.

⁶² Concretamente el referéndum constitucional tuvo en la Comunidad Autónoma Vasca un nivel de abstención del 55%, con un voto negativo del 24%; mientras en Navarra la abstención alcanzó el 33% y el voto negativo un 17%.

IV. Escocia y el Reino Unido: la libre determinación pactada⁶³

El proceso jurídico y político abierto en Escocia con la denominada Devolución de poderes desde Westminster dio lugar a la celebración en Escocia de un referéndum de libre determinación pactada entre el Gobierno del Reino Unido y el Gobierno de Escocia⁶⁴. Si bien, desde mi perspectiva, el ejemplo escocés contiene similitudes y potencialidades de gran interés, en relación con los Derechos Históricos vascos, lo relevante es observar un ejercicio práctico, real y pactado de libre determinación con plena legitimidad política y democrática.

Para el caso británico hasta la llegada del referéndum de 2014, el proceso de Devolución puede considerarse uno de los más recientes momentos clave en la historia «constitucional» británica según WICKS. Este autor ha señalado ocho momentos clave en este contexto de reflexión:

«the 1688 «glorious revolution», the 1707 Union of England and Scotland, Walpole's long tenure (1721-1742) as the first Prime Minister, the 1832 reform of Parliament, the Parliament Act 1911, the 1950 European Convention on Human Rights, the UK's accession to the European Communities and the aforementioned devolution legislation of 1998»⁶⁵.

⁶³ Vid. M. KEATING, «The independence of Scotland», Oxford University Press, 2009 y X. EZEIZABARRENA, «Scottish Devolution and Basque Historical titles: two legal paths towards co-sovereignty», *Scottish Affairs*, n.º 80, summer 2012.

⁶⁴ El referéndum se celebró en Escocia el 18-9-2014, con un 84% de participación. Un 44% votó sí a la independencia de Escocia y un 55% votó negativamente. <http://scotlandreferendum.info>

⁶⁵ E. WICKS, «The evolution of a Constitution: eight key moments in British constitutional history», Hart Publishing, Oxford, 2007.

Incluso mucho antes, MEADOWS señala en 1976 la importancia de la «Devolución» en el Reino Unido:

«to the question of why devolution has become a political issue at this time. In general terms, the essence of the controversy is reflected in the following statement: «Devolution! The very word contains a threat. The English pronounce it to rhyme with evolution, the Scots with revolution»⁶⁶.

Otros autores como BOGDANOR & VOGENAUER regresan a las palabras de DICEY en su «Law of the Constitution» al señalar que:

«a British writer on the Constitution has good reason to envy professors who belong to countries such as France... or the United States, endowed with constitutions on which the terms are to be found in printed documents, known to all citizens and accessible to every man who is able to read. Britain remains, together with New Zealand and Israel, one of just three democracies which are still not «endowed» with a «written», or, more properly, a codified constitution»⁶⁷.

En cualquier caso, en su carácter escrito, codificado o consuetudinario, en el Reino Unido sigue primando el principio de soberanía parlamentaria:

«is no longer an unchallenged doctrine» (...) «and it is because there is scepticism concerning the value of the doctrine that voices have been heard calling for an enacted constitution. An enacted constitution would, however, have to confront at the outset the problem of whether or not the European Communities Act has limited the sovereignty of Parliament, and whether the practical limitation of sovereignty by the Human Rights Act and the devolution legislation should be registered in the Constitution. An enacted constitution would have to confront squarely the doctrine of the sovereignty of Parliament. We have been asked whether the enactment of a British constitution is feasible. Our answer is that there is no reason why it should not be feasible, no reason why, almost alone amongst democracies, Britain should be unable to enact a constitution. The problems involved in this enterprise are, however, formidable»⁶⁸.

⁶⁶ M. MEADOWS, «Constitutional crisis in the United Kingdom: Scotland and the Devolution controversy», *The Review of Politics*, Vol. 39, No. 1, January 1977, págs. 42 y 43.

⁶⁷ V. BOGDANOR & S. VOGENAUER, «Enacting a British Constitution: some problems», *Public Law*, 2008, pág. 38.

⁶⁸ *Ibid.*, página 56.

Estas consideraciones previas inspiran inicialmente la reflexión comparada con el caso de Escocia en la propia historia y, también, en el contexto actual. En el caso vasco, como veremos luego, es importante considerar algunos datos históricos que pueden explicar la situación de los Derechos Históricos en los diferentes contextos territoriales de Euskal Herria. Hay distintas posibilidades de análisis para escrutar el significado de esos Derechos Históricos. En este caso, seguiré la premisa según la cual los Derechos Históricos vascos constituyen un ejemplo real de marco jurídico público propio y vivo hasta nuestros días, incluso dando cobertura jurídica constitucional a buena parte de las relaciones jurídico públicas de los territorios vascos con España, la peculiar estructuración interna de Euskadi y sus singularidades jurídicas respecto de los territorios de régimen común, carentes de Derechos Históricos, según la doctrina constitucional.

Si en el caso vasco hablamos desde la perspectiva de una cláusula constitucional (Disposición Adicional 1.^a de la Constitución), el proceso seguido en Escocia se sustenta en el concepto de «Devolución» de poderes (no necesariamente escrito) pero dentro de un contexto de reconocimiento histórico de Escocia como nación.

Según BENGOETXEA, desde el punto de vista de Euskal Herria, el interés por el proceso seguido en Escocia no es algo nuevo⁶⁹. Según este autor, resulta evidente que Escocia ha liderado la reclamación de mayores cotas de autogobierno, algo que no suscita grandes rechazos en el gobierno de Westminster. En este sentido, BENGOETXEA cita ventajas importantes, en el caso británico, como su larga tradición democrática, la ausencia de Constitución escrita y, por tanto, el mencionado criterio de la soberanía de los parlamentos. También subraya el carácter independiente del poder judicial que normalmente evita provocar interferencias políticas.

BENGOETXEA subraya, igualmente, que Escocia ha desarrollado no solo un proceso «constitucional» hasta la celebración del referéndum en 2014, si no dos procesos que pueden converger en el futuro. El primero se refiere a la denominada «National Conversation» promovida por el Scottish National Party (SNP), mientras el segundo se sustenta en el informe de la Comisión Calman creada en el Parlamento de Escocia sin la participación del Partido Nacional Escocés (SNP).

En este contexto, la «National Conversation» ha supuesto un proceso constitucional de consulta permanente a la sociedad de Escocia. Sobre este particular, BENGOETXEA subraya tres opciones diferenciadas:

⁶⁹ J. BENGOETXEA, «Escocia: enseñanzas para el País Vasco», *El Diario Vasco*, 12-3-2010.

- a) El mantenimiento del proceso actual de «Devolution».
- b) El aumento del autogobierno de Escocia con nuevas competencias y, en concreto, mediante autonomía financiera y fiscal.
- c) La celebración el 18-9-2014 de un referéndum de libre determinación, con una pregunta directa sobre la independencia de Escocia, pero manteniendo la Corona británica, la libra esterlina y los vínculos históricos con la Commonwealth.

Esta tercera opción es la que mantuvo en el referéndum de 2014 y mantiene el Scottish National Party y el Gobierno de Escocia y se denomina «Independencia en la Unión Europea». Mientras tanto, la Comisión Calman emitió su informe en Junio de 2009 subrayando la necesidad de un nuevo sistema financiero y de impuestos, lo cual fue aprobado por el Parlamento de Escocia.

La apuesta a favor de la independencia dentro de la UE y el referéndum de 2014 fueron el eje central de la campaña electoral en Escocia en 2011, cuyos resultados arrojaron una victoria por mayoría absoluta del SNP con 69 de los 129 escaños del Parlamento de Escocia, si bien, como hemos citado, la sociedad escocesa rechazó la opción de independencia el 18-9-2014.

El resultado del referéndum ha evitado la necesidad de gestar un nuevo acuerdo o negociación abierta sobre el Tratado de la Unión entre Escocia e Inglaterra en vigor desde 1707. Desde mi perspectiva, existen dos ejes principales en la propuesta escocesa y el referéndum pactado con el Reino Unido en 2014:

- El mutuo reconocimiento de Escocia como nación.
- El caso de Quebec.

En el primer caso, al ejercitarse el derecho de libre determinación mediante pacto y sobre la base de la previa existencia de Escocia como nación independiente hasta 1707. En el segundo aspecto, siguiendo los principios y reglas recogidas por el dictamen del Tribunal Supremo de 20-8-1998 de Canadá, acerca de la situación de Québec. En ambos casos, existe un papel central de conceptos como negociación, acuerdo o tratado (1707) y referéndum, dentro de un contexto de post-soberanía siguiendo las tesis de profesores escoceses como Neil MacCormick o Michael Keating, entre otros.

Según KEATING:

«Scotland is perhaps unique in facing no legal or constitutional bar to independence, nor much opposition in principle within the host state. (...) I argue that, total independence being impossible in

the modern world, the key issue is how to manage interdependency in the (British) Isles, Europe, the Atlantic community, and the world. Even more difficult is the political economy of independence...(...) For some years I have argued that we have moved from a world of absolute sovereignty to a post-sovereignty era, in which power is shared at multiple levels and self-determination does not necessarily imply statehood»⁷⁰. (...)

(...) «concepts of statehood and political order in the eighteenth century are not what they were in the twentieth century, and in the present century they are changing again. So while it is justifiable to trace a Scottish polity and sense of common identity back to the Middle Ages, it is a mistake to confound this with modern nationalism or to assume that a timeless Scottish frame is available to take over whenever the British one fails. Scottish identity is, rather, re-forged and re-invested with political significance in different historical epochs. What we are seeing at present is a new Scottish nation-building project, contrasted with the old Union and in competition with an attempt at rebuilding a British nation. That is taking place in circumstances far removed from the classic nation- and state-building era of the nineteenth century»⁷¹. «It jars with the sociological fact that some states contain more than one group whose members see themselves as a nation. (...) The «Jacobin» form of democracy, with its assumption of a single demos, has to be abandoned in favour of a more complex and pluralist understanding of democracy, citizenship, and solidarity. (...) In the United Kingdom, state and nation have long been in tension, and neither has a shared meaning»⁷².

MacCORMICK mantiene una aproximación similar sobre el significado histórico de la Unión Británica:

«the United Kingdom is commonly referred to as «England», «Angleterre», «Inghilterra», and the like, and we may in due course reflect why this should be so. But this «England» is properly the British State, at present the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland»⁷³.

MacCORMICK, por tanto, no considera que el Tratado de la Unión de 1707 supusiera una decisión jurídica impuesta si no una suerte de

⁷⁰ M. KEATING, «The independence of Scotland», Oxford University Press, 2009, pág. VII.

⁷¹ *Ibid.*, página 10.

⁷² *Ibid.*, pág. 11.

⁷³ N. MacCORMICK, «Questioning sovereignty», Oxford University Press, 2001, pág. 49.

negociación entre fuerzas desiguales. Un ejemplo, en suma, de singularidad «constitucional» no escrita con perfiles federales⁷⁴, sin reconocimiento formal de una determinada estatalidad pero con el mantenimiento de diferentes estructuras de Estado o de soberanía real, en particular en lo correspondiente al sistema judicial en el caso de Escocia⁷⁵.

El pacto entre los Gobiernos de Escocia y del Reino Unido sobre el referéndum de 2014 ha sido y es de interés en cuatro planos centrales:

- a) Democrático: al pactarse internamente un ejercicio del derecho de libre determinación internacionalmente reconocido.
- b) Constitucional: dado que no existe una Constitución británica escrita, pero el principio del mutuo reconocimiento como naciones se encuentra implícito en el Tratado de la Unión de 1707.
- c) Social: por tratarse de un proceso abierto a toda la sociedad.
- d) Europeo: al reconocer la clara voluntad de Escocia de participar en las instituciones de la Unión Europea, de acuerdo con los tratados en vigor.

Este aspecto es fundamental puesto que la propuesta del Scottish National Party y del Gobierno de Escocia se basa en las mismas reglas y principios que la propia Unión Europea⁷⁶. Incluso, el resultado final del referéndum en 2014 ha podido depender, especialmente, del debate sobre el modelo económico, fiscal y financiero para Escocia.

Este proceso pactado entre Escocia y el Reino Unido ha cumplido escrupulosamente las reglas de toda democracia y, en particular, de la Unión pactada mediante Tratado en 1707. Así, una de las características principales, en este contexto, es la mutua aceptación del núcleo central de sus constituciones «no escritas»: los Derechos Fundamentales y los principios democráticos.

KEATING subraya igualmente:

«since the 1990s a whole genre of literature has emerged about the question of Britain and the crisis of the Union»⁷⁷. «The shock of a resurgent Scottish nationalism in the 1970s provoked a sharp reaction. Many English scholars refused to take it seriously, arguing

⁷⁴ *Ibid.*, pág. 60.

⁷⁵ *Ibid.*, pág. 183.

⁷⁶ Según KEATING: «*Britain has come apart under the influence of European integration as Scots have embraced Europe while the English reject it. The question of Europe does indeed touch the debate about Scotland's place in the United Kingdom*», en «*The independence of Scotland*», Oxford University Press, 2009, pág. 4.

⁷⁷ M. KEATING, *ibid.*, pág. 1.

that nationalist voting was a mere «protest», implying that it represented a form of deviant behaviour, while voting Labour or Conservative was somehow normal. (...) The problem here is that pre-British identities were not fully national in the modern sense... (...) Scotland existed before the Union but not as a modern state and society»⁷⁸.

De hecho, incluso bajo el paraguas del Tratado de la Unión de 1707 entre Inglaterra y Escocia, ésta mantuvo determinadas singularidades e instituciones como el poder judicial, competencias educativas, universitarias, la iglesia presbiteriana y sus sistemas de Derecho Civil y Penal⁷⁹, basados en el Derecho Romano pero siempre influidos por el «Common Law». En este sentido, cualquier proyecto legislativo que afecte a Escocia ha sido históricamente analizado y desarrollado por parlamentarios provenientes fundamentalmente de Escocia. En todo caso, e incluso dentro del contexto de Devolución de poderes hacia Escocia, el sistema mantiene límites importantes bajo el control directo de Westminster tal y como es posible constatar en la actualidad en el complejo proceso abierto de cara al «Brexit».

Se mantiene un principio clásico del Derecho Constitucional británico según el cual el parlamento de Westminster es soberano. No hay institución capaz de derogar una ley del Parlamento y éste puede intervenir en cualquier materia. Esta idea choca, sin embargo, con el propio Derecho Comunitario Europeo y con la aplicación de diferentes tratados internacionales, pero inspira históricamente la posición jurídica de Westminster con respecto a injerencias europeas y/o internacionales. Mientras tanto, el art. 28 de la Scotland Act 1998 asume la competencia legislativa del Parlamento de Escocia, sin perjuicio de las competencias legislativas que retiene Westminster en determinadas materias.

Para el caso británico, todo lo anterior se encuentra en vigor sin una constitución escrita o formal. Autores como FELDMAN se cuestionan sobre lo anterior:

⁷⁸ *Ibid.*, págs. 2 a 9. En estas líneas se subraya igualmente la importante participación de Escocia en el Imperio Británico, aspecto este igualmente presente en el contexto vasco a lo largo de expediciones y de la navegación. En términos históricos KEATING considera que el Reino Unido es muy diferente a Francia mientras que es posible encontrar elementos en común con España. Esta idea está también presente en los estudios realizados por J. ARRIETA.

⁷⁹ *Vid.* en este sentido el interesante análisis comparado realizado por J. ARRIETA en relación con el 1707 español y el británico, en «El 1707 español y el británico», Conciliar la diversidad. Pasado y presente de la vertebración de España, ARRIETA & ASTIGARRAGA eds., UPV/EHU, 2009, pág. 28.

«the United Kingdom have no constitution, one constitution, or several competing constitutional visions?»⁸⁰.

Al margen de la cuestión formal, FELDMAN se sitúa en la idea de una soberanía compartida mientras no exista una sola fuente de reglas constitucionales. Esta es también la situación actual en la Unión Europea, donde tanto Escocia como Euskal Herria se encuentran presentes y despliegan intereses jurídicos y políticos. En ese sentido, FELDMAN mantiene una visión dinámica de las Constituciones:

«for the United Kingdom's constitution (or any other constitution) to work successfully in this way, there must be a commitment to peaceful methods of resolving, temporarily and contingently, a constantly changing set of conflicts between visions»⁸¹.

Otra aportación de interés ha sido realizada por McLEAN & McMILLAN, quienes concluyen uno de sus más interesantes estudios con la idea de un Reino Unido carente de «Unionismo» o citando su idea sobre «La muerte del Unionismo»:

«Unionism was an elite creed before it was a popular one. English politicians needed Union in 1707 because of the Scottish threat to the security of England after the death of Queen Anne. Scots politicians, their state bankrupt and subject to economic and military threats from England, had no realistic choice but to accept Union. However, they secured safeguards for their religion and law, safeguards that have been (more or less) honoured ever since»⁸².

La importancia de todos estos aspectos económicos se mantiene presente, a día de hoy, y más si cabe en el grave contexto de crisis económica y financiera que también ha sufrido Escocia. Aspectos de gran importancia como los energéticos en general, las explotaciones mineras y petrolíferas del Mar del Norte y la sostenibilidad económica del modelo sanitario, social y educativo de Escocia; en suma, la sostenibilidad económica del modelo escocés en su conjunto puede condicionar notablemente las decisiones de Escocia sobre la Unión con Inglaterra o la opción de independencia en la Unión Europea.

⁸⁰ D. FELDMAN, «None, one or several? Perspectives on the UK's constitution (s)», *Cambridge Law Journal*, 2005, pág. 350.

⁸¹ *Ibid.*, pág. 351.

⁸² I. McLEAN & A. McMILLAN, «State of the Union», Oxford University Press, 2005, pág. 239.

En cualquiera de los casos, es imprescindible subrayar aquí la radical diferencia entre el proceso pactado entre Escocia y el Reino Unido, en contraste con la situación española, particularmente con los casos vasco y catalán. En el caso español, la lectura política y jurídica del Gobierno central y del Tribunal Constitucional hicieron imposible la entrada en vigor de la Ley Vasca de consulta popular de cara a la realización de una consulta en 2008⁸³, al igual que en el proceso abierto en el caso de Catalunya para la celebración de una consulta.

De este modo, lo que para algunas perspectivas resulta inviable bajo las reglas de una Constitución moderna y escrita como la española, resulta perfectamente posible sin una Constitución escrita y bajo las reglas previas al colonialismo. En mi opinión, se trataría de una cuestión de cultura democrática y visión de Estado por parte de una vieja democracia como la que gobierna Gran Bretaña desde hace siglos.

⁸³ STC 103/2008 que declaró inconstitucional la consulta en Euskadi, pero que contiene en su fdo. Jurídico 4.º una interesante afirmación sobre el contenido de la Ley 9/2008 vasca: *«plantea una cuestión que afecta al orden constituido y también al fundamento mismo del orden constitucional. Una afectación de esa naturaleza y con tal alcance es desde luego factible en nuestro ordenamiento, toda vez que, en el marco de los procesos de reforma de la Constitución, (...) no hay límites materiales a la revisión constitucional»*. La STC 48/2003, en su fdo. jurídico 7.º complementa la anterior subrayando como condición única que una eventual reforma no puede implicar *«una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales»*.

Vid. D. FERNÁNDEZ MANJÓN y J. TORRADO, «Autodeterminación en sistemas democráticos. El caso de la consulta en Euskadi», *RVAP*, n.º 83, 2009.

V. El proceso abierto en Catalunya⁸⁴

Sin duda, uno de los contextos en los que se viene reivindicando socialmente el derecho a decidir es el caso de Catalunya⁸⁵. La peculiaridad del proceso abierto en Catalunya reside, entre otras consideraciones, en que el derecho de libre determinación viene siendo esgrimido con fuerza desde la propia sociedad civil catalana⁸⁶ con el apoyo explícito de las instituciones catalanas y, en particular, del Parlament y de la Generalitat.

Como es conocido y, como ya sucediera en el caso vasco con la citada STC 103/2008, todos los intentos catalanes para operar modificaciones en el ordenamiento de cara a facilitar un pronunciamiento formal de la sociedad sobre su determinación política han sido impugnados por el Estado y anulados, sistemáticamente, por el Tribunal Constitucional.

Así ha sucedido, con distintas metodologías, de cara al pretendido referéndum de 9 de noviembre de 2014, a la consulta de 27 de septiembre de 2015 y a un eventual referéndum en 2017 con respuestas

⁸⁴ Vid. J. RENYER, «L'Autodeterminació del poble català: preguntes i respostes», Editorial Mediterrània, 2001.

Cabe subrayar al respecto, la calculada ambigüedad de A. BUCHANAN, «Secesión. Causas y consecuencias del divorcio político», Ariel, Barcelona, 2013, y el análisis realizado desde la Filosofía del Derecho por J.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Principio democrático y derecho a decidir», *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, n.º 19, 2014.

⁸⁵ Vid., en sentido muy crítico con el concepto de derecho a decidir, el trabajo de X. PONS, «Legalidad internacional y derecho a decidir», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* n.º 27, 2014. Este autor vincula el derecho de libre determinación con las situaciones de dominación colonial, afirmando también que, «en su dimensión interna, como premisa colectiva al ejercicio de los Derechos Humanos en una sociedad democrática, el principio resulta absolutamente pertinente». *Ibid.*, pág. 84.

⁸⁶ Hay que recordar, a este respecto, el trabajo desarrollado por la Asamblea Nacional Catalana, <https://assemblea.cat>

idénticas. La tesis defendida por el Tribunal Constitucional desde la citada STC 103/2008 concluye que en España no cabe un referéndum o una consulta autonómica relacionada con la soberanía o el modelo de Estado. Es más, el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya ha citado como imputados en un procedimiento penal al President de la Generalitat y a varios de sus consejeros de Gobierno en relación con la consulta popular informal organizada el 27-9-2015.

La realidad es que tampoco pudo celebrarse una consulta ciudadana en Canarias sobre las prospecciones petrolíferas en aquellas islas. Esto es, tampoco cabe consultar a la población en un asunto relativo al medio ambiente y a la explotación de los recursos naturales. Así, por exceso o por defecto, con carácter cautelar o preventivo, la cuestión estriba en no consultar y el Tribunal Constitucional así lo ha entendido firmando el mismo día 4-11-2014 las Providencias 6415, 6416 y 6540 en relación con las consultas en Catalunya y Canarias, en diferentes recursos de inconstitucionalidad contra sendas consultas populares⁸⁷.

Este rechazo visceral a cualquier elemento que posibilite o facilite la palabra a la sociedad es un síntoma adicional de una democracia que se va alejando de los modelos más avanzados antes citados para imposibilitar el pronunciamiento social sobre cualquier cuestión. Sea en el caso del petróleo en Canarias o de una mera consulta en Catalunya o en Euskadi, es claro que el Gobierno central no necesita de nadie para legislar ni para configurar su «peculiar» modelo de Estado de Derecho evitando cualquier participación de la sociedad. Y, para ello, también en esta ocasión, se opta por un Derecho Penal de respuesta ideológica y alejado de cualquier sentido común conocido.

Desde esta perspectiva, el fin del Gobierno estatal no es controlar un refrendo o una consulta, sea sobre una cuestión relativa a la soberanía o sobre el petróleo de Canarias. Poco o nada importa el procedimiento o la materia, pues se trata de impedir y hurtar el debate a cualquier sociedad con excusas jurídicas de poca relevancia para revestir lo que supone una mera decisión política contraria a cualquier intento de determinación política⁸⁸.

En el caso catalán, la utilización del Código Penal y la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para buscar la inhabilitación del President de la Generalitat son pasos adicionales y un golpe a la separación de poderes que vuelve a incidir en la escasa o casi nula exis-

⁸⁷ BOE n.º 268, de 5-11-2014.

⁸⁸ Vid. X. EZEIZABARRENA, «Prospecciones petrolíferas en Canarias y consulta popular», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 31, 2015.

tencia de garantías jurídicas para que la participación de la ciudadanía sea real en el contexto español en su conjunto.

Pero si volvemos sobre nuestros pasos en el tiempo, la apuesta de la sociedad civil catalana por el ejercicio del derecho de libre determinación no es fruto de la casualidad o de la improvisación política⁸⁹. La tensión política creciente y la insatisfacción estatutaria catalana han dado lugar a una notable reacción civil, particularmente desde la STC 31/2010, sobre el nuevo «Estatut» de Catalunya y el proceso de recentralización que emana de dicho pronunciamiento, siempre en contra de lo aprobado por la propia sociedad de Catalunya⁹⁰. Uno de los elementos objeto de evidente restricción en la citada STC 31/2010 se refiere a la interpretación restrictiva de las posibilidades abiertas por el art. 122 del «Estatut» de Catalunya sobre la regulación del referéndum en Catalunya, de manera que dicha figura resulta inviable para el TC por carecer de cobertura competencial. De hecho es la propia Ley Orgánica estatutaria la que pretende dar dicha cobertura competencial que el TC niega en este caso. Como bien sostiene RIDAO, *«la severa reserva a ley orgánica apreciada por el Tribunal, para regular la entera institución del referéndum, colisiona frontalmente con la praxis de la legislación electoral, que nunca ha sido interpretada en el sentido de prever una regulación exclusiva por parte del Estado de todos los procesos electorales y de todas las partes del proceso electoral. Llevada a sus últimas consecuencias, la tesis de la STC 31/2010 conduciría al absurdo de considerar inconstitucionales las leyes electorales autonómicas»*⁹¹.

Con posterioridad, el Parlament de Catalunya promulgó la Ley 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum, de aplicación a las consultas promovidas por las instituciones, así como a las de iniciativa de la ciudadanía. Esta ley fue objeto de una declaración parcial de inconstitucionalidad en una nueva Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2015, de 25-2-2015⁹², que ha hecho jurídicamente nulas las disposiciones relativas a consultas referendarias generales.

Pese a todo lo anterior, el compromiso de la sociedad civil catalana y de sus instituciones con el ejercicio del derecho de libre determinación se ha mantenido vivo en diferentes iniciativas políticas, siempre contes-

⁸⁹ Vid., en general, E. SEGARRA (coord.), *«¿Existe el derecho a decidir? Preguntas y respuestas sobre el proceso abierto en Catalunya»*, Tibidabo, Barcelona, 2014.

⁹⁰ Vid. J. RIDAO, «La poderosa y alargada sombra de la STC 103/2008 sobre la Ley vasca de consulta en el ejercicio del «derecho a decidir» un nuevo marco político para Catalunya», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100, mayo-diciembre 2014.

⁹¹ *Ibid.*, págs. 2560 y 2561.

⁹² BOE n.º 64, de 16-3-2015.

tadas por el Gobierno del Estado y por el propio Tribunal Constitucional. Así se produjo la masiva manifestación civil del 11-9-2012, bajo el lema «Catalunya, nuevo Estado de Europa» y la aprobación en el Parlament de la Resolución 742/XI, de 27 de septiembre, que reclamaba *«la necesidad de que el pueblo de Catalunya pueda determinar libre y democráticamente su futuro colectivo»*, instándose al Gobierno a la convocatoria de una consulta al efecto.

Tras la subsiguiente convocatoria electoral de 2012, se produjo la firma de un Acuerdo de Gobernabilidad entre CIU y ERC de cara a la celebración de una consulta *«para que el pueblo de Catalunya se pueda pronunciar sobre la posibilidad de que Catalunya se convierta en un Estado en el marco europeo»*⁹³. Poco más tarde, el 23-1-2013 el Parlament aprobó la Resolución 5/X titulada «Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Catalunya, mediante la cual se daba inicio al proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir en el ámbito catalán⁹⁴. La novedad de la citada Resolución 5/X radica en el planteamiento efectivo de una hoja de ruta para el ejercicio del derecho de libre determinación y en la afirmación del principio democrático implícito en el derecho a decidir como actualización evidente del propio derecho de libre determinación reconocido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

El Tribunal Constitucional dictó el 25-3-2014 la STC 42/2014 en relación con la Resolución 5/X del Parlament de Catalunya, declarando inconstitucional y nula la cláusula primera de la Declaración que reafirmaba al pueblo de Catalunya como «sujeto político y jurídico soberano». Sin embargo, como subraya RIDAO, *«la STC 42/2014 incorpora un reconocimiento, novedoso y trascendente, del encaje constitucional del derecho a decidir, como un derecho que puede amparar la realización de actividades dirigidas a «preparar» o «defender» la separación de Catalunya e incluso a instar la consecución efectiva de ese objetivo en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, amparándose en la doctrina de la plena tangibilidad de las disposiciones constitucionales y distinguiendo, de forma novedosa y algo heterodoxa, entre el derecho a la autodeterminación y el derecho a decidir. El TC entiende el primero como la capacidad para decidir de manera directa y jurídicamente efectiva y jurídicamente efectiva la integración territorial de España, lo cual, como tal, no está reconocido en la Constitución española para los territorios integrantes del Estado. Y, por el otro, con-*

⁹³ Accord per a la transició nacional i per garantir l'estabilitat parlamentària del Govern de Catalunya, 19-12-2012, Anexo 1.

⁹⁴ Diari de Sessions del Parlament de Catalunya, X legislatura n.º 4, 23-1-2013.

cibe el derecho a decidir como la capacidad para manifestar una aspiración política que, si es canalizada mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional, se estima que tiene cabida en el marco de la Constitución»⁹⁵.

Frente a la madurez democrática observada en Québec y en Escocia, FILIBI sostiene respecto de la situación catalana que «es radicalmente falso que la ley no permita que se reconozca a estos pueblos y que puedan mostrar su voluntad política, sea la que sea. 28 Estados europeos han demostrado que, cuando una parte (Reino Unido) muestra que quiere dejar la Unión, son capaces de articular medidas para reconocer la voluntad del sujeto político afectado, tratar de alcanzar un acuerdo con cesiones importantes, prever un procedimiento que no prejuzga el resultado final y una salida en caso de desacuerdo. Si estos mismos Estados no hacen lo mismo con los pueblos que no tienen un Estado, lo que están diciendo es muy simple: obtengan su Estado, entonces sí les escucharemos. Y cuando ese proceso se inicie no sonará creíble que acusen de separatistas a quienes se habrán limitado a seguir su consejo»⁹⁶.

LÓPEZ BOFILL, por su parte, sostiene la superioridad del principio democrático sobre las reglas constitucionales formales: «aunque una norma constitucional (o la interpretación de esta norma constitucional) prohíba la secesión de una parte del territorio de un Estado, si la mayoría de los ciudadanos de este territorio expresan de forma clara la voluntad de crear un nuevo Estado con respeto a los derechos fundamentales y sin violencia, este acto tiene plena legitimidad y satisface los criterios establecidos por las normas de derecho internacional público»⁹⁷. De hecho, subraya que una eventual y habitual contradicción entre la sece-

⁹⁵ J. RIDAO, *ibid.*, págs. 2570 y 2571.

Vid. la visión crítica de E. FOSSAS sobre la STC 42/2014, en «Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Catalunya», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 101, 2014. Para FOSSAS, «la Sentencia no contiene ningún argumento convincente para justificar que la Resolución 5/X pueda ser objeto idóneo de la impugnación prevista en el Título V LOTC, pues le atribuye la producción de unos potenciales efectos jurídicos no vinculantes que no afectan ni a los ciudadanos ni al Gobierno». *Ibid.*, pág. 299.

Vid. J. RIDAO, «La juridificación del derecho a decidir en España. La STC 42/2014 y el derecho a aspirar a un proceso político del orden constitucional», *Revista de Derecho Político*, n.º 91, UNED, 2014.

⁹⁶ I. FILIBI, «Una reflexión sobre la autodeterminación», *Noticias de Gipuzkoa*, 6-4-2016.

⁹⁷ H. LÓPEZ BOFILL, «La evolución jurídica hacia un Estado propio», *Revista Catalana de Dret públic*, extra n.º 1, 2010, pág. 485.

sión y la norma constitucional del Estado originario no presupone la ilegitimidad de la secesión⁹⁸.

Otro autor catalán representativo nos recuerda que *«el perfil de los Estados actuales pocas veces resultó dibujado por ninguna Constitución o voluntad popular: Montesquieu nos dejó una teoría del dintorno democrático (separación del Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, etcétera) pero no de su contorno. De hecho, el trazado de las actuales fronteras es producto del azar y de la violencia: el semen de sus reyes, el pacto de sus señores y la sangre de sus súbditos. Ir desacralizando mitos fundacionales y proponer un referéndum sin violencia como forma de definir este ámbito me parece un fenomenal avance democrático. Y considerar por principio una aberración antidemocrática el que pueblos como el vasco o el catalán puedan decidir sobre su futuro votando «a la canadiense» me parece el mayor abuso que pueda hacerse de las palabras Constitución, Democracia o Libertad. ¿O es que tales términos sólo son sagrados cuando han sido con-sagrados a sangre y fuego por una historia que hoy todos reconocemos no apta para menores? ¿O es que cuando se trata de África las buenas fronteras han de haber sido trazadas por las potencias coloniales con la regla y el compás? ¿O es que sólo son demócratas las fronteras defendidas en Argelia o Turquía por unos militares golpistas que todos reconocen como impresentables? ¿O no será al fin y al cabo que aquel solitario «sectario de la intelectual» en la lista del doctor Canals forma hoy en España legión: una legión que no duda en anteponer un nacionalismo camuflado en Constitución a la expresión libre de los pueblos»⁹⁹.*

Más cerca en el tiempo, concretamente el 16-1-2014, la Resolución 479/X del Parlament de Catalunya aprobó la presentación ante la Mesa del Congreso de los Diputados de la «Proposición de Ley Orgánica de delegación a la Generalitat de Catalunya de la competencia para autorizar, convocar y celebrar un referéndum sobre el futuro político de Catalunya»¹⁰⁰. Con ello, se puso en práctica la previsión constitucional derivada del art. 150.2 de la Constitución de manera que fuera el propio Estado quien facilitara la delegación en una vía bilateral que pudiera facilitar el referéndum en cuestión. Como subraya RI-DAO, existe un cierto paralelismo, en cuanto a la tramitación, entre

⁹⁸ *Ibid.*, *Vid.*, adicionalmente, S. MANCINI, «Rethinking the boundaries of democratic secession: liberalism, nationalism, and the right of minorities to self-determination», *International Journal of Constitutional Law*, 6, n.º 3-4, July-October 2008.

⁹⁹ X. RUVERT DE VENTOS, «Yo no quiero queso; sólo salir de la ratonera», *El País*, 15-9-2007.

¹⁰⁰ Boletín Oficial del Parlament de Catalunya, X legislatura n.º 221 de 17-12-2013.

esta Proposición de Ley Orgánica y la tramitación de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Gernika en 2004 (rechazada sin motivación del desacuerdo por el Congreso)¹⁰¹, en cuanto al aspecto material, en relación con la Ley vasca 9/2008 (declarada inconstitucional mediante la STC 103/2008)¹⁰². Al igual que en los dos casos precedentes con respecto a Euskadi, la Proposición de Ley Orgánica fue rechazada por el congreso de los Diputados el 8-4-2014.

Es visible, por tanto, que tanto los intentos unilaterales como de carácter negociado o bilateral iniciados por Catalunya para ejercer o instar al ejercicio de su derecho de libre determinación han sido sistemáticamente rechazados por el Gobierno del Estado o, en su caso, anulados por el Tribunal Constitucional. En todas las ocasiones, se observa una utilización parcial y partidista del ordenamiento jurídico, manejando el mismo nunca con la voluntad de armonizar voluntades y solucionar un conflicto político, si no como mera excusa formal que evite cualquier pronunciamiento del pueblo catalán sobre su determinación política.

Los hitos políticos y jurídicos más recientes nos sitúan en idénticos términos. El 9-11-2015 el Parlament de Catalunya aprobó la Resolución I/XI sobre el inicio del proceso político en Catalunya como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015¹⁰³. La citada Declaración «*declara solemnemente el inicio del proceso de creación de un estado catalán independiente en forma de república*». La Declaración en su totalidad fue recurrida, declarada inconstitucional y anulada mediante Sentencia del TC 259/2015, de 2-12-2015¹⁰⁴, esgrimiendo una determinada y estrecha visión del principio de legalidad frente al universo abierto del principio democrático. Para la STC 259/2015, desde el punto de vista formal, «*la resolución impugnada en cuanto «declara solemnemente el inicio del proceso de creación de un estado catalán independiente en forma de república» y «proclama la apertura de un proceso constituyente ... para preparar las bases de la futura constitución catalana», en un anunciado marco de «desconexión» del Estado español, es susceptible de producir efectos jurídicos, ya que tales pronunciamientos pueden entenderse como el reconocimiento a favor de aquellos órganos y sujetos a los que encomienda*

¹⁰¹ En claro incumplimiento de lo dispuesto en los arts. 151.2 de la Constitución y 137 del Reglamento del Congreso. Ambos preceptos obligaban al Congreso a motivar y notificar al Parlamento Vasco los motivos del desacuerdo para propiciar un eventual acuerdo, lo cual nunca se hizo.

¹⁰² J. RIDAO, *ibid.*, págs. 2575.

¹⁰³ Boletín Oficial del Parlament de Catalunya, XI legislatura, n.º 7, de 9-11-2015.

¹⁰⁴ BOE n.º 10, de 12-1-2016.

llevar a cabo esos procesos, especialmente el Parlamento y el Gobierno de la Comunidad Autónoma, «de atribuciones inherentes a la soberanía superiores a las que derivan de la autonomía reconocida por la Constitución a las nacionalidades que integran la Nación española» (STC 42/2014, FJ 2). Entre otras manifestaciones, resulta expresiva de dicho reconocimiento, en este caso, la autocalificación del Parlamento de Cataluña «como depositario de la soberanía y como expresión del poder constituyente» (apartado sexto)»¹⁰⁵.

En el ámbito material, la STC 259/2015 reitera una visión de la soberanía ajena, totalmente, a la corrientes más modernas y a la dilución de la soberanía en el ámbito de la UE: *«en otras palabras, «los ciudadanos de Cataluña no pueden confundirse con el pueblo soberano concebido como ‘la unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fuente de la Constitución y del Ordenamiento’ (STC 12/2008, FJ 10)» [STC 31/2010, FF JJ 9 y 11]. Que tal aspiración política puede ser defendida respetando la Constitución y, singularmente, los procedimientos para su revisión formal cabe reiterarlo ahora»¹⁰⁶.*

Dicha hipótesis potencial es eliminada, de inmediato, por el TC en un ejercicio de defensa constitucional numantina, ajena a la vigente situación de soberanía compartida en la UE o a la sistemática dilución de la soberanía en aplicación de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE. Así, la STC 259/2015 sostiene que *«el «imperio de la Constitución como norma suprema» (STC 54/1983, de 21 de junio, FJ 2, y, antes aún, STC 16/1982, de 28 de abril, FJ 1), declarado expresamente por su artículo 9.1, trae causa de que la Constitución misma es fruto de la determinación de la nación soberana por medio de un sujeto unitario, el pueblo español, en el que reside aquella soberanía y del que emanan, por ello, los poderes de un Estado (art. 1.2 CE). Este ha de ser concebido como el conjunto de instituciones y órganos que ejercen, en todo el territorio, poder público y en el que se integran también, por tanto, las Comunidades Autónomas (STC 35/1982, de 14 de junio, FJ 2, y múltiples resoluciones ulteriores en igual sentido). La soberanía de la nación, residenciada en el pueblo español, conlleva necesariamente su unidad y así lo proclama, como es notorio, el art. 2 CE, de acuerdo con el cual la propia Constitución «se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos*

¹⁰⁵ Fundamento Jurídico 2.º STC 259/2015.

¹⁰⁶ Fundamento Jurídico 3.º STC 259/2015. Este aspecto, obviamente, es aceptado por el TC como una mera hipótesis potencial que obvia u omite la práctica habitual del Estado siquiera para facilitar una eventual delegación de la competencia en estas materias.

los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas». La unidad del sujeto soberano es fundamento de una Constitución mediante la que la nación misma se constituye, al propio tiempo, en Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE y, entre otras, STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3). Se trata de un Estado también único o común para todos y en todo el territorio, sin perjuicio de su articulación compuesta o compleja por obra del reconocimiento constitucional de autonomías territoriales»¹⁰⁷.

La STC 259/2015 define la soberanía como única, insusceptible de compartición y en clara yuxtaposición con cualquier otro concepto identitario o de subjetividad política: *«en el actual ordenamiento constitucional solo el pueblo español es soberano, y lo es de manera exclusiva e indivisible, a ningún otro sujeto u órgano del Estado o a ninguna fracción de ese pueblo puede un poder público atribuirle la cualidad de soberano. Un acto de este poder que afirme la condición de ‘sujeto jurídico’ de soberanía como atributo del pueblo de una Comunidad Autónoma no puede dejar de suponer la simultánea negación de la soberanía nacional»¹⁰⁸. (...) «El sometimiento de todos a la Constitución es «otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta vez como poder constituyente» [SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ 18, y 238/2012, de 13 de diciembre, FJ 6 b)]. En el Estado constitucional, el principio democrático no puede desvincularse de la primacía incondicional de la Constitución, que, como afirmó este Tribunal en la STC 42/2014, FJ 4 c), «requiere que toda decisión del poder quede, sin excepción, sujeta a la Constitución, sin que existan, para el poder público, espacios libres de la Constitución o ámbitos de inmunidad frente a ella»¹⁰⁹.*

La visión que consagra esta Sentencia del TC vuelve a asumir la Constitución como un texto que condiciona de manera radical cualquier ejercicio del principio democrático. Es un aspecto que, desde mi punto de vista, desconoce las lecturas más modernas y actualizadas del concepto de soberanía, al tiempo que tiende a limitar los derechos de libertad política e ideológica a aquellos marcos estrictamente definidos en un marco constitucional pétreo, inadaptable a la realidad política. Esta visión desconoce u obvia, igualmente, la posibilidad constitucional de delegar la competencia sobre convocatoria de referéndum, de acuerdo con el art. 150 de la Constitución. Ello debiera implicar que,

¹⁰⁷ Fundamento Jurídico 4.º STC 259/2015.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

como vengo sosteniendo, la cuestión es susceptible de negociación política y pacto, de manera que la Constitución no debiera actuar como límite impositivo si no como punto de encuentro y búsqueda de soluciones a los problemas políticos que nos rodean.

Tiempo antes, ya en 2012, RUBIO LLORENTE avanzaba con toda claridad en referencia a Catalunya que «*si desea la independencia una minoría territorializada no se pueden oponer obstáculos formales. Pero hay que averiguar la existencia, amplitud y solidez de esta supuesta voluntad popular*»¹¹⁰. En términos similares sobre la importancia del principio democrático nos manifestábamos un grupo de profesores vascos: «*en este asunto de la autodeterminación las exigencias democráticas funcionan de la siguiente manera. Hay democracia cuando una nación puede decidir sobre su autogobierno. Es decir la democracia hace referencia a la autonomía para decidir. No a los resultados de la decisión. En el terreno de los derechos individuales, hay democracia cuando cada ciudadano puede libremente elegir a varios candidatos. El hecho de que elija a uno u otro es algo indiferente desde una evaluación democrática. En lo referido a la autodeterminación la situación es la misma. Hay democracia cuando el conjunto de individuos que conforman una comunidad, en este caso una comunidad nacional, tienen irrestricta capacidad para colectivamente decidir sobre cómo quieren autogobernarse. Irrestricta capacidad quiere decir que ningún poder político —ni de ninguna otra clase— externo a esa comunidad, debe decidir si la misma tiene esa capacidad decisoria y cómo y hasta dónde debe ejercerla. Lo que en concreto decida luego esa comunidad en el ejercicio de esa capacidad, de ese derecho de ejercicio colectivo, no es asunto que afecte a la democracia siempre que se salvaguarden los derechos fundamentales de todos*»¹¹¹.

Con la designación del último Gobierno de la Generalitat, la voluntad soberanista del Parlament y de la Generalitat ha continuado manifestándose. También, como es conocido, la negativa del Gobierno del Estado a cualquier avance o búsqueda de encuentro. En concreto, el 7-4-2016, el Parlament de Catalunya aprobó una moción reiterando el contenido básico de la Declaración soberanista del 9-11-2015, en la que el Parlament «*ratifica su firme voluntad de seguir llevando a cabo las actuaciones necesarias previstas y aprobadas por este Parlamento, para alcanzar y culminar democráticamente la independencia de Cata-*

¹¹⁰ F. RUBIO LLORENTE, «Un referéndum para Catalunya», *El País*, 8-10-2012.

¹¹¹ P. IBARRA, J.M. CASTELLS, X. EZEIZABARRENA y J. OLASKOAGA, «¡¡¡Un referéndum secesionista!!!», *Noticias de Gipuzkoa*, 29-6-2012.

luña, y por todo ello, reitera los objetivos contenidos de la declaración del 9 de noviembre de 2015».

En este mismo sentido, es de interés la opinión de LASAGABASTER que subraya el principio democrático como elemento central del Derecho Público: «*la idea de democracia debe constituir el núcleo central de las elaboraciones jurídicas del Derecho público*»¹¹².

Es evidente que el principio democrático forma parte nuclear del proceso abierto en Catalunya y del derecho de libre determinación eufemísticamente rebautizado como derecho a decidir. En el plano jurídico, desde mi punto de vista, no existe prohibición expresa en la Constitución sobre un referéndum o consulta popular¹¹³. De hecho, el marco constitucional vigente para acometer cualquier eventual juicio de constitucionalidad sobre una posible convocatoria a la ciudadanía es igualmente preciso, incluso desde el punto de vista estrictamente procesal. Tanto es así, que la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional subraya en su art. 33, respecto de los juicios de constitucionalidad, la necesidad de «*precisar el precepto constitucional que se entiende infringido*». Esto significa que el juicio de constitucionalidad de un acto o norma no se hace de manera abstracta o indefinida. Al contrario, se hace en el ámbito completo del bloque de constitucionalidad, atendiendo, como es obligado, al principio constitucional de competencia y, por último, con la necesidad imperativa de precisar cuál sea el precepto constitucional infringido. No cabría inconstitucionalidad, por tanto, ante la inexistencia de prohibición de la Constitución en la materia. Menos, si cabe, en tanto en cuanto existan habilitaciones constitucionales, estatutarias y con rango de Ley autonómica, para proceder a convocar una consulta o referéndum de las características apuntadas. Estamos, una vez más, en el ámbito de la necesaria negociación política¹¹⁴.

¹¹² I. LASAGABASTER, «Consulta o referéndum. La necesidad de una nueva reflexión jurídica sobre la idea de democracia», LETE, Bilbao, 2008, pág. 10.

¹¹³ En sentido muy similar, *vid.*, M. VILAJOSANA, «Principi democràtic i justificació constitucional del dret de decidir», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, n.º 19, 2014.

¹¹⁴ El TC rechaza nuevamente dicha tesis y un nuevo Auto de 14-2-2017 ha anulado la Resolución 306/XI del Parlament de Catalunya sobre la convocatoria de un referéndum en 2017, notificándose el mismo al Parlament y a la Fiscalía con respecto a eventuales responsabilidades penales de los miembros de la Mesa del Parlament.

VI. Euskal Herria y los Derechos Históricos¹¹⁵

La institución jurídica de los Derechos Históricos del pueblo vasco y de sus Territorios presenta, como veremos, la virtualidad formal y material de reconocer una determinada identidad política, dotarla de subjetividad y competencias y, en consecuencia, facilitar la vía del pacto bilateral con el Estado desbordando el Título VIII de la Constitución. Ello implica, como veremos, que los Derechos Históricos pueden facilitar y legitimar, igualmente, el ejercicio del derecho de libre determinación, particularmente mediante negociación y pacto bilateral en aplicación de la subjetividad política y nacional que se reconoce al pueblo vasco y a sus territorios. El Parlamento Vasco ha reclamado el derecho de libre determinación del pueblo vasco en diversas ocasiones¹¹⁶.

Este planteamiento estaba presente, de manera incipiente para Euskal Herria occidental (Territorios de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa), en la Propuesta de Reforma del Estatuto de Euskadi aprobada el 30-12-2004 por el Parlamento Vasco¹¹⁷ y rechazada posteriormente por las Cortes Generales en 2005 sin manifestación escrita de los motivos de la disconformidad en contra del art. 137 del Reglamento del Congreso. También se encontraba presente un planteamiento similar y coherente con lo anterior en la Ley vasca 9/2008, de 27 de junio, «de convocatoria y

¹¹⁵ Vid. X. EZEIZABARRENA, «Los Derechos Históricos de Euskadi y Navarra ante el Derecho Comunitario», Azpilkueta, *Cuadernos de Derecho*, n.º 19, Eusko Ikaskuntza, 2003.

I. LASAGABASTER, «Consulta o referéndum. La necesidad de una nueva reflexión jurídica sobre la idea de democracia», LETE, Bilbao, 2008.

¹¹⁶ Vid., entre otras, la Proposición no de Ley 100/2014, de 29-5-2014, y la Proposición no de Ley de 15-2-1990.

¹¹⁷ X. EZEIZABARRENA, «Derechos Históricos y Derecho Comunitario ante la Propuesta del Lehendakari», en «Jornadas de Estudio sobre la Propuesta Política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe», IVAP, Oñati, 2003.

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»¹¹⁸.

Estas consideraciones y las que realizaré a continuación pueden verse fortalecidas a la luz de los nuevos acontecimientos políticos que han sucedido en Euskal Herria en los últimos tiempos y, particularmente, como consecuencia del cese de la violencia terrorista por parte de ETA formalizado el 10-1-2011. Este aspecto es relevante en el marco de cualquier ejercicio de determinación política en el ámbito vasco, si consideramos que ha sido habitual escuchar la argumentación política consistente en que cualquier decisión a tal efecto requeriría de la desaparición de la violencia de ETA. Verificada y asentada en el tiempo dicha desaparición objetiva de la violencia de ETA, parece razonable que la discusión política pueda canalizarse en términos racionales y de pura legitimidad política y democrática. La sociedad civil vasca también ha trabajado en el ámbito del derecho de libre determinación rebautizado social y políticamente por el concepto de derecho a decidir¹¹⁹. También desde el ámbito académico vasco se trabaja sobre el concepto¹²⁰.

A este respecto, son particularmente ilustrativas las recientes palabras de GALDOS, cuando sostiene la necesidad de mirar más allá de las consultas o de un referéndum sobre el ejercicio del derecho a decidir: *«Aquí parecemos anclados en la metáfora monzoniana de Maltzaga. Vayamos juntos allá y luego ya veremos. Y en ella parecen inspiradas muchas de las iniciativas de las últimas décadas. Yo nunca la he compartido. Considero que urge empezar a pensar —a diseñar, a pactar— qué es lo que queremos después de Maltzaga. La ciudadanía necesita saberlo. Las consultas están muy bien. Votaremos con ilusión cuando nos convoquen. La reivindicación del derecho a decidir es algo que nunca debemos dejar de lado. Pero sin un proyecto de futuro que sea ilusionante, viable, corre el riesgo de convertirse en un brindis al sol»*¹²¹.

Como veremos, los Derechos Históricos vascos pueden contribuir a tal fin y constituirse en herramienta útil para el reconocimiento de la

¹¹⁸ Ley 9/2008, declarada inconstitucional mediante STC 103/2008.

¹¹⁹ Entre otras, cabe destacar la iniciativa social «Gure Esku Dago» («Está en nuestras manos»), <https://gureeskudago.eus>

¹²⁰ Vid. VV.AA, «Naciones y Estados en el siglo XXI: democracia y derecho a decidir», *Revista Internacional de Estudios Vascos, Cuadernos*, n.º 11, 2015. <http://www.eusko-ikaskuntza.org/es/publicaciones/colecciones/monografias/eusko/publicacion.php?o=24321>

¹²¹ I. GALDOS, «Tiempo de consultas», *Noticias de Gipuzkoa*, 18-5-2016.

subjetividad política vasca y para su ejercicio democrático. El estudio de la doctrina sobre la materia ratifica la existencia de un reconocimiento de subjetividad política en los Derechos Históricos vascos que puede servir, tanto para el reconocimiento de una relación bilateral con el Estado, como para canalizar el ejercicio de la libre determinación de los vascos en el marco del Derecho Internacional Público vigente¹²².

Analizaremos antes brevemente el antecedente del denominado «pase foral», recientemente rescatado del olvido político por el Lehendakari Urkullu¹²³.

1. El antecedente histórico del «Pase foral»

La peculiaridad de la foralidad pública de Euskal Herria ha mantenido una constancia histórica y común más que patente en los textos normativos y constitucionales hasta nuestros tiempos contemporáneos¹²⁴.

¹²² Art. 1 de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Euskadi: «Como parte integrante del pueblo vasco o Euskal Herria, las ciudadanas y ciudadanos que integran los territorios vascos de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa, en el ejercicio del derecho a decidir libre y democráticamente su propio marco de organización y de relaciones políticas, como expresión de la nación vasca y garantía d autogobierno, se constituyen en una comunidad vasca libremente asociada al Estado español, en un marco de libre solidaridad con los pueblos que lo componen, bajo la denominación de Comunidad de Euskadi o Euskadi, a los efectos del presente Estatuto».

¹²³ Durante la sesión de control al Gobierno en el Parlamento Vasco, 22-4-2016.

¹²⁴ Vid. ANTOINE D'ABBADIE de forma sorprendente en algunos aspectos, y puesta hoy de manifiesto por G. MONREAL en su interesante trabajo «El ideario jurídico de Antoine d'Abbadie», *Euskonews & Media*, n.º 16, <http://www.euskonews.com>.

En referencia al concepto de «Constitución histórica» desarrollado por D'ABBADIE, MONREAL recoge que «la superioridad de la constitución histórica la ve expresada y confirmada en dos formaciones políticas. En Inglaterra, el imperio más grande de la época, y en Vasconia, un pequeño país fragmentado en dos Estados y subdividido internamente en entidades poco relevantes.

Inglaterra, con 23 millones de Km2 de extensión, era a la sazón la gran potencia mundial, modélica por su prosperidad creciente. Y para admiración de los franceses y de los continentales en general tiene un Derecho singular, integrado por el Common Law —que para d'Abbadie son «costumbres o fueros»— y el Statute Law, o actos del Parlamento. Aporta nuestro autor una definición del Common Law, en la línea de Le Play («una costumbre de tal modo antigua que la memoria de ningún hombre corre en contrario»).

El segundo modelo de referencia constante es la constitución histórica de la Vasconia española. «Nacida de la experiencia y de la sabiduría de los siglos», se habría ido formando lentamente. Aquí sí cita expresamente a Le Play que «había llegado a la conclusión inesperada de que las mejores leyes de Europa se encuentran en algunos cantones

Una de sus manifestaciones más relevantes es, precisamente, la figura del denominado «pase foral», como figura propia del Derecho Público en Euskal Herria, manifestación inequívoca de nuestros Derechos Históricos y, en suma, forma de corrección o resistencia frente a los ejecutivos por parte de las Juntas Generales de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, así como por la Diputación del Reino de Navarra.

En origen, el antecedente histórico del «pase foral» se sitúa en Castilla según GÓMEZ RIVERO¹²⁵. Para este autor, es a partir de las Cortes de Burgos de 1379, Briviesca 1387 y de la Pragmática de Enrique III de 1397 cuando se generaliza el no cumplimiento de las disposiciones de gobierno contrarias a Derecho (se dice obedecer pero no se cumple). Se trataba, en suma, de una suspensión de la aplicación de la normativa hasta que se produjera una resolución sobre el conflicto.

Con la vinculación vasca a la Corona de Castilla en los siglos XIII y XIV, Castilla influye decisivamente en el Derecho de los territorios vascos. A causa de ello, se trasvasa la fórmula de «obedecer, pero no cumplir». Así se recoge, inicialmente en el Fuero Viejo de Vizcaya de 1452 (Ley XV), en el Fuero Nuevo de 1526 («no cumplimiento de cartas «desaforadas») o en la Nueva Recopilación de Fueros de Gipuzkoa en 1696. En Navarra, el derecho de sobrecarta ejercido por el Consejo Real se va limitando desde 1556. Es en la primera mitad del siglo XVII cuando surge el «pase foral» como fórmula de conocimiento que debe tener la Diputación del Reino sobre cualquier disposición con anterioridad a que el Consejo Real pudiera ejercer su «sobrecarta». En Álava, la plasmación real del «pase foral» no se produce hasta el siglo XVIII (Real Cédula de 1703). Para el propio GÓMEZ RIVERO, la figura da comienzo a su iter histórico en Gipuzkoa en la Ordenanza de la Junta General de

suizos y en las Provincias Bascongadas de España, parte de cuyas leyes no están escritas, debiendo su fuerza a esta circunstancia, que permite modificarlas lentamente, según los cambios de las costumbres e ideas».

D'Abbadie llega a participar de la idea de que los orígenes de la constitución histórica inglesa están relacionados no con los anglos, jutos y sajones, que llegaron a la isla en el siglo VI y conformaron un sistema que durará cinco siglos, sino con los vascos, en «relaciones [de los británicos] con nosotros». Aludiendo genéricamente a historiadores ingleses que no cita, indica que «durante su dominación [la de los ingleses] en Guyena desde el siglo XII en adelante, los ingleses se iniciaron en la sabiduría de sus vecinos los bascos. Desde el siglo siguiente se adoptó aquella [la constitución vasca] en las riberas del Támesis, y hasta hoy es fácil mostrar la identidad de muchas ideas fundamentales que hay en nuestros viejos fueros y las leyes inglesas».

¹²⁵ R. GÓMEZ RIVERO, «El pase foral en Guipúzcoa en el siglo XVIII», Donostia, 1982.

R. GÓMEZ RIVERO, «Análisis comparado del pase foral en el País Vasco a partir del siglo XVIII», Boletín de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País, XXXIX, 1983.

Usarraga de 1473, estipulándose que Gipuzkoa no cumplirá ninguna disposición real que constituyera «desafuero» o «contrafuero».

Según la expresión juntera, el «pase foral» es la «llave maestra de los fueros» para preservar el Derecho vigente en cada territorio foral, con posibilidad abierta de recurso contra cualquier disposición contraria al Derecho de las provincias vascas.

Para el propio GÓMEZ RIVERO, la abolición del «pase foral» comienza a consumarse con la crisis del Antiguo Régimen en Euskal Herria. En el caso de Navarra, una Real Orden de 14-5-1829 suprime el «pase foral», al dar prioridad de ejecución a todas las cédulas y órdenes en beneficio de la Monarquía y por encima de cualquier fuero navarro. La Diputación se opuso a dicha Real Orden y solicitó a la Reina la revocación de la misma. La desaparición definitiva del «pase» se consuma con la Ley de Fueros de 1841. En Alava, Bizkaia y Gipuzkoa la prerrogativa se eliminó igualmente en 1841, mediante Orden de la Regencia Provisional de 5-1-1841, según la cual el pase foral era «*depresivo de la potestad de las Cortes, de la autoridad del Gobierno Supremo, de la fuerza de la cosa juzgada y de la independencia de los tribunales*». En respuesta a lo anterior, el 26-1-1841 se reunieron en Bergara las tres Diputaciones Forales tras lo cual se acordó remitir a la regencia unas alegaciones al respecto, entregándose el escrito al General Espartero el 11-2-1841, que llegó a tildar la cuestión de «ridícula». Aquella Orden trajo consigo una gran agitación social y política en el país, al intuirse en todo ello una erosión constante de los Derechos Históricos. Finalmente es el artículo 8 del Decreto de 29-10-1841 el que afirma literalmente que «*las Leyes, las disposiciones del Gobierno y las providencias de los tribunales se ejecutarán en las provincias Vascongadas sin ninguna restricción, así como se verifica en las demás provincias del Reyno*».

En 1978 el reconocimiento por la Constitución de los Derechos Históricos vascos puso de manifiesto algunas curiosidades. Así, LOPERENA¹²⁶, ha destacado la similitud entre la Disposición Adicional 1.^a de la Constitución de 1978 y la Ley de 25 de Octubre de 1839¹²⁷. Si, como

¹²⁶ D. LOPERENA, «Derecho histórico y régimen local de Navarra», Gobierno de Navarra, 1988, pág. 37.

¹²⁷ Ley de 25 de Octubre de 1839.

«Artículo 1.º Se confirman los Fueros de las provincias Vascongadas y de Navarra sin perjuicio de la unidad Constitucional de la Monarquía.

Art. 2.º El Gobierno tan pronto como la oportunidad lo permita, y oyendo antes a las provincias Vascongadas y a Navarra, propondrá a las Cortes la modificación indispensable que en los mencionados fueros reclame el interés general de las mismas, conciliándolo con el general de la Nación y de la Cons-

sostiene este autor, la Ley de 25-10-1839 confirma los fueros vascos y navarros a un tiempo y mediante un sistema absolutamente común, la DA 1.^a ampara y respeta los Derechos Históricos de los citados territorios, llegando a constitucionalizar, con matices, el concepto mismo de «pase foral» en la actualidad. Como sostiene LOPERENA, *«una remite a una futura ley su adaptación a los mínimos de uniformidad que exigía la Constitución, y la otra con distinta expresión contiene idéntica propuesta. No debe seguir confundiendo actualización de los derechos históricos con puesta en vigor de normas o instituciones del Antiguo Régimen, ya que la actualización en 1839 y en 1978 implica, simplemente, la adaptación del autogobierno foral a los parámetros convencionales e institucionales establecidos en la Constitución. Ello significa necesariamente que el desarrollo normativo de la D. Ad. 1.^a admite distintas opciones políticas, diferentes respuestas legislativas; así, los «derechos históricos» (salvado el núcleo irreductible que protege la garantía institucional de los mismos) podrán dar lugar a regímenes forales sustancialmente distintos con el transcurso del tiempo en virtud de las sucesivas actualizaciones»*¹²⁸.

Estos aspectos contienen implicaciones jurídicas fundamentales a la hora de interpretar en la actualidad las diversas perspectivas y consecuencias prácticas del concepto de Derechos Históricos y del propio «pase foral» como garantía de su sistema bilateral de relaciones¹²⁹.

titución de la Monarquía, resolviendo entretanto provisionalmente, y en la forma y sentido expresados, las dudas y dificultades que puedan ofrecerse, dando de ello cuenta a las Cortes».

¹²⁸ D. LOPERENA, «Derecho histórico y régimen local de Navarra», op. cit., pág. 37.

¹²⁹ Concepto que, por otro lado, sin habilitación constitucional en el País Vasco continental, también subyace en las palabras de M. LAFOURCADE respecto a la peculiar forma identitaria de los territorios vasco-franceses: *«Dans une Europe en pleine mue, les Etats-nations, constructions artificielles, semblent aujourd'hui dépassés. Les revendications identitaires des minorités sont universelles. Pour éviter toute homogénéisation culturelle, chaque peuple doit prendre conscience de sa réalité et, pour cela, connaître son passé et retrouver son identité qu'il doit conserver tout en s'adaptant à la société moderne. Or, le peuple basque, plus que tout autre, possède des caractères propres qu'il a préservés tout au long de son histoire, du moins en Iparralde jusqu'à la Révolution de 1789.*

Son système juridique, qui servait de fondement à son organisation sociale, ne fut pas influencé par le Droit romain qui, partout ailleurs en Europe occidentale, modifia profondément la tradition juridique populaire. Conçu par et pour une population rurale, il a été élaboré à partir des maisons auxquelles s'identifiaient les familles et qui, comme elles, se perpétuaient à travers les siècles, donnant à la société basque une grande stabilité»; vid. su trabajo «Iparralde ou las provincias du Pays Basque nord sous l'ancien régime», Euskonews & Media, n.º 3, <http://www.euskonews.com>

Como cuestión adicional, conviene acudir a la Constitución española para analizar el tenor de su Disposición Derogatoria Segunda enlazando la misma con lo anterior. Dicha disposición afirma que «*en tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876*».

Cuando la Disposición Derogatoria 2.^a CE deroga expresamente la Ley de 25 de Octubre de 1839 para Álava, Gipuzkoa y Bizkaia, el constituyente deja entrever cuáles son los prejuicios que posteriormente caracterizarán a los sucesivos gobiernos centrales en la interpretación de los regímenes autonómicos vasco y navarro, junto a los que también han caracterizado a buena parte del nacionalismo vasco en la interpretación llevada a cabo sobre las relaciones de los Territorios Forales con el Estado¹³⁰. Fruto de los mutuos desencuentros nos encontramos ante una gran paradoja en la historia del constitucionalismo español.

Si la Disposición Derogatoria 2.^a de la Constitución de 1978 deroga la Ley confirmatoria de Fueros de 1839, esto supone contradecir expresamente el reconocimiento de amparo y respeto de los Derechos Históricos de Euskal Herria que acomete la DA 1.^a CE líneas antes. La solución técnica es incomprensible sin atender a los prejuicios políticos citados. Pero, además, la derogación antedicha sólo afecta a los territorios forales de Álava, Gipuzkoa y Bizkaia. Nada se dice de Navarra. ¿Debemos entender, en tal sentido, que la Ley confirmatoria de Fueros de 25 de octubre de 1839 se mantiene vigente para Navarra? ¿Una especie de «pase foral» al cuadrado para la Navarra constitucional contemporánea? Las respuestas jurídicas podrían ser diversas, si olvidáramos la realidad política de desencuentros que marcan históricamente la realidad de la foralidad pública vasca hasta nuestros días. La misma polémica de desencuentros históricos se vio tristemente reproducida en el proceso constituyente¹³¹.

Los Derechos Históricos de Euskal Herria constituyen la vía de tránsito del concepto histórico del propio «pase foral» a la integración constitucional de determinados territorios que mantuvieron a lo largo de ese *iter* un tracto voluntario e ininterrumpido de vocación política y jurídica pública. Lo común de ambas figuras es su naturaleza de pacto

¹³⁰ Debe recordarse que la Ley de 25 de Octubre de 1839, titulada confirmatoria de fueros, fue considerada por gran parte del nacionalismo vasco como abolitoria.

¹³¹ Vid. V. TAMAYO SALABERRÍA, «La autonomía vasca contemporánea. Foralidad y estatutismo 1975-1979», IVAP, 1994, pág. 617.

bilateral entre iguales. NIETO ARIZMENDIARRIETA afirma que *«la foralidad, la primacía del Fuero como fuente jurídica, sólo alcanza naturaleza de rasgo diferencial cuando se contrapone, ya en la época moderna, con las nuevas categorías jurídico-políticas de Estado y de Soberanía. En la época medieval, por el contrario, la foralidad era el rasgo común de los ordenamientos jurídicos»*¹³².

La entrada en el siglo XIX supuso, finalmente, una clara regresión centralizadora para el concepto común foral que regía en España en dicha época, gracias a la formación del Estado liberal. Las instituciones propias de nuestros territorios forales, sus exenciones fiscales y de deberes militares, sus especificidades aduaneras, algunas peculiaridades procesales y el Derecho Civil foral no fueron entendidos desde el uniformismo centralista del nuevo Estado liberal¹³³. La Ley de 25 de octubre de 1839, la Ley Paccionada de 1841, la última guerra carlista del siglo XIX y la Ley de 21 de Julio de 1876 marcaron el paso a un nuevo siglo que volvió a reiterar los mismos choques y dificultades reiterados anteriormente.

HERRERO DE MIÑÓN y T. R. FERNÁNDEZ, sostienen que los Derechos Históricos vascos superan, como concepto, una suma aritmética de competencias e instituciones. De los ejemplos históricos de «pase foral» se concreta, en la actualidad, la existencia de un verdadero concepto político-jurídico preexistente incluso a la realidad constitucional actual e inderogable por tanto de forma unilateral dada su naturaleza jurídica pactada o contractual¹³⁴.

J. CRUZ ALLI, durante su intervención en el debate de la Comisión General de las Comunidades Autónomas durante 1994, alude implícitamente a esta figura con carga política y jurídica. El entonces Presidente del Gobierno de Navarra hizo saber al Presidente del Gobierno central de las eventuales consecuencias de los ataques infligidos desde Madrid al pacto que implican los Derechos Históricos para los Territorios Forales, implicados de forma común en dicho pacto y en el espíritu de soberanía compartida o «pase foral» que suponen los Derechos Históricos de los territorios vascos.

En referencia directa a un conflicto de constitucionalidad suscitado por el ejecutivo estatal contra aplicaciones competenciales de Navarra

¹³² E. NIETO ARIZMENDIARRIETA, «Reflexiones sobre el concepto de Derechos Históricos», *RVAP*, n.º 54, 1999, págs. 142 y 143.

¹³³ Todos ellos son ejemplos concretos de la institución del «pase foral».

¹³⁴ Véanse M. HERRERO DE MIÑÓN, «Derechos Históricos y Constitución», Taurus, 1998 y T.R. FERNÁNDEZ, «Los Derechos históricos de los territorios forales», Civitas, 1985.

en desarrollo de los Derechos Históricos de la Disposición Adicional 1.^a CE, J. CRUZ ALLI sostuvo que: «*un hipotético (y siempre posible) pronunciamiento del Tribunal Constitucional favorable a la tesis que sostiene el Gobierno, señor Presidente, supondría plantear una gravísima cuestión de Estado, puesto que atentaría de forma radical y sustancial a la soberanía fiscal navarra, a sus derechos históricos y al modo en que Navarra se ha venido integrando dentro del Estado, y que ha venido siendo reconocido por los diferentes regímenes desde que se dicta la Ley Confirmatoria de los Fueros de 1839.*

En tal supuesto, señor Presidente, la Comunidad Foral de Navarra no iba a estar sola; cualquier pronunciamiento del Tribunal Constitucional que pusiera en duda o riesgo las facultades y derechos históricos de Navarra suscitaría, sin duda alguna y de forma inmediata, la plena solidaridad de las diputaciones forales, de los territorios históricos vascos y de su propio Gobierno. Todo ello provocaría un grave problema de enfrentamiento con el Estado»¹³⁵.

¹³⁵ Diario de Sesiones del Senado, V Legislatura, Comisiones, N.º 128, 1994, págs. 62 y 63, Comisión General de las Comunidades Autónomas, sesión celebrada el 26-9-1994. Las palabras de J. CRUZ ALLI vuelven a mostrar la naturaleza paccionada de los Derechos Históricos y las eventuales consecuencias ulteriores de su hipotética violación desde el Estado: «*Señor Presidente (y con esto acabo), cuando se produjo esta impugnación hubo quienes, quizás desde un navarrismo exacerbado, pero no carente a veces de fundamento, recordaron un episodio que exactamente el año pasado había celebrado su centenario, la Gamazada. La Gamazada, que es un episodio que su señoría no conoce (y el señor Rubial sonríe, porque también lo conocen los ciudadanos de la Comunidad Autónoma vasca), fue muy importante en el respeto por parte del régimen liberal de los convenios económicos y de ese hecho diferencial que ha caracterizado a la foralidad vasca y a la foralidad navarra.*

Desde el Gobierno de Madrid se pretendió imponer un sistema fiscal, sin contar con el pacto, sin contar con la negociación, y eso provocó, señor Presidente, una sublevación civil. Incluso hubo quien levantó una partida, pero se le mandó a casa. Y los navarros recibidos, como timbre de gloria, el ver que en el manifiesto foral que apoyó aquella oposición a la decisión del Gobierno de Madrid estaban nuestros abuelos, estaban nuestros bisabuelos. Somos, señor Presidente, un pueblo con memoria histórica, que la ejercitamos y la tenemos viva.

Y me voy a referir a una anécdota, y con esto acabo, señor Presidente. La primera vez que se lució en público una ikurriña fue de la mano de Sabino Arana en aquella manifestación apoyando desde el vizcainismo la defensa de la foralidad de Navarra.

Por eso, señor Presidente, cuando ayer hacía una referencia a un problema que puede convertirse en común, lo hacía, no con historicismos, sino recordando aquello de Cicerón de que la historia es la maestra de la vida, y aquello que también dijo alguien: que el pueblo que no tiene sentido de la historia está privado de tener sentido del porvenir.

Muchas gracias, señor Presidente. (Aplausos)».

Diario de Sesiones del Senado, V Legislatura, Comisiones, N.º 129, 1994, pág. 31, Comisión General de las Comunidades Autónomas, sesión celebrada el 27-9-1994.

2. Los Derechos Históricos en la Constitución española y en los Estatutos

Disp. Adicional 1.^a CE:

«La Constitución ampara y respeta los Derechos Históricos de los Territorios Forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, **en el marco**¹³⁶ de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía».

Disp. Adicional del Estatuto de Gernika¹³⁷:

«La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, **que podrán ser actualizados** de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico».

Estos tres preceptos facilitan la argumentación jurídica necesaria para profundizar en una relación de bilateralidad entre Euskal Herria y el Estado, sobre la base de la mutua lealtad y mediante una actualización parcial y/o general de los citados Derechos Históricos y las competencias correspondientes. La virtualidad de este reconocimiento estriba en las siguientes consideraciones jurídicas:

1. Nos encontramos ante un régimen singular, que ya ha ratificado su virtualidad bilateral en el caso del Concierto y el Convenio económicos¹³⁸.

¹³⁶ La interpretación actualizada del término «en el marco» resulta fundamental si consideramos, como vengo sosteniendo, que el marco de la Constitución ha cambiado sustancialmente en la UE. A estos efectos, el marco no es el título VIII ni toda la Constitución. El único «marco» inderogable, desde mi perspectiva, es el de los Derechos Fundamentales reconocidos y asumidos internacionalmente a través de los Tratados de la UE y del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹³⁷ Disp. Adicional 1.^a de la Ley Orgánica 13/1982, de Reintegración y Ameyoramiento del Régimen Foral de Navarra: «*La aceptación del régimen establecido en la presente Ley Orgánica no implica renuncia a cualesquiera otros derechos originarios e históricos que pudieran corresponder a Navarra, cuya incorporación al ordenamiento jurídico se llevará a cabo, en su caso, conforme a lo establecido en el artículo 71*».

¹³⁸ De hecho, la UE reconoce la existencia de 5 poderes fiscales en España: el Estado, Navarra, Álava, Bizkaia y Gipuzkoa. Esta situación es coherente con lo mantenido por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, cuando afirman que «*la Hacienda Foral se subroga en lugar de la estatal, pero lo hace con su propio Derecho a todos los efectos y no con el de ésta*». Vid. su Curso de Derecho Administrativo I, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 378.

2. La Disposición Adicional 1.^a afecta a los Territorios Históricos que componen Euskadi y Navarra¹³⁹.
3. «El marco» constitucional citado debe ser actualizado a las circunstancias actuales, tanto «ad intra» (marco interno), como «ad extra» (Unión Europea). En resumen, el «marco» no es inmutable pues está sufriendo modificaciones constantes que precisan de una actualización evidente¹⁴⁰.
4. Las competencias actualizadas y susceptibles de actualización futura en aplicación de dicha cláusula deberían garantizar su bilateralidad y los oportunos mecanismos de mutuo cumplimiento.

El concepto de bilateralidad, en este sentido, implica mutuo reconocimiento, pacto y cumplimiento tanto en el plano interno como ante la Unión Europea. Los instrumentos jurídicos vigentes pueden ser válidos a tal fin, siempre que se concite la debida voluntad política.

Un buen ejemplo práctico de lo anterior puede observarse en el análisis de la Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales¹⁴¹. Esta ley realiza, como se verá, una autentica actualización parcial de los Derechos Históricos de Euskadi y Navarra en materia de tratados y relaciones internacionales, facilitando la participación autonómica en el contexto internacional en el ejercicio de competencias derivadas de Derechos Históricos. Se trata de una posibilidad no explícitamente reconocida en el Título VIII de la Constitución, pero que adquiere carta de naturaleza con rango de ley, a través de la habitación explícita de la Adicional 1.^a de la Constitución y mediante la inclusión de sendas disposiciones adicionales para el caso vasco y navarro en la Ley 25/2014:

Disposición adicional sexta. Régimen foral vasco.

«Las instituciones competentes del País Vasco participarán en la delegación española que negocie un tratado internacional que tenga por ámbito derechos históricos tanto si su actualización general ha sido llevada a cabo por el Estatuto de Autonomía como en aquellos otros casos cuya actualización singular lo haya sido por el legislador ordinario en el marco de la disposición adicional primera de la Constitución y, en su caso, del Estatuto de Autonomía para el País Vasco».

¹³⁹ Vid. Sentencia del TC 76/1988.

¹⁴⁰ En este sentido, la citada STC 76/1988 señala sobre los Derechos Históricos que la Adicional Primera implica «la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (Fdto. Jco. 4.º). Esta es, en suma, una invitación permanente a la actualización de los Derechos Históricos.

¹⁴¹ BOE n.º 288, de 28-11-2014.

Disposición adicional séptima. Régimen específico de la Comunidad Foral de Navarra.

«Las instituciones competentes de Navarra participarán en la delegación española que negocie un tratado internacional que tenga por ámbito derechos históricos tanto si su actualización general ha sido llevada a cabo por la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra como en aquellos otros casos cuya actualización singular lo haya sido por el legislador ordinario en el marco de la disposición adicional primera de la Constitución y, en su caso, de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra».

Si en el plano de la Unión Europea la nueva «soberanía» comunitaria es compartida entre los Estados miembros, estos preceptos derivados de los Derechos Históricos vienen a demostrar que también es factible compartir soberanía en el interior de cada Estado miembro descentralizado. Con anterioridad a las citadas previsiones de la Ley 25/2014, Estados como Austria, Bélgica y Alemania han abordado la cuestión sub-estatal y europea con las modificaciones constitucionales y los acuerdos internos pertinentes. España, por su parte, sigue sin dirimir esta cuestión en vía interna más allá de la previsión mencionada, para trasladar hasta el ámbito comunitario y hasta su jurisdicción problemas como el que analizamos en su día en relación a los Derechos Históricos de Euskadi y Navarra en el contexto de la Unión Europea¹⁴². En suma, un sistema de bilateralidad real y efectiva puede ser el antídoto jurídico para garantizar un mayor autogobierno derivado de la necesaria actualización de los Derechos Históricos vascos.

3. El potencial de la Disposición Adicional 1.^a de la Constitución y los Derechos Históricos

La virtualidad y potencialidad futura de esta disposición y sus normas interconectadas en el Estatuto de Gernika (Ley Orgánica 3/1979) y en la LORAFNA (Ley Orgánica 13/1982) han sido objeto de estudio y desarrollo por diversos autores, junto a su permanente vocación de ac-

¹⁴² Vid. X. EZEIZABARRENA, «Los Derechos Históricos de Euskadi y Navarra ante el Derecho Comunitario», *Eusko Ikaskuntza*, Azpilicueta n.º 19, 2003. X. EZEIZABARRENA, «Europe & Co-sovereignty», *Oxford Magazine*, num. 226, Oxford, May 2004.

tualización jurídica y reconocimiento de subjetividad política para Euskal Herria.

En particular, dicha vocación de bilateralidad ha sido especialmente advertida por HERRERO DE MIÑÓN, como garantía directa y explícita de los Derechos Históricos que la Constitución española reconoce al pueblo vasco y que preceden en el tiempo a la propia Constitución¹⁴³.

HERRERO DE MIÑÓN relaciona el ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos no con la consideración del pueblo en cuestión como pueblo colonial, sino con la existencia de una identidad y una vocación histórico-positiva como entidad política y jurídica diferenciada, reconocida en el caso vasco peninsular¹⁴⁴ por los Derechos Históricos de la Adicional 1.ª CE¹⁴⁵. Según el propio HERRERO DE MIÑÓN:

1.º *«El pueblo capaz de autodeterminarse no tiene por qué ser sólo un pueblo colonial. (...) La condición jurídico-internacional del territorio no condiciona la existencia ni del derecho de autodeterminación, ni de su titular, el pueblo. (...)»*¹⁴⁶. *La voluntad de ese pueblo, el “nosotros” democrático, sólo es posible una vez que se ha determinado el sujeto que así se afirma y que tiene que ser dada desde una instancia trascendente»*¹⁴⁷.

¹⁴³ Véase en general lo que a continuación iré concretando en M. HERRERO DE MIÑÓN, «Derechos Históricos y Constitución», Taurus, 2000, págs. 259 a 281.

¹⁴⁴ La cuestión es distinta en el caso vasco continental, por carecer este ámbito territorial de precepto constitucional concreto para los territorios vascos. Sin embargo, los residuos de auto-organización similares a la foralidad del Sur de los Pirineos han sido subrayados por M. LAFOURCADE en, «Las instituciones tradicionales y públicas de la Vasconia continental», *Euskonews & Media*, n.º 38, <http://www.euskonews.com>

¹⁴⁵ M. HERRERO DE MIÑÓN, «Derechos Históricos y Constitución», op. cit., págs. 270 y 271. El límite de la DA 1.ª CE está, según el propio precepto, en el marco de la Constitución. Dicho marco, evidentemente, no era el mismo en 1978 que hoy en 2016 pues dicho «marco» debe actualizarse a la realidad. Básicamente, mediante las cláusulas de salvaguardia de los Derechos Históricos del Pueblo Vasco (Disposición Adicional del Estatuto de Gernika y Disposición Adicional 1.ª de la LORAFNA).

¹⁴⁶ Esta interpretación concuerda con el art. 3.1 del Código Civil, respecto de la necesidad de interpretar las normas de acuerdo con el contexto *«y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»*. De lo contrario, el derecho de libre determinación de los pueblos sólo resultaría factible en los hoy ya inexistentes contextos coloniales, dato este que no concuerda con la realidad de las últimas décadas en la práctica jurídica internacional y comparada del pronunciamiento del Tribunal Supremo de Canadá de 20-8-1998 para el caso de Québec, así como en situaciones diversas pero de trascendencia jurídica como son los casos de Irlanda del Norte, Escocia, Chequia, Eslovaquia, Estonia, Lituania, Letonia, Timor o Gibraltar.

¹⁴⁷ M. HERRERO DE MIÑÓN, «Derechos Históricos y Constitución», op. cit., pág. 270.

- 2.º Los Derechos Históricos toman su razón de ser en el concepto marxista y hegeliano de «pueblos con historia». *«El sujeto “pueblo” no se improvisa, ni siquiera se inventa. Como tantos otros fenómenos culturales, especialmente el lenguaje, procede del fondo del tiempo y siempre cambiante, está-ya-siempre-ahí. Su versión jurídico-política es lo que algunas tradiciones políticas, entre otras la vasca, denominan Derechos Históricos. (...) Son los Derechos Históricos los que sirven de marco de referencia a la legitimación democrática, porque las opciones democráticas pueden darse en ellos, pero no sin ellos, porque allá de los mismos no se sabe determinar el sujeto de la propia autodeterminación»*¹⁴⁸.
- 3.º Los Derechos Históricos inherentes a cada pueblo con historia son los que facilitan la opción democrática de libre determinación política, configurando y delimitando ésta. Ese es, precisamente, el sentido de la Disposición Adicional del EAPV y de la Disposición Adicional 1.ª de la LORAFNA, con sus respectivas remisiones a los Derechos Históricos¹⁴⁹.
- 4.º Los elementos del ejercicio de la libre determinación pueden ser definidos en base a una «realidad sociológica objetiva», como cuerpo político preexistente. Territorios, de hecho, preexistentes a la Constitución española. *«No se trata de un derecho individual, ni siquiera colectivamente ejercido, sino de un derecho del pueblo. Pero esta categoría existencial no la da la naturaleza, porque no consiste en “sangre y tierra” sino en cultura, esto es, historia. No es un derecho humano, pues, sino un derecho histórico. (...) Así, a mi entender, la autodeterminación vasca no puede prescindir de su raíz foral y lo que supone de articulación paccionada. En otros términos, espacio, población, ordenamiento institucional y demás elementos definitorios, lo son de la autodeterminación por constituir otros tantos factores materiales de integración»*¹⁵⁰.
- 5.º En consecuencia, *«el título histórico constitutivo es a priori material del cuerpo político, la autodeterminación del mismo no puede trascenderlo. (...) Sería contraria a la propia noción de autodeterminación la negación de la propia identidad. (...) Habría que atender a ese a priori material que el De-*

¹⁴⁸ *Ibid.*, págs. 270 y 271.

¹⁴⁹ *Ibid.*, pág. 271.

¹⁵⁰ *Ibid.*, págs. 271 y 272.

recho Histórico es, para determinar el qué y el cómo de la autodeterminación»¹⁵¹.

- 6.º Por último, «dando ya por establecido que el sujeto de la autodeterminación es una unidad política, constituida como tal en virtud de determinados títulos históricos, cabe preguntarse en qué consiste la autodeterminación»¹⁵². HERRERO DE MIÑÓN subraya que «la autoidentificación en la que la autodeterminación consiste, ha de responder a los títulos históricos y a las señas de identidad que configuran a cada pueblo que se autodetermina. La autodeterminación no es una invención arbitraria, sino necesidad histórica»¹⁵³.

Esta idea enlaza claramente con la importancia del principio democrático como eje del Derecho Público moderno. Para tal fin, el pacto bilateral entre iguales es una herramienta política de evidente calado.

HERRERO DE MIÑÓN subraya, además, dos conclusiones centrales:

- a) Los Derechos Históricos son los que justifican y avalan, como realidad objetiva preexistente, la propia comunidad nacional, que, en un momento determinado, pueda impulsar su voluntad democrática. «Es claro que ni la raza, ni la geografía, ni la lengua, son signos identificatorios suficientes y, sin embargo, lo son los títulos históricos que configuran una personalidad colectiva y diferenciada en un territorio concreto, esto es, un cuerpo político que la voluntad nacional puede animar. Un pueblo que puede desplegar la conciencia de sí mismo porque ya existe en virtud de sus Derechos Históricos. Así, en el caso vasco, es el pueblo vasco y no otro o una facción del mismo, titular de unos derechos reconocidos en la Adicional Primera y actualizados en la Adicional única del Estatuto¹⁵⁴»¹⁵⁵.
- b) «¿Cabe la autodeterminación, así entendida, en nuestro bloque de constitucionalidad? La experiencia histórica y comparada, a la que se ha hecho alusión más atrás, demuestran que ni su exclusión ni su inclusión expresa sirven en realidad para nada en

¹⁵¹ *Ibid.*, pág. 272.

¹⁵² *Ibid.*, pág. 272.

¹⁵³ *Ibid.*, págs. 279 y 280.

¹⁵⁴ Cabría añadir también como capacidad de actualización vigente sobre el particular la existente en la Disposición Adicional 1.ª de la LORAFNA.

¹⁵⁵ M. HERRERO DE MIÑÓN, «Derechos Históricos y Constitución», op. cit., pág. 280.

una sociedad abierta. Pero el principio, en sí mismo, puede ser resorte de integración voluntaria y, por ello, es útil plantear la cuestión. La Constitución, en efecto, contiene cláusulas radicalmente unitarias en su Preámbulo y en sus artículos 1.2 y 2 que, por excluir cualquier atisbo de autodeterminación, excluyen también la integración voluntaria, la relación paccionada o concertada e incluso los poderes originarios que se articulan en competencias residuales (art. 149.3 CE). Pero la Adicional Primera añade (=adiciona) algo más. (...) La interpretación "principlal" del marco constitucional, única coherente y, además útil, exonera a los titulares de Derechos Históricos de las leyes de la Constitución, de su letra y de su retórica¹⁵⁶.

- c) *Así sería posible, por ejemplo, invertir en el caso de los titulares de Derechos Históricos, el sistema del artículo 149.3 y atribuirles los poderes no explícitamente concertados con el Estado por la doble vía de los artículos 149.1 y 150.2 de la misma norma fundamental¹⁵⁷. Por otro lado, ya no se discute que la Adicional Primera sea, cuando menos, si no un título autónomo de competencia, sí una norma de competencia. Pero tales normas pueden significar dos cosas bien diferentes: ya una regla de producción de normas, ya la remisión a todo un sistema jurídico tercero y lo que ello significa. (...). Esta sería la interpretación adecuada para la Adicional Primera que no significa una mera regla de producción normativa, sino el reconocimiento de una realidad jurídico-política distinta. Ahora bien, este reconocimiento implica tanto el que dicha realidad tercera se autodetermine democráticamente, algo inherente*

¹⁵⁶ Particularmente, los titulares de Derechos Históricos quedarían exentos del sometimiento al Título VIII de la Constitución. Por el contrario, los Derechos Históricos no exoneran del sometimiento a los Derechos Fundamentales ni permiten abordar aquello que le está vedado a las Cortes Generales, por mandato directo del Derecho Internacional y Comunitario. Vid, igualmente, D. LOPERENA ROTA, «Unidad constitucional y actualizaciones generales y parciales de los Derechos Históricos», en Jornadas de Estudio sobre la actualización de los Derechos Históricos vascos, UPV/EHU, 1985, págs. 316 y ss. Sin embargo, la STC (Sala 2.ª) de 12-10-2000 parece sugerir la posibilidad de obviar o suavizar el cumplimiento de Derechos Fundamentales (en este caso, art. 14 CE), en directa aplicación de los Derechos Históricos de Navarra para legislar, con carácter especial, su Derecho Civil Foral.

¹⁵⁷ La referencia es directa a ejemplos de exenciones concretas del Título VIII CE. Otro ejemplo específico sería el del art. 145 de la Constitución respecto de la prohibición de la federación de Comunidades Autónomas. Dicho precepto es inaplicable o matizable para Euskadi y Navarra, desde el momento en que la Disp. Transitoria 4.ª de la propia Constitución permite la integración de Navarra en Euskadi.

a un cuerpo político en una sociedad abierta, como la permanente invitación a dicha realidad tercera para su voluntaria y concertada integración»¹⁵⁸.

Las consideraciones de HERRERO DE MIÑÓN junto a la necesidad de actualizar a la situación jurídica y social actual «el marco» constitucional mencionado en la Adicional 1.^a justifica con creces una relación bilateral para salvar los conceptos de unidad¹⁵⁹ o marco constitucionales¹⁶⁰. Esta necesidad de actualización (bien sea parcial o general) puede permitir salvar las disfunciones observadas en relación con el sistema jurídico comunitario y encuadrar adecuadamente la cuestión en las modificaciones advertidas en el nuevo concepto de soberanía en la Unión Europea, a través de la vía constitucional interna recogida en la Adicional 1.^a de la Constitución de 1978 para que la bilateralidad entre Euskal Herria y el Estado pueda ser real.

Desde esta perspectiva, los Derechos Históricos vascos se ejercen ante el Estado por que es el propio Estado quien los reconoce constitucionalmente, y también ante la Unión Europea porque el propio Estado los ha reconocido frente a aquélla, con especial trascendencia tras la entrada en vigor de la Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos internacionales¹⁶¹.

Un elemento de carácter ulterior implica que, desde esta perspectiva, los Derechos Históricos avalan la necesidad de un pacto bilateral para que sean los propios Territorios Forales quienes los defiendan ante la Unión Europea, y no el Estado, que no es titular de los mismos, sino reconocedor de su existencia en la Constitución interna. La motivación jurídica de dicho pacto bilateral se justifica sobradamente en los cuatro rasgos característicos de los Derechos Históricos vascos:

- a) son derechos preexistentes a la Constitución;
- b) reconocen una identidad política y competencias de diversa naturaleza;
- c) se diferencian del régimen común para llegar a desbordarlo en ocasiones, y

¹⁵⁸ M. HERRERO DE MIÑÓN, «Derechos Históricos y Constitución», op. cit., págs. 280 y 281.

¹⁵⁹ «Unidad constitucional» era el límite literal en la Ley de 25 de octubre de 1839.

¹⁶⁰ «Marco constitucional» es el límite literal vigente en la DA 1.^a CE que, insisto, necesita una actualización a la realidad actual. El tránsito de 1978 a 2016 no puede pasar inadvertido para la adecuada interpretación jurídica de un texto constitucional.

¹⁶¹ Vid. X. EZEIZABARRENA, «Los Derechos Históricos de Euskadi y Navarra ante el Derecho Comunitario», Eusko Ikaskuntza, Azpilicueta n.º 19, 2003. X. EZEIZABARRENA, «Europe & Co-sovereignty», *Oxford Magazine*, num. 226, Oxford, May 2004.

- d) se apoyan en el pasado, pero buscan su lugar en el futuro lo cual motiva una evidente necesidad de actualización, tal y como sucede con cualquier otra norma jurídica con el paso del tiempo y los cambios políticos, sociales y culturales.

Desde esta perspectiva, una actualización general de los Derechos Históricos vascos puede servirnos para atajar las disfunciones estatutarias y pactar un sistema bilateral general de relaciones tanto en el plano interno, como en el nivel comunitario europeo¹⁶².

Como primera consideración, dado que la Disposición Adicional del Estatuto de Gernika y de la Disposición Adicional 1.ª de la LORAFNA permiten que los Derechos Históricos de Euskadi y Navarra se actualicen hasta poder desbordar el límite «del marco» constitucional de la DA 1.ª CE¹⁶³.

Por ejemplo, la STC de 12-10-2000 cuestiona el principio de igualdad constitucional en aplicación del marco normativo derivado de Derechos Históricos, en una aplicación específica del Derecho Civil de Navarra en relación con una reclamación de paternidad en la vía jurisdiccional civil frente a la aplicación del Código Civil¹⁶⁴.

¹⁶² En línea con lo que apunté en mi comparecencia ante la Ponencia de Autogobierno del Parlamento Vasco el 28-4-2014. http://www.legebiltzarra.eus/pdfdocs/autogobernu/20140528_testua_ec.pdf

¹⁶³ D. LOPERENA ROTA, «Unidad constitucional y actualizaciones generales y parciales de los Derechos Históricos», op. cit., págs. 316 y 317.

Esta distinción resulta fundamental, pues los Derechos Fundamentales serían indisponibles dentro del marco constitucional para cualquier organización. En ello también intervienen hoy día los principios «constitucionales» básicos del Derecho Comunitario en virtud de los arts. 93, 95 y 96 CE que tampoco podrían ser cuestionados por los Derechos Históricos desde el nivel interno.

¹⁶⁴ Esta STC considera inexistente la violación del art. 14 CE por el régimen de legitimación para solicitar la reclamación de paternidad en la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, frente al régimen menos restrictivo de los arts. 133 y ss. CC; y todo ello en base a la cláusula de Derechos Históricos que permite a Navarra legislar dicha materia plenamente. Así, la STC (Sala 2.ª) de 12-10-2000 afirma que *«no estamos ante supuestos sustancialmente idénticos, sino, como se ha dicho, ante realidades históricas y legislativas plurales y diferenciadas que han encontrado apoyo, en todo caso, en la vigente Constitución. La cual justifica la posibilidad de que exista en esta materia un tratamiento específico, aunque sea como aquí más restrictivo, por medio de la legislación autonómica de desarrollo, y que la pluralidad de ordenamientos en que se manifiesta para ser tal implique, en fin, que cada uno se mueva en un ámbito propio, puesto que, sin excluir, naturalmente, la existencia de relaciones interordinamentales, están fundados, pues, en la separación respecto de los demás; separación que se expresa, así, en un sistema privativo de fuentes del Derecho, las cuales se producen en el ámbito propio de la organización de que el ordenamiento surge»*.

A este respecto, J. CRUZ ALLI afirma sobre la institucionalización constitucional de los hechos diferenciales, que «cuando en el lenguaje político español se habla de los «hechos diferenciales» se alude a las características de algunas Comunidades Autónomas a las que se reconoce una identidad propia. Los «hechos diferenciales» son signos de identificación de un pueblo y testimonio de su personalidad cultural, histórica o política diferenciada, que se apoya en hechos históricos, en diferencias culturales, en instituciones, en sus estructuras normativas, en la propia percepción como comunidad singular y en la voluntad colectiva de mantenerla. La Constitución pretendió resolver el problema de la integración de los hechos nacionales y de los hechos diferenciales que, como señas de identidad de los diversos pueblos que integran España, debían ser tomados en consideración como parte de su identidad y, al mismo tiempo, de la pluralidad colectiva»¹⁶⁵. Esa pretensión de integración y ulterior solución identitaria de diversos pueblos en el marco constitucional demanda idéntico reconocimiento desde la Administración central y, especialmente, en el seno de sus relaciones de participación ante la UE. Una vez más, el pacto y un sistema bilateral de garantías aparecen como solución factible y perfectamente viable siempre que se concite la voluntad política necesaria para tal fin.

Desde esta perspectiva, todo lo anterior ratifica la existencia de un pacto constitucional bilateral sobre Derechos Históricos entre el Estado y los Territorios Forales (Euskal Herria en su conjunto, hoy dividida en Euskadi, Navarra e Iparralde), que ha permitido a la Euskal Herria peninsular dotarse de sistemas de organización y autogobierno que necesitan una actualización. Este pacto histórico y vigente ha recibido incluso el reconocimiento y aval de la jurisdicción, incluso en el nivel que corresponde al Tribunal Constitucional. Si de la existencia de dicho pacto no creo que puede dudarse, falta en la actualidad que la Administración central lo asuma y defienda como propio y como parte del mismo, no sólo «ad intra», sino también hacia el exterior, esto es, particularmente ante la Unión Europea en ejercicio directo de la propia posibilidad de actualización de los Derechos Históricos que la Adicional 1.^a CE y los Estatutos vasco y navarro recogen¹⁶⁶.

¹⁶⁵ J. CRUZ ALLI, «Los hechos diferenciales en la Constitución de 1978», *Eusko-news & Media*, n.º 98, <http://www.euskonews.com>

¹⁶⁶ El Estado pueda optar por hacerlo directamente ante la UE o facilitar que las otras partes del pacto que constitucionaliza la DA 1.^a CE lo hagan directamente, como ya se recoge en la Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Se trata, por tanto, de actualizar los Derechos Históricos no sólo «ad intra», al nuevo marco constitucional interno; sino también, «ad extra», al nuevo marco «constitucional» externo que supuso la integración de España en el ámbito comunitario.

Esta idea ha sido defendida con anterioridad por el denominado «Constitucionalismo útil» de HERRERO DE MIÑÓN y LLUCH. Dicho concepto demanda una traslación hacia la Unión Europea de los Derechos Históricos que la propia Constitución habilita en una lectura debidamente actualizada: es necesario revivir el «*espíritu constituyente de imaginación*», y, «*felizmente la Constitución y el Estatuto dan cauce para ello porque se trata de normas flexibles (se pueden modificar de acuerdo con sus propias cláusulas de reforma, aunque no lo creo necesario en el caso de la Constitución) y, más aún, abiertas (al remitirse ambas a unos Derechos Históricos que legitimarían una situación constitucional especialísima y pactada, como ya ocurre en Navarra, sin que nadie se escandalice). La autonomía vasca es fruto de un pacto político que trasluce la propia letra del Estatuto y así lo ha reconocido la doctrina más aséptica. La revisión del Estatuto, de acuerdo con sus propias previsiones abriría, así, la vía al pacto político y quien pacta se autodetermina*»¹⁶⁷.

HERRERO DE MIÑÓN vuelve a abundar sobre esta idea cuando conecta los conceptos de pacto y soberanía, en el ejercicio de la libre determinación pactada: «*es mediante pacto como el pueblo vasco puede ejercer, frente a terceros, sus derechos históricos para asegurarse un ámbito de soberanía, noción que ciertamente tiene más de paccionado que de autista. En efecto, desde Laband y Jellinek sabemos que la soberanía no puede definirse por su contenido competencial, sino por su cualidad formal: la competencia sobre la propia competencia. No es soberana la autoridad que tiene más potestades y recursos, sino quien decide sobre qué potestades y recursos ha de tener o, al menos, quien puede impedir que otro lo haga por él. De ahí que cuando una relación institucional y competencial se establece y garantiza por vía de pacto, de manera que sólo con la aquiescencia de ambas partes pueda instaurarse y modificarse, se entre en el ámbito de la cosoberanía o de la soberanía compartida. Si es soberano quien decide sobre la competencia, será cosoberano quien tiene la competencia de codecidir. A estos efectos, es evidente que tanto el Estatuto de Euskadi como el Amejoramiento del Fuero de Navarra contienen elementos de pactismo capaces de articular una relación de cosoberanía*»¹⁶⁸.

¹⁶⁷ M. HERRERO DE MIÑÓN y E. LLUCH, «Constitucionalismo útil», en *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil*, Fundación BBV, Bilbao 2000, pág. 17.

¹⁶⁸ M. HERRERO DE MIÑÓN, «Autodeterminación y Derechos Históricos», en *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil*, Fundación BBV, Bilbao 2000, págs. 219 y 220. Concluye afirmando que «*a la luz de lo expuesto, el problema consiste en señalar los cauces mediante los cuales desarrollar por vía de pacto el potencial de los derechos históricos hasta convertirlos en instrumento de autodeterminación*»; *ibid.*, pág. 221.

J. CRUZ ALLI también pone en relación las cuestiones anteriores con la Unión Europea: «*la disposición adicional primera es un auténtico camino para el desarrollo de los derechos históricos en los aspectos ya señalados. Reconocimiento de identidad colectiva dentro del Estado, con derecho al más amplio autogobierno dentro de la unidad constitucional. Atribución de competencias que hagan efectivo dicho autogobierno, articulándolas con la competencia estatal y la derivada de la presencia dentro de la Unión Europea, que no puede ser utilizada por el Estado para reducir los ámbitos competenciales*»¹⁶⁹.

En suma, como vengo apuntando, los Derechos Históricos del pueblo vasco facilitan un reconocimiento de subjetividad política perfectamente válida para consolidar una relación bilateral con el Estado, tal y como ya sucede con el Concierto y el Convenio económicos, así como para abordar un ejercicio democrático y pactado de libre determinación, siguiendo el más reciente ejemplo de Escocia y el Reino Unido.

Hasta la fecha los intentos liderados desde Euskadi con la propuesta de reforma estatutaria de 2004 y la Ley 9/2008, de Consulta, han resultado baldíos ante la absoluta falta de voluntad política por parte del Gobierno central. Sin embargo, en ambos casos, como veremos, la ausencia de voluntad política en España ha sido sistemáticamente vestida de inviabilidad jurídica por el Gobierno del Estado y por el Tribunal Constitucional para evitar el debate de fondo sobre la cuestión que nos ocupa¹⁷⁰.

En el caso de la Ley del parlamento Vasco 9/2008, de Consulta, su tenor planteaba la convocatoria de una consulta habilitadora de un proceso de solución al conflicto vasco para su celebración el 25-10-2008. Concretamente, la citada Ley 9/2008, planteaba las dos siguientes preguntas y la propia fecha de la consulta en un artículo único:

«Artículo único.

1. En virtud de la presente autorización del Parlamento Vasco, el Lehendakari somete a Consulta de todos los ciudadanos y ciudadanas del País Vasco con derecho de sufragio activo, y con carácter no vinculante, las siguientes preguntas:

¹⁶⁹ J. CRUZ ALLI, «Paz y Fueros. Los Derechos Históricos como instrumentos de pacificación», en *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil*, Fundación BBV, Bilbao 2000, pág. 329.

¹⁷⁰ En el caso de la propuesta de Reforma del Estatuto de Euskadi aprobado por el Parlamento Vasco el 30-12-2004, al no manifestar las Cortes Generales, por escrito, cuáles eran los motivos del desacuerdo, como ordenan el art. 151.2 de la Constitución y el art. 137 del Reglamento del Congreso.

- 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?
- 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?

2. La Consulta se celebrará el sábado 25 de octubre de 2008 en la Comunidad Autónoma del País Vasco y se tendrá por convocada por el Lehendakari el día 15 de septiembre de 2008»¹⁷¹.

La declaración de inconstitucionalidad junto a la propia anulación de la Ley y de la consulta a la ciudadanía volvieron a demostrar la ausencia de voluntad del Estado siquiera para la negociación previa o para la formalización de la consulta, tratando de revestir jurídicamente lo que, como hemos visto, puede ser susceptible de encauzamiento a través de la negociación política siempre rechazada por el Estado. LASAGABASTER nos da algunas claves a este respecto cuando afirma que el principio democrático «ha sido el gran olvidado» tanto por el Consejo de Estado como por la STC 103/2008: *«La Ley 9/2008 parte del derecho de participación de la ciudadanía vasca, que quiere expresarse en el derecho a la decisión. Este derecho a decidir no reivindica en la Ley el derecho a la secesión, ni siquiera el derecho de autodeterminación. El derecho a decidir al que se hace referencia es mera expresión del principio democrático. Y el principio democrático constituye el principio fundamental del orden constitucional»*¹⁷². (...) *«la teoría del Derecho Público y la propia teoría de la Constitución no se pueden construir sin que el principio democrático asuma un papel central. El principio democrático no es solamente el principio legitimador del orden constitucional, es también el principio que debe regir la aplicación del ordenamiento. El principio democrático es también un principio jurídico, un principio general del Derecho, constitucionalizado... (...) Este principio democrático vincula al legislador pero también al juez, en especial al constitucional. Cuando se debe resolver sobre la interpretación del alcance de una ley o sobre su conformidad con el orden constitucional, el principio demo-*

¹⁷¹ La STC 103/2008 declaró inconstitucional la norma, anuló la ley en su totalidad y la propia celebración de la consulta.

¹⁷² I. LASAGABASTER, «Consulta o referéndum. La necesidad de una nueva reflexión jurídica sobre la idea de democracia», LETE, Bilbao, 2008, pág. 113.

crático debe constituir el elemento central en la interpretación, lo que no quiere decir que deba ser el primero o jerárquicamente superior. No existe una jerarquía entre principios constitucionales, aunque se predice la centralidad de alguno de ellos»¹⁷³.

Pero, además de la negación rotunda del principio democrático por parte del Tribunal Constitucional, como recuerda también LASAGABABASTER «*la competencia estatal de autorización de referendos no impide convocar una consulta por el Parlamento, que solamente estaría condicionada por esa autorización. (...) El Tribunal Constitucional parte de una idea de la democracia representativa que prácticamente niega la democracia directa, reduciéndola a lo establecido en determinados preceptos de la CE. En concreto se utilizan los artículos 87.3, 67.2 y 92.2 CE, olvidando que esos preceptos no resultan de aplicación en el ámbito autonómico. Con esos preceptos se construye una teoría o una interpretación sobre el sistema político estatal, pero se hace caso omiso o se olvida considerar que hay otros subsistemas políticos que permiten un modelo de participación popular diferente»¹⁷⁴.*

Como hemos comentado, la interpretación del Tribunal Constitucional pretende revestir de un ropaje jurídico de inconstitucionalidad una convocatoria de consulta, sin que exista prohibición objetiva real dentro de la propia Constitución o del bloque de constitucionalidad. Esta interpretación obvia las regulaciones estatutarias en la materia y pretende imponer una reserva de Ley Orgánica que no existe en ningún lugar del ordenamiento¹⁷⁵. Adicionalmente, la argumentación sobre la falta de competencia de Euskadi en la materia decae, por su propio peso, pues desconoce la competencia autonómica en materia de autoorganización, así como la previsión estatutaria relativa al fomento de la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones públicas. En este sentido, el art. 9.2 de la Constitución española obliga a todos los poderes públicos: «*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*». El art. 9.2 del Estatuto de Gernika atribuye tal competencia genérica a los poderes públicos vascos afirmando que «*facilitarán la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social del País Vasco*».

¹⁷³ *Ibid.*, págs. 113 y 114.

¹⁷⁴ *Ibid.*, págs. 168 y 169.

¹⁷⁵ *Ibid.*, pág. 170.

De lo expuesto hasta ahora puede deducirse, en contra de la tesis mantenida por la STC 103/2008, la inexistencia de prohibición constitucional alguna para que un Presidente autonómico convoque, previa autorización del parlamento autonómico, una consulta popular sin carácter vinculante y que no cuestione los derechos fundamentales.

Ello se desprende, además, de tres elementos fundamentales del constitucionalismo español, de cara a una adecuada interpretación sistemática y teleológica de lo que cabe entender como marco constitucional:

- a) La relación entre Estado y Comunidades Autónomas en base al principio de competencia y no de jerarquía;
- b) La adecuada interpretación de la Constitución ante la ausencia de prohibición;
- c) El marco constitucional vigente para acometer cualquier juicio de constitucionalidad sobre la eventual convocatoria.

Respecto de la primera cuestión, es doctrina unánime que las relaciones constitucionales entre Estado y Comunidades Autónomas se ordenan, de acuerdo con la Constitución, en base al principio de competencia y no al principio de jerarquía¹⁷⁶. Ello significa que, salvando la primacía absoluta de los Tratados Internacionales, del Derecho Europeo y de la propia Constitución en su tenor, no existe jerarquía de fuentes entre las normas que emanan del parlamento estatal y los parlamentos autonómicos, dado que dichas relaciones se ordenan en base al principio de competencia. Por lo tanto, la ausencia de mención que prohíba una consulta popular en el ámbito autonómico sitúa buena parte del debate en el marco competencial como elemento sustantivo de referencia y decisión positiva sobre la constitucionalidad de dicha convocatoria en base al propio art. 9 y concordantes del Estatuto de Gernika.

En lo relativo a la adecuada interpretación de la Constitución ante su silencio, la propia interpretación constitucional nos conduce a idénticos términos siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ¹⁷⁷. Ello implica que la Constitución tiene un valor normativo incuestionable, inmediato y directo en base al art. 9.1: «*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento*». Se trata, pues, de una primacía manifiesta, sólo superada en nuestros días por el propio Derecho Europeo y por los Tratados Internacionales debidamente ratificados. Y así, la propia Constitución es inmune o «re-

¹⁷⁶ Vid. J. PÉREZ ROYO, «La fuentes del Derecho», Tecnos, 1991.

¹⁷⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Vol I, Civitas, 1990, págs, 106 y ss.

sistente» frente a cualquier norma u orden contraria a sus mandatos. Claro que, para ello, ha de existir un mandato constitucional explícito que no se observa en este caso ni es posible deducir en base al principio de competencia.

En este aspecto es fundamental subrayar que la doctrina constitucional se decanta claramente por buscar una interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento. De este modo, antes de llevar a término una declaración de inconstitucionalidad de una norma o de un acto, es preciso hacer un examen para buscar una concordancia de dicha actuación o norma con la propia Constitución. Así lo ha venido reconociendo el Tribunal Constitucional alemán, al recordar que es válido el principio de que una ley o una actuación no debe ser declarada nula o inconstitucional cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución. Por tanto, y en ausencia de prohibición expresa, no cabría sino concluir la constitucionalidad plena de una posible consulta, puesto que una ley o un acto del legislativo o del ejecutivo no pueden ser tachados de inconstitucionales más que en aquellos casos en los que no exista duda razonable alguna sobre su contradicción con la Constitución. Es obvio que, para ello, debe existir un mandato o una prohibición constitucional expresa, algo que no sucedía en este caso.

Respecto de la tercera cuestión apuntada, el marco constitucional vigente para acometer cualquier eventual juicio de constitucionalidad sobre la posible convocatoria es igualmente preciso, incluso desde el punto de vista estrictamente procesal. Tanto es así que la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional subraya en su art. 33, respecto de los juicios de constitucionalidad, la necesidad de «*precisar el precepto constitucional que se entiende infringido*». Esto significa que el juicio de constitucionalidad de un acto o norma no se hace de manera abstracta o indefinida. Al contrario, se hace en el ámbito completo del bloque de constitucionalidad, atendiendo, como se ha subrayado, al principio constitucional de competencia (sobre lo cual algo se avanzará más adelante) y, por último, con la necesidad imperativa de precisar cuál sea el precepto constitucional infringido. No cabría inconstitucionalidad, por tanto, ante el silencio de la Constitución en la materia. Menos, si cabe, en tanto en cuanto existan habilitaciones constitucionales, estatutarias y con rango de Ley autonómica para proceder a convocar una consulta de las características apuntadas. El problema, desde mi punto de vista, es más político que jurídico y reside en la incapacidad de la visión centralista del Estado para asumir el principio democrático y la existencia de realidades nacionales mixtas o diferentes a la española. Esta visión termina por conformar una realidad constitucional inamovible, insus-

ceptible de evolución alguna, pese a los cambios sociales, culturales y políticos.

LASAGABASTER incide en lo anterior afirmando que *«el Tribunal Constitucional no solamente afirma de forma tajante que la democracia sólo es posible dentro del imperio de la ley, olvidando la necesaria relación dialéctica entre legalidad y legitimidad, sino que además realiza una lectura del ordenamiento jurídico que impide cualquier evolución del mismo. Recuerda este posicionamiento del Tribunal Constitucional el llamado originalismo americano en la interpretación de la Constitución. (...) el originalismo extremo lleva a afirmar que el valor de la norma constitucional es el querido por sus autores, de tal forma que otra interpretación, diferente a esa voluntad originaria, requeriría una reforma constitucional. Al negar de esta manera la evolución de la interpretación constitucional se condena a la minoría, que ve impedida radicalmente toda evolución del ordenamiento jurídico-constitucional, que solamente puede acudir al teórico e intransitable camino de la reforma constitucional»*¹⁷⁸.

Por el contrario, el ordenamiento jurídico tiene, por su propia naturaleza, una permanente vocación de adaptación interpretativa como subraya el art. 3.1 del Código Civil¹⁷⁹, y como sucede, de facto, en la adaptación constante al Derecho Internacional¹⁸⁰ y a la primacía del Derecho Europeo¹⁸¹. Un ordenamiento vivo, en movimiento, tiene los resortes necesarios para dar salida actualizada a los diferentes conflictos sociales y políticos.

En dicho contexto, los Derechos Históricos del pueblo vasco son una herramienta útil para facilitar una relación bilateral global como ya sucede con el Concierto y el Convenio económicos. El denominado «hecho diferencial» vasco puede facilitar, también, no sólo el reconocimiento explícito de la identidad nacional vasca sino, junto a ello, la opción abierta de la libre determinación como fruto del correspondiente pacto y de la subjetividad política inherente a los Derechos Históricos.

¹⁷⁸ I. LASAGABASTER, «Consulta o referéndum. La necesidad de una nueva reflexión jurídica sobre la idea de democracia», op. cit., págs. 173 y 174.

¹⁷⁹ Art. 3.1 del Código Civil: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

¹⁸⁰ Art. 10.2 de la Constitución española: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

¹⁸¹ Vid., también, arts. 93 a 96 de la Constitución española.

Frente a la ausencia de pacto o de voluntad política por parte del Estado, la opción más factible es la de un reconocimiento externo, preferentemente por parte de alguna institución internacional.

En cualquiera de las opciones apuntadas, como apuntaba CASTELLS, «*conseguido el final de la violencia terrorista, habrá llegado la hora del deseado acuerdo para la convivencia. (...) Mediante la correspondiente negociación con el Estado (...) y asumiendo la cultura del pacto como una seña de identidad —y no solo histórica— de este pueblo, se puede llegar finalmente a buen puerto. Que las incertidumbres de la actualidad, no impidan la visión de la frondosidad de un pasado y un presente tan propio como singular y que el Pacto definitivamente signifique la salida de un permanente conflicto*»¹⁸².

¹⁸² J.M. CASTELLS, «El hecho diferencial de Vasconia», Cuadernos de Autogobierno 1, Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonomico de Vasconia, Donostia, 2007, pág. 208.

VII. La necesaria relectura del concepto de soberanía¹⁸³

En el contexto de reflexión anterior, es imprescindible actualizar cualquier opción de determinación política a los tiempos actuales y a la necesaria relectura del concepto de soberanía y a los cambios que el mismo ha venido sufriendo. Dicha tarea había sido anticipada por G. JAUREGUI en términos muy clarificadores: «*resulta difícilmente sostenible la defensa del principio de la soberanía, al menos en el sentido en que se ha entendido hasta ahora. En un mundo tan multilateralizado, ¿es posible mantener la idea de que los últimos depositarios de la autoridad soberana son los Estados? ¿Se puede seguir hablando todavía de soberanías indivisibles? ¿A qué otras instituciones hay que otorgarles, además, o en otro lugar del Estado, el depósito de la soberanía? ¿Qué tipo de soberanía a unos y otros? Llegando más allá, ¿tiene sentido en el mundo actual mantener el propio concepto de soberanía?*»¹⁸⁴.

Las anteriores cuestiones no prejuzgan la legitimidad y el carácter democrático del derecho de libre determinación de los pueblos. Antes al contrario, fortalecen y justifican dicha opción de determinación política en la misma medida que cualquier sociedad moderna y garantista busca la ampliación de sus derechos y de sus niveles de bienestar y solidaridad colectivas. Sin embargo, la apreciación anticipada de JAUREGUI y otros autores resulta más que pertinente para volver a subrayar la existencia de límites al propio ejercicio ordinario de la soberanía y,

¹⁸³ Vid. J. PRIBA, «Sovereignty in Post-Sovereign Society», Furham, Ashgate, 2015 y M. FONDEVILA, «La disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea», Madrid, Ed. Reus, 2015.

¹⁸⁴ G. JAUREGUI, «La autodeterminación en la perspectiva del siglo XXI», *RVAP* n.º 41, 1995. pág. 833.

en consecuencia, al ejercicio del derecho de libre determinación. Desde mi punto de vista, dichos límites se encuentran claramente en los Derechos Humanos reconocidos en el plano interno, europeo e internacional y obligan tanto a cualquier opción sobre libre determinación para la constitución de nuevos Estados como a los propios Estados formalmente constituidos en el sistema de las Naciones Unidas. Los Derechos Humanos constituyen formalmente un núcleo indisponible que, afortunadamente, funciona como límite expreso al ejercicio del poder político por cualquier institución soberana existente o futura.

Todo ello encuentra explicación y acomodo en la Unión Europea con la irrupción del Derecho Comunitario y la notable absorción de competencias que las instituciones comunitarias han asumido en las últimas décadas¹⁸⁵. De hecho, como es conocido, tanto la Constitución española como el Estatuto de Gernika se redactaron y entraron en vigor antes de que España se integrase en la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea. Con posterioridad, las dos únicas reformas constitucionales acometidas se han realizado por mandato directo y explícito de la propia Unión Europea¹⁸⁶. Este aspecto ratifica, con creces, que los Estados miembros de la Unión Europea han diluido significativamente su soberanía frente al modelo clásico preexistente. Sería necesario, desde mi punto de vista, actualizar el marco actual al nuevo concepto de soberanía que maneja nuestro ordenamiento jurídico dado que todo lo anteriormente mencionado tiene implicaciones en el ámbito competencial interno y en su necesaria interpretación actualizada.

En este sentido, G. JAUREGUI sostiene, que *«el vigente proceso de globalización está horadando de forma extraordinaria los cimientos en los que hasta ahora se ha sustentado la teoría clásica del Estado. Basta con una simple mirada al funcionamiento efectivo de los Estados actuales para comprobar hasta qué punto han quedado obsoletas las teorías clásicas en torno al Estado. El resultado de todo ello lo constituye la progresiva desaparición de esos elementos que, de acuerdo con H. Heller, han caracterizado tradicionalmente a los Estados: centralización territorial, monopolio efectivo del poder, o sujeción de todos los poderes al Estado. En su lugar se observa, tanto a nivel interno como internacional, la aparición de procesos centrífugos en los que se produce*

¹⁸⁵ Sobre el papel de la UE, *vid.* el muy interesante trabajo de C. CONNOLLY, «Independence in Europe: secession, sovereignty, and the EU», *Duke Journal of Comparative & International Law*, 24, 2013.

¹⁸⁶ *Vid.* reforma de la Constitución en 1992 del art. 13.2 de la Constitución por mandato del Tratado de la UE (Maastricht) y reforma del art. 135 de la Constitución en 2011, también por mandato de la Unión Europea.

una dispersión de competencias y poderes entre varios grupos o instituciones y tanto desde un punto de vista material como jurídico-formal. (...) El resultado de todo ello es la quiebra profunda del principio de soberanía, al menos en su sentido clásico. Resulta difícil encontrar o identificar, actualmente, alguna soberanía única que lo sea realmente. Las fronteras son penetrables y pierden su significado cuando actores no estatales pueden comunicarse a través del espacio. El Estado ha dejado de ser un actor unitario para convertirse en un marco más, no el único, en el que se negocian y resuelven las diferencias políticas»¹⁸⁷. (...)

«Esto no significa que los actuales Estados vayan a desaparecer necesariamente sino, simplemente, que se hallan sometidos a cambios estructurales fundamentales. Ello se manifiesta de forma particular en Europa, a través del proceso de integración europeo. Tales cambios están originando ya importantes efectos en principios jurídico-políticos tan básicos y fundamentales como el de la soberanía. El mito integrador del Estado nacional se ha definido, tradicionalmente, por tres dogmas clásicos de la soberanía como son la supremacía, la indivisibilidad, y la unidad del Estado. En aplicación de esos principios el Derecho y el Estado han ido permanentemente unidos. El Derecho en su sentido clásico, ha constituido siempre una emanación de la soberanía estatal. No se reconocía otro Derecho que el generado por el propio Estado, y el Derecho internacional se aceptaba sólo en la medida en que el Estado lo legitimaba.

Con el proceso de unificación europea comienzan a resquebrajarse, o cuando menos debilitarse, esos principios tradicionales. Así, frente a la coincidencia entre un ente soberano y un territorio exclusivo donde se ejerce esa soberanía, surge un sistema político multinacional, geográficamente abierto y en constante crecimiento. Frente a una soberanía única e indivisible se establece una soberanía compartida; junto a las leyes del Estado, han surgido normas comunitarias equiparables con aquellas, y también, en su caso, leyes y normas regionales o autonómicas. A ello debe añadirse la creación de un Derecho transnacional derivado de los pactos o acuerdos jurídicamente válidos suscritos entre los entes interregionales, transfronterizos, etc.»¹⁸⁸.

¹⁸⁷ G. JAUREGUI, «Un nuevo pacto político para la convivencia: algunas reflexiones desde la perspectiva jurídico-constitucional», en Jornadas de Estudio sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe, IVAP, Oñati, 2003, pág. 198.

¹⁸⁸ *Ibid.* Pág. 199. Para el propio G. JAUREGUI, «es evidente que el proceso de globalización y, en nuestro caso particularmente, de integración europea ha abierto profundas brechas en esa concepción formal clásica de la soberanía entendida como poder supremo, originario e independiente», *ibid.*, pág. 200.

Tal y como venimos subrayando, el papel de los Derechos Humanos y del sistema internacional es también central. De hecho, es el propio sistema internacional vigente el que impone toda una serie de límites formales y materiales al concepto clásico de soberanía de los Estados y de cualesquiera otras comunidades políticas.

Este aspecto adquiere un carácter sustantivo para MacCORMICK en relación con el propio ejercicio de la democracia: *«so if the sovereign state is a democratic state, concern about sovereignty is also concern for democracy. Can sovereignty be lost without abandoning popular self-government? Can it be lost without breaking the democratic faith?»*¹⁸⁹. En mi opinión, esta idea de democracia se manifiesta plenamente en el respeto a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales que, como hemos visto, superan con creces cualquier marco constitucional interno para manifestarse en plenitud en los ámbitos del Derecho Internacional y del Derecho Europeo. De forma y manera tal que dichos ámbitos de obligaciones para los Estados y demás comunidades políticas son imprescindible objeto de protección y tutela. No cabe en tal caso posibilidad de regresión alguna ni divisiones sociales que relativicen los derechos de determinadas personas frente a otras. Es un principio indisponible para los poderes políticos que los Derechos Humanos son parte esencial de la democracia y limitación evidente de cualquier ejercicio del poder político.

En este sentido, los Derechos Fundamentales de todas las personas funcionan activamente como límites formales y materiales frente a cualquier poder político¹⁹⁰. Se trata de mínimos pactados internacionalmente, inderogables para cualquier parlamento estatal o autonómico. En hipótesis, un ejercicio de la libre determinación que desconozca dichos límites carecería de viabilidad jurídica internacional para un eventual reconocimiento.

¹⁸⁹ N. MacCORMICK, «Questioning sovereignty», Oxford University Press, 2001, p. 125.

¹⁹⁰ Como sostiene J.C. ALLI ARANGUREN, *«el Derecho Administrativo se ha visto afectado por un proceso de desestructuración motivado por la globalización mundial, la pérdida de poder del Estado en la sociedad y su descentralización funcional y territorial. Todo ello afecta al régimen jurídico y al sistema orgánico y competencial, dando al Derecho Administrativo un nuevo horizonte que lo integra en espacios normativos más amplios, provoca la homogeneización y le atribuye nuevos paradigmas, como son los derechos humanos, que le van a hacer superar la concepción tradicional de equilibrador de las prerrogativas de la Administración y las garantías ciudadanas, para convertirlo en medio para el respeto de los derechos y libertades por parte de los poderes públicos»*. Vid. su trabajo «Derecho Administrativo y Globalización», Thomson-Civitas, 2004, págs. 162 y 163.

De este modo, el concepto actual de soberanía comienza a alejarse del poder total y omnímodo de los gobiernos y Estados para aproximarse a modelos de soberanía limitada o compartida. Estas cuestiones actuales no fueron consideradas por la Constitución española en 1978 ni por el Estatuto de Gernika en 1979, por razones cronológicas evidentes. Entre otras, España no formaba parte de la Comunidad Económica Europea ni había ratificado entonces la mayor parte de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, que hoy forman parte del acervo común europeo e internacional.

En este sentido, la globalización del mundo occidental, la economía libre de mercado y la propia Unión Europea han impuesto a los sistemas políticos todo un abanico de límites a sus propios gobiernos y políticas que, paulatinamente, se alejan de ser plenamente soberanos en términos políticos y jurídicos¹⁹¹.

Resulta evidente que si el sistema internacional y europeo pretenden exportar los valores de la democracia y la buena «gobernanza» en clave de respeto universal a los Derechos Humanos y a la justicia social, es imprescindible que todos los Estados de dicho sistema asuman los límites inherentes a lo que queda de sus respectivas soberanías. El reto se mantiene abierto, por tanto, para que seamos las personas quienes ejercitemos la soberanía que nos corresponde en todos los planos, o que los Estados la ejerzan en beneficio y protección de los derechos de cada uno de nosotros. Esa y no otra debería ser la esencia de una soberanía limitada alejada de los poderes absolutos del pasado. De lo contrario, nuestras sociedades difícilmente se acercarán al concepto de «Buen Gobierno»¹⁹². Por ello, es imprescindible realizar esa relectura del concepto de soberanía sobre la base de los límites inherentes hoy a toda soberanía: los Derechos Humanos que debe garantizar cualquier ejercicio de «Buen Gobierno»¹⁹³.

¹⁹¹ *Vid.* por ejemplo, los casos de Grecia y España durante la crisis económica. En el caso español, con una reforma constitucional sobre limitación del déficit impuesta desde las instituciones de la UE. *Vid.* M. BASSOLS COMA, «La reforma del artículo 135 CE y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: el procedimiento parlamentario de elaboración de la reforma constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 155, julio-septiembre de 2012.

¹⁹² J.C. ALLI ARANGUREN enlaza estas cuestiones con la representación de intereses sectoriales y una gobernanza que asuma, también, la democracia participativa o funcional. *Vid.* su trabajo «Derecho Administrativo y Globalización», *op. cit.*, pág. 171.

¹⁹³ *Ibid.* Pág. 175 y 176. En lo que J. C. ALLI ARANGUREN denomina un «control del poder desde un concepto amplio de la legalidad fundado en los derechos y libertades personales de los ciudadanos», que se ha visto ampliado por el Derecho Europeo e Internacional en su conjunto. (...) «Nos encontramos en un nuevo proceso de juridificación de la sociedad con objetivos liberales de servicio al individuo, a sus derechos y libertades frente al poder estatal...».

En suma, el propio concepto y el ejercicio de la soberanía que practican los Estados está sufriendo modificaciones sustanciales, particularmente durante las últimas décadas. El concepto clásico de soberanía se ha visto superado por el proceso de universalización de los Derechos Humanos. En este sentido, el modelo actual de gobernanza tiende a bascular entre distintas alternativas: un sistema internacional y un modelo de gobierno basados en el mero ejercicio de la soberanía por los poderes públicos y en el sentido unilateralmente determinado por éstos, o bien una fórmula, similar a la que actualmente practica la UE, pero sustancialmente mejorada, en la cual seamos los individuos y todos los poderes públicos constitucionalmente reconocidos los que compartan soberanía en la defensa y promoción de aquellos valores y objetivos que dignifiquen nuestra existencia y respeten nuestros Derechos Humanos¹⁹⁴.

En esta tarea central, los ciudadanos y los gobiernos sub-estatales o de naciones sin Estado no pueden pasar inadvertidos. Se perdería, en tal caso, la oportunidad de realizar una lectura flexible de lo que representa el concepto de soberanía en el siglo XXI. A fin de cuentas, la soberanía reside en cada uno de nosotros y es, por tanto, a cada ciudadano a quien corresponde, individual y colectivamente, su democrático ejercicio. Dicho ejercicio incluye, por supuesto, la defensa de nuestros derechos frente a nuestros respectivos Estados o gobiernos en el ámbito internacional. El individuo es titular único y legítimo, mientras que los Estados y demás ámbitos políticos de decisión son meras entidades instrumentales al servicio de las personas. Esta concepción no representa novedad alguna en el pensamiento jurídico-político. Se trata, sin ir más lejos, de lecturas expuestas con toda claridad por autores como ROUSSEAU o LOCKE¹⁹⁵.

Es imprescindible que cada nivel de gobierno pueda reconocerse definitivamente en la tutela y representación de aquellos derechos individuales y colectivos que sus sociedades demandan abiertamente y con plena legitimidad democrática, incluso en el mismo plano internacional

¹⁹⁴ *Ibid.* Pág. 183: «Los derechos y libertades fundamentales constituyen la esencia del régimen constitucional: son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica» (STC de 14-7-1981). De hecho, son «los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política» (STC de 17-5-1983). *Vid.*, igualmente, STC 34/86, de 21 de febrero.

¹⁹⁵ *Vid.* J.J. ROUSSEAU, «Del contrato social», Alianza Editorial, Madrid, 1991, y J. LOCKE, «Segundo tratado sobre el gobierno civil», Alianza Editorial, Madrid, 1994.

tradicionalmente monopolizado por el Estado nación, en clave de tutela de los Derechos Humanos¹⁹⁶.

Desde un punto de vista práctico, hemos de subrayar que, si no tanto en el plano puramente internacional, sí, al menos, en el de la Unión Europea se ha operado una sustancial modificación del concepto clásico de soberanía, cediendo una buena parte de la misma hacia una instancia supranacional, dotada de Derecho propio, que goza de eficacia directa, primacía y tutela jurisdiccional, asemejada formal y materialmente, desde la perspectiva del papel del Tribunal de Justicia de la UE, a la de cualquier Tribunal Constitucional interno que enjuicie la legalidad constitucional de las actuaciones y normativas públicas discordantes con la legalidad constitucional de un Estado de Derecho. Por estas razones, cabe insistir en que la soberanía ha cambiado y resultaría pertinente actualizar el bloque de constitucionalidad en estos aspectos.

G. JÁUREGUI ya venía advirtiendo que *«la noción de una soberanía exclusiva y hermética ha sido siempre más un mito que una realidad, un mito que ha servido más para legitimar la supresión de la competencia política, tanto en asuntos internos como internacionales, que para poder ejercer un poder real»*¹⁹⁷.

Desde mi punto de vista, en el caso vasco resulta imprescindible actualizar y extender al plano de la UE el reconocimiento que la Constitución hace de los Derechos Históricos de los Territorios Forales en el nivel puramente interno, sobre todo respecto a materias sectoriales que hoy día han escapado prácticamente del control y ejercicio competencial de cada Estado miembro¹⁹⁸. Se trata de una vía inexplorada hasta la fecha, pero que ha de ser considerada en una eventual reforma estatutaria, allí donde la acción de España como Estado miembro de la UE haya prácticamente desaparecido, de modo que deba ser la Comunidad Autónoma la que exija la defensa de unas competencias derivadas

¹⁹⁶ Para J.C. ALLI ARANGUREN, «como límites frente al poder político», en op. cit., pág. 183. Según A. E. PEREZ LUÑO porque «imponían un ámbito de libre determinación individual completamente exento del poder del Estado». Vid. su trabajo, «Los derechos fundamentales», Madrid, 1986, pág. 15. Vid. E. GARCÍA DE ENTERRIA, «La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo», Anuario de Derechos Humanos, Madrid, 1981.

¹⁹⁷ G. JÁUREGUI, «La globalización y sus efectos en el principio de soberanía», en *La institucionalización jurídica y política de Vasconia*, obra colectiva junto a J.M. CASTELLS y X. IRIONDO, Eusko Ikaskuntza, Colección Lankidetzan, 1997, pág. 38.

¹⁹⁸ En particular, en todas aquellas competencias derivadas de la cláusula de reconocimiento de dichos Derechos Históricos. Entre las cuales cabe destacar la competencia económica y fiscal derivada del Concierto y el Convenio económicos, educación, policía, Territorios Históricos y las relaciones directas de todas ellas con el fenómeno comunitario.

de Derechos Históricos que constitucionalmente le pertenecen y deben, en tal caso, ser objeto de actualización mediante la garantía del sistema de bilateralidad que recoge la Disposición Adicional 1.^a de la Constitución española, así como la Adicional del Estatuto de Gernika¹⁹⁹ junto a la Adicional 1.^a de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra. A día de hoy, las Disposiciones Adicionales 6.^a y 7.^a de la Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales referidas a Euskadi y Navarra, avalan abiertamente dicha posibilidad como ejemplo palpable de soberanía compartida.

En suma, este relectura o actualización interpretativa del concepto de soberanía en la actualidad facilita la plasmación en la Unión Europea de nuevas herramientas jurídicas y políticas. La limitación positiva del poder político a favor de los Derechos Humanos de todas las personas ha de ser la conquista social central de nuestros días.

¹⁹⁹ Un primer intento de plasmación general del sistema de bilateralidad se produjo con la Propuesta de reforma del Estatuto político de Euskadi, aprobado por mayoría absoluta en el Parlamento Vasco el 30-12-2004. Propuesta de Reforma rechazada también por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, en el Pleno de 1-2-2005. *Vid.*, en particular, los arts. 14, 15 y 16 de la citada Propuesta.

VIII. Consideraciones finales

- Desde la perspectiva previamente analizada, el derecho a decidir y el derecho de libre determinación de los pueblos no pueden ser considerados dos caras de una misma moneda. El primero se corresponde con un concepto político en construcción carente de manifestaciones jurídicas reales en la actualidad, pero que ha servido para socializar y rebautizar el derecho de libre determinación. Este derecho representa un concepto jurídico evolucionado y desarrollado en el Derecho Internacional Público y en su constante actualización en el tiempo, hoy vigente y no restringido en su ejercicio a los pueblos sometidos a dominación colonial.
- La evolución de la jurisprudencia aplicable y la doctrina sobre el derecho de libre determinación de los pueblos es claramente positiva. Ello no obsta para reconocer que el ejercicio del derecho de libre determinación unilateralmente es ciertamente improbable en los contextos analizados, requiriéndose la negociación con el Estado o Estados implicados o, en su defecto, el reconocimiento formal de una instancia internacional o de terceros Estados. En dicho ejercicio, lo esencial no es solamente demostrar el derecho que asiste a todo pueblo sino, de forma ineludible, demostrar igualmente que el ejercicio de la libre determinación pretende un cumplimiento estricto de los compromisos internacionales, los tratados y pactos, particularmente en materia de protección de los Derechos Humanos.

- El derecho de libre determinación de los pueblos cobra mayor subjetividad, tanto en el plano interno como internacional, si su manifestación y ejercicio democráticos se sustentan, no simplemente en el derecho que un determinado pueblo esgrime al hilo del Derecho Internacional Público, sino en su voluntad de firme respeto y garantía de los Derechos Humanos y principios democráticos que, de hecho, en algunos Estados democráticos, se encuentran en evidente precariedad.
- Una interpretación integrada del ordenamiento internacional e interno ratifica que el Derecho, como medio de resolución de los conflictos sociales, debe ser una vía de integración de voluntades que evite perpetuar los desencuentros y formule opciones de bilateralidad o soberanía compartida, tal y como ya sucede en la Unión Europea.
- A tal fin, en el caso vasco es imprescindible realizar una relectura del propio concepto de soberanía, en la medida en que el ejercicio del poder político público ha cambiado sustancialmente en las últimas décadas, bajo el límite explícito de los Derechos Humanos de todas las personas. Esta relectura debiera ser un requisito previo para una eventual reforma estatutaria vasca y/o del bloque de constitucionalidad para actualizar el marco jurídico al contexto actual, mediante una aplicación flexible y extensiva del principio de bilateralidad o soberanía compartida recogido en la Disposición Adicional 1.^a de la Constitución y en sus Disposiciones concordantes en los marcos estatutarios.
- Concretamente, el principio de bilateralidad entre Euskadi y el Estado puede verse garantizado con mecanismos de mutua lealtad institucional y garantía de cumplimiento de un nuevo marco jurídico-político, con la debida actualización parcial y/o general de los Derechos Históricos vascos. Para tal fin, el papel de la Disposición Adicional 1.^a de la Constitución puede ser central, tanto en el marco interno como en el plano de la Unión Europea, especialmente a la hora de actualizar las competencias directamente derivadas de dicha cláusula y aquellas otras que sea preciso actualizar en relación con la Unión Europea.
- El ejercicio del derecho de libre determinación cumple con las reglas propias de toda democracia moderna, como es visible en los

casos de Québec²⁰⁰ y Escocia²⁰¹, con aplicaciones pactadas y negociadas del derecho de libre determinación de los pueblos²⁰² y subrayando el límite indisponible de los Derechos Humanos de todas las personas, tal y como sucede para cualquier Estado del contexto democrático.

- En el caso vasco, la metodología para lograr un pacto de esta naturaleza es la negociación interna dentro de Euskadi, seguida de la negociación bilateral con el Estado, sobre la base del mutuo reconocimiento, la lealtad institucional y la bilateralidad propia de un sistema de soberanía compartida que tiene su aval jurídico en los Derechos Históricos vascos y su permanente vocación de actualización hacia el futuro.
- El punto de referencia de la «unidad» o el «marco constitucional» como límite a los Derechos Históricos vascos aparece en la soberanía infranqueable de los Derechos Humanos, y no en la soberanía del Estado que está al servicio de las personas y de sus derechos. Por ello, precisamente, la actualización estatutaria debería considerar la actualización de los Derechos Históricos vascos y sus competencias relacionadas²⁰³, también hacia el nuevo

²⁰⁰ Vid. Dictamen del Tribunal Supremo de Canadá de 20-8-1998, donde se configura un derecho de libre determinación pactado entre Québec y Canadá sobre la base de los principios de «pregunta clara» y «mayoría clara»:

«La Constitución es la expresión de la soberanía de la población canadiense, cuyo pueblo, actuando por medio de diversos gobiernos debidamente elegidos y reconocidos en virtud de la Constitución, ostenta el poder de poner en marcha todos los ajustes constitucionales deseados en los límites del territorio canadiense, incluida, si se desea, la secesión de Québec de Canadá» (Fdto. Jco. 85 del Dictamen del TS de Canadá; la traducción es mía). (...)

«Una Constitución no es un collar de hierro» (Fdto. Jco. 150 del Dictamen del TS de Canadá).

²⁰¹ Escocia ha pactado con el Reino Unido, y sin Constitución escrita, un referéndum de libre determinación que se celebró el 18-9-2014, culminando un proceso de Devolución de poderes con principios similares a los Derechos Históricos. La participación en el referéndum escocés fue del 84%. Un 44% voto sí a la independencia de Escocia y un 55% voto negativamente.

Vid. X. EZEIZABARRENA, «Scottish Devolution & Basque Historical Titles», Scottish Affairs, 2012; y M. KEATING, «The independence of Scotland», Oxford University Press, 2009.

²⁰² Vid. art. 1 de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

²⁰³ Incluidas las competencias sobre consultas y/o referendos populares que pueden también ser objeto de delegación y/o transferencia, pues, pese a lo mantenido por el TC en sus Sentencias 103/2008 y 31/2015, no hay impedimento constitucional alguno para

marco de la Unión Europea, obviado tanto en la redacción de la Constitución de 1978 como en el Estatuto de Gernika de 1979 y en el Estatuto navarro de 1982.

- Cualquier objetivo político, por esencial que sea, no puede considerarse, directamente, un fin en sí mismo. Tal y como se deduce de nuestra existencia como personas y como pueblos, seguimos formando parte de un proceso, de un proceso que nadie puede aventurar pues, como todo proceso, se va cimentando en el tiempo. Ello implica que ni el mantenimiento del régimen vigente, ni la soberanía compartida, ni la libre determinación o, incluso, la independencia pueden considerarse, por sí solos, objetivos finales de un determinado proceso político. Los procesos políticos democráticos, al contrario que en los regímenes totalitarios, siempre se encuentran vivos, abiertos y en permanente transformación. Esa es la esencia de toda democracia; la invitación al diálogo, a la negociación y a la búsqueda de soluciones a los conflictos sociales. Ni las soluciones jurídico-políticas vigentes tras la segunda guerra mundial dan respuesta a la situación internacional actual, ni las diversas Constituciones aportan salidas permanentes a cada uno de los conflictos internos. Es parte, de toda realidad democrática, la necesidad de actualizarse, de readaptarse a las nuevas situaciones y, evidentemente, de consultar para ello a quienes ostentan la única soberanía por encima de cualquier otra consideración: la ciudadanía. La democracia es, por tanto, diálogo con la sociedad. Y en el diálogo político el derecho de libre determinación de los pueblos es una de las opciones posibles.

que un Lehendakari o Presidente autonómico pueda consultar legalmente a su ciudadanía. Al contrario, se trata de una figura recogida incluso en el régimen local y que deriva de los derechos de participación política directa y representativa recogidos en los arts. 9 y 23 de la Constitución española, entre otros preceptos.

IX. Bibliografía

- ABALDE, O. «Algunos interrogantes en torno al reconocimiento de los derechos colectivos: el derecho de autodeterminación como figura paradigmática», *RVAP* n.º 59, 2001.
- AJA, E. «El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales», Alianza editorial, Madrid, 1999.
- ALLI, J. C. «Paz y Fueros. Los Derechos Históricos como instrumentos de pacificación», en *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil*, Fundación BBV, Bilbao, 2000.
- ALLI, J. C. «Los hechos diferenciales en la Constitución de 1978», *Euskonews & Media*, n.º 98, <http://www.euskonews.com>
- ALLI, J. C. «Derecho Administrativo y Globalización», Thomson-Civitas, 2004.
- ALVAREZ RUBIO, J. J. «Europa ante el reto de la ampliación interna», *Hermes*, n.º 46, marzo 2014.
- ARRIETA, J. «El 1707 español y el británico», en *Conciliar la diversidad. Pasado y presente de la vertebración de España*, ARRIETA & ASTIGARRAGA eds, UPV/EHU, 2009.
- BASSOLS COMA, M. «La reforma del artículo 135 CE y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: el procedimiento parlamentario de elaboración de la reforma constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 155, julio-septiembre de 2012.
- BEDJAOUI, M. in: J.-P. Cot and A. Pellet (eds.), *La Charte des Nations Unies*, 2nd ed., Economica, Paris 1991.
- BENGOETXEA, J. «Nationalism and self-determination: the Basque case», en *Issues of Self-Determination, Enlightenment, rights and revolution series*, Ed. TWINING, Series Editors:MacCormick & Bankowski, Aberdeen University Press, 1991.
- BENGOETXEA, J. «El futuro de Euskadi y el futuro de Europa. ¿Quién tiene miedo de Europa?, en «Jornadas de Estudio sobre la Propuesta Política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe», IVAP, Oñati, 2003.
- BOGDANOR, V. «Federalism and the nature of the European Union», en «Whose Europe? National models and the Constitution of the European Union», Oxford University Press, Oxford, 2003.
- BOGDANOR, V. & VOGENAUER, S. «Enacting a British Constitution: some problems», *Public Law*, 2008.

- BUCHANAN, A. «Secesión. Causas y consecuencias del divorcio político», Ariel, Barcelona, 2013.
- CARRILLO SALCEDO, J.A. «Sobre el pretendido «derecho a decidir» en Derecho Internacional contemporáneo», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n.º 33, 2012.
- CASTELLS, J.M. «El hecho diferencial de Vasconia», Cuadernos de Autogobierno 1, Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia, Donostia, 2007.
- CHRISTAKIS, T. «The ICJ Advisory opinion on Kosovo: has International Law something to say about secession?», *Leiden Journal of International Law*, 24. 1, 2011.
- CLAVERO, B. «Derechos humanos (individuales) y derechos históricos (colectivos)», en *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil*, Fundación BBV, Bilbao 2000.
- COELLO, C. «La Propuesta del Presidente Ibarretxe: ¿Del etnos al demos? Hacia un nacionalismo performativo», en «Jornadas de Estudio sobre la Propuesta Política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe», IVAP, Oñati, 2003.
- COELLO, C. y GONZÁLEZ BOTIJA, F. «El informe sobre las implicaciones de la independencia de Escocia y su adhesión a la Unión Europea, RVAP n.º 99-100, Vol. I, 2014.
- CONNOLLY, C. «Independence in Europe: secession, sovereignty, and the EU», *Duke Journal of Comparative & International Law*, 24, 2013.
- EZEIZABARRENA, X. «Brief notes on the Historical Rights of the Basque Country and Navarre with regard to Community Law», IUS FORI-Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, n.º 1, primer semestre de 1999.
- EZEIZABARRENA, X. «Derechos Históricos y Derecho Comunitario ante la Propuesta del Lehendakari», en «Jornadas de Estudio sobre la Propuesta Política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe», IVAP, Oñati, 2003.
- EZEIZABARRENA, X. «Los Derechos Históricos de Euskadi y Navarra ante el Derecho Comunitario», Eusko Ikaskuntza, 2003.
- EZEIZABARRENA, X. «Europe & Co-sovereignty», Oxford Magazine, num. 226, Oxford, May 2004.
- EZEIZABARRENA, X. «Scottish Devolution and Basque Historical titles: two legal paths towards co-sovereignty», *Scottish Affairs* n.º 80, summer 2012.
- EZEIZABARRENA, X. «La ampliación interna de la UE y el principio de no regresión en los Derechos Humanos», *Hermes*, n.º 51, diciembre de 2015.
- EZEIZABARRENA, X. «Prospecciones petrolíferas en Canarias y consulta popular», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 31, 2015.
- FELDMAN, D. «None, one or several? Perspectives on the UK's constitution (s)», *Cambridge Law Journal*, 2005.
- FERNÁNDEZ, T.R. «Los Derechos históricos de los territorios forales», Civitas, 1985.
- FERNÁNDEZ MANJÓN, D. y TORRADO, J. «Autodeterminación en sistemas democráticos. El caso de la consulta en Euskadi», *RVAP*, n.º 83, 2009.

- FILIBI, I. «Una reflexión sobre la autodeterminación», Noticias de Gipuzkoa, 6-4-2016.
- FONDEVILA, M. «La disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea», Madrid, Ed. Reus, 2015.
- FOSSAS, E. «Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Catalunya», Revista Española de Derecho Constitucional n.º 101, 2014.
- GAGNON, A. «Québec y el federalismo canadiense», CSIC, Madrid, 1998.
- GALDOS, I. «Tiempo de consultas», *Noticias de Gipuzkoa*, 18-5-2016.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo», Anuario de Derechos Humanos, Madrid, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. , Curso de Derecho Administrativo, Vol I, Civitas, 1990.
- GÓMEZ ISA, F. «El derecho de autodeterminación en el Derecho Internacional contemporáneo», en «Derecho de autodeterminación y realidad vasca», Gobierno Vasco, Vitoria, 2002.
- GÓMEZ RIVERO, R. «El pase foral en Guipúzcoa en el siglo XVIII», Donostia, 1982.
- GÓMEZ RIVERO, R. «Análisis comparado del pase foral en el País Vasco a partir del siglo XVIII, Boletín de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País, XXXIX, 1983.
- GROS ESPIELL, H. *Revista Hermes*, febrero de 2003.
- GUIMÓN, J. «El derecho de autodeterminación. El territorio y sus habitantes», Universidad de Deusto, Bilbao, 1995.
- HANNUM, H. «Autonomy, sovereignty and self-determination. The accommodation of conflicting rights», University of Pennsylvania Press, 1990.
- HANNUM, H. «Rethinking self determination», *Virginia Journal of International Law*, Vol. 34, 1, 1993.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. «La titularidad de los Derechos Históricos vascos», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 58, 1987.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. y LLUCH, E. «Constitucionalismo útil», en *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil*, Fundación BBV, Bilbao 2000.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. «Autodeterminación y Derechos Históricos», en *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil*, Fundación BBV, Bilbao 2000.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. «Derechos Históricos y Constitución», Taurus, 2000.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. «El valor de la Constitución», Barcelona, 2003.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. «España y Vasconia: presente y futuro (consideraciones en torno al Plan Ibarretxe», en «Jornadas de Estudio sobre la Propuesta Política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe», IVAP, Oñati, 2003.
- IBARRA, P., CASTELLS, J.M., EZEIZABARRENA, X. OLASKOAGA, J. «¡¡¡Un referéndum secesionista!!!», *Noticias de Gipuzkoa*, 29-6-2012.
- INNERARITY, D. «La importancia de poderse ir», *El País*, 6-4-2016.
- JÁUREGUI, G. «La globalización y sus efectos en el principio de soberanía», en *La institucionalización jurídica y política de Vasconia*, obra colectiva junto a J.M. CASTELLS y X. IRIONDO, Eusko Ikaskuntza, Colección Lankidetzan, 1997.

- JÁUREGUI, G. «Los nacionalismos minoritarios y la Unión Europea. ¿Utopía o ucronía?», Ariel, Barcelona, 1997.
- JÁUREGUI, G. «El Estado, la Soberanía y la Constitución ante la Unión Europea», *RVAP*, n.º 53 II, enero-abril de 1999.
- JÁUREGUI, G. «La autodeterminación en la perspectiva del siglo XXI», *RVAP* n.º 41, 1995.
- JÁUREGUI, G. «Un nuevo pacto político para la convivencia: algunas reflexiones desde la perspectiva jurídico-constitucional», en *Jornadas de Estudio sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, IVAP, Oñati, 2003.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J.J. «Principio democrático y derecho a decidir», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 19, 2014.
- KEATING, M. «Plurinacional democracy and the European order», en «*Jornadas de Estudio sobre la Propuesta Política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*», IVAP, Oñati, 2003.
- KEATING, M. «The Minority Nations of Spain and European Integration. A new framework for autonomy?», *Spanish Cultural Studies*, 1.1 (2000).
- KEATING, M. «Self-determination, multinational states and the transnational order», en M. van der Valtt van Praage and O. Seroo (eds.), *The Implementation of the Right to Self-determination as a Contribution to Conflict Resolution*, Barcelona: UNESCO Catalunya, 1998.
- KEATING, M. «So Many Nations, So Few States. Accommodating Minority Nationalism in the Global Era», en A-G. Gagnon and J. Tully (eds), *Struggles for Recognition in Multinational Societies*, Cambridge University Press, 2001.
- KEATING, M. «Nations without States: minority nationalism in the global era», in Ferran Requejo (ed.), *Democracy and National Pluralism*, Cambridge University Press, 2001.
- KEATING, M. «Europe's Changing Political Landscape: Territorial Restructuring and New Forms of Government», en Paul Beaumont, Carole Lyons and Neil Walker (eds), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Hart, 2002.
- KEATING, M. «The independence of Scotland», Oxford University Press, 2009.
- KYMLICKA, W. «Linking self-determination and Human Rights: comments on Peter Jones (2015)», in Adam Etinson (ed), *Human Rights; moral or political?*, Oxford University Press, 2016.
- LACASTA-ZABALZA, J.I. «España uniforme», ed. Pamiela, Pamplona, 1998.
- LAFOURCADE, M. «Las instituciones tradicionales y públicas de la Vasconia continental», *Euskonews & Media*, n.º 38, <http://www.euskonews.com>
- LAFOURCADE, M. «Iparralde ou las provinces du Pays Basque nord sous l'ancien regime», *Euskonews & Media*, n.º 3, <http://www.euskonews.com>
- LASAGABASTER, I. «La experiencia estatutaria y la vía soberanista», en «*Jornadas de Estudio sobre la Propuesta Política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*», IVAP, Oñati, 2003.
- LASAGABASTER, I. «Consulta o referéndum. La necesidad de una nueva reflexión jurídica sobre la idea de democracia», LETE, Bilbao, 2008.

- LESTER, N. «Le Québec vers l'indépendance», Documentation Française, 1978.
- LETAMENDÍA, F. (Coordinador). «Nacionalidades y Regiones en la Unión Europea», IVAP, 1999.
- LOCKE, J. «Segundo tratado sobre el gobierno civil», Alianza Editorial, Madrid, 1994.
- LOPERENA, D. «Derecho histórico y régimen local de Navarra», Gobierno de Navarra, 1988.
- LOPERENA, D. «Unidad constitucional y actualizaciones generales y parciales de los Derechos Históricos», en Jornadas de Estudio sobre la actualización de los Derechos Históricos vascos, UPV/EHU, 1985.
- LOPERENA, D. «Navarra y el nacionalismo compatible», en «Jornadas de Estudio sobre la Propuesta Política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe», IVAP, Oñati, 2003.
- LÓPEZ BOFILL, H. «La evolución jurídica hacia un Estado propio», *Revista Catalana de Dret públic*, extra n.º 1, 2010.
- LOUGHLIN, J. «The regional question, subsidiarity and the future of Europe», en «Whose Europe? National models and the Constitution of the European Union», Oxford University Press, Oxford, 2003.
- MANCINI, S. «Rethinking the boundaries of democratic secesión: liberalism, nationalism, and the right of minorities to self-determination», *International Journal of Constitutional Law*, 6, n.º 3-4, July-October 2008.
- MANCINI, S. «Secession and self-determination», in M. ROSENFELD and A. SAJO (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- MacCORMICK, N. «Is nationalism philosophically credible?», en *Issues of Self-Determination, Enlightenment, rights and revolution series*, Ed. TWINING, Series Editors: MacCormick & Bankowski, Aberdeen University Press, 1991.
- MacCORMICK, N. «Questioning sovereignty», Oxford University Press, 2001.
- MBAYE, K. Introduction [to Part Four, Human Rights and Rights of Peoples], in: M. Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Unesco-Nijhoff, Paris and Dordrecht, 1991.
- McLEAN, I. & McMILLAN, A. «State of the Union», Oxford University Press, 2005.
- MEADOWS, M. «Constitutional crisis in the United Kingdom: Scotland and the Devolution controversy», *The Review of Politics*, Vol. 39, No. 1, January 1977.
- MICHALSKA, A. «Rights of peoples to self-determination in international law», en *Issues of Self-Determination, Enlightenment, rights and revolution series*, Ed. TWINING, Series Editors: MacCormick & Bankowski, Aberdeen University Press, 1991.
- MONREAL, G. «La base foral del Plan del Lehendakari Ibarretxe», en «Jornadas de Estudio sobre la Propuesta Política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe», IVAP, Oñati, 2003.
- MONREAL, G. «El ideario jurídico de Antoine d'Abbadie», *Euskonews & Media*, n.º 16, <http://www.euskonews.com>

- MUELLER, C. «Secession and self-determination: remedial right only theory scrutinised», *POLIS Journal*, n.º 7, 2012.
- NIETO ARIZMENDIARRIETA, E. «Reflexiones sobre el concepto de Derechos Históricos», *RVAP*, n.º 54, 1999.
- NIKOLAIDIS, K. & WEATHERILL (ed), «Whose Europe? National models and the Constitution of the European Union», Oxford University Press, Oxford, 2003.
- PENTASSUGLIA, G. «State sovereignty, minorities and self-determination: a comprehensive legal view», *International Journal on Minority and Group Rights*, n.º 9, 2002.
- PEREZ LUÑO, A.E. «Los derechos fundamentales», Madrid, 1986.
- PÉREZ ROYO, J. «La fuentes del Derecho», Tecnos, 1991.
- PONS, X. «Legalidad internacional y derecho a decidir», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 27, 2014.
- PRIBA, J. «Sovereignty in Post-Sovereign Society», Furham, Ashgate, 2015.
- RANJEVA, R. «Peoples and National Liberation Movements», in: M. Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Unesco-Nijhoff, Paris and Dordrecht 1991.
- RENYER, J. «L'Autodeterminació del poble catalá: preguntes i respostes», Editorial Mediterrània, 2001.
- RIDAO, J. «La poderosa y alargada sombra de la STC 103/2008 sobre la Ley vasca de consulta en el ejercicio del «derecho a decidir» un nuevo marco político para Catalunya», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100, mayo-diciembre de 2014.
- RIDAO, J. «La juridificación del derecho a decidir en España. La STC 42/2014 y el derecho a aspirar a un proceso político del orden constitucional», *Revista de Derecho Político*, n.º 91, UNED, 2014.
- ROUSSEAU, J.J. «Del contrato social», Alianza Editorial, Madrid, 1991.
- RUBIO LLORENTE, F. «Un referéndum para Catalunya», *El País*, 8-10-2012.
- RUIZ VIEYTEZ, E. «Réflexions sur la nature de l'autodétermination de la perspective des droits de l'homme», *Les Cahiers du Centre de Recherche Interdisciplinaire sur la Diversité* n.º 3, CRIDAQ, 2012.
- RUIZ VIEYTEZ, E. «Regulando el derecho a decidir: una propuesta», en Naciones y Estados en el siglo XXI, *Cuadernos RIEV*, n.º 11, Eusko Ikaskuntza, 2015.
- RUIZ VIEYTEZ, E. «Minority nations and self-determination. A proposal for the regulation of sovereignty processes», *International Journal on Minority and Group Rights* n.º 23-3, 2016.
- RUVERT DE VENTOS, X. «Yo no quiero queso; sólo salir de la ratonera», *El País*, 15-9-2007.
- SEGARRA E. (coord.), «¿Existe el derecho a decidir? Preguntas y respuestas sobre el proceso abierto en Catalunya», Tibidabo, Barcelona, 2014.
- SEYMOUR, M. «Secession as a remedial right», *Inquiry: An interdisciplinary Journal of Philosophy*, n.º 50, 2007.
- SOROETA, J. «El conflicto del Sahara Occidental, reflejo de las contradicciones y carencias del Derecho Internacional», UPV/EHU, 2001.

- SOROETA, J. «El Derecho Internacional y el Derecho interno canadiense ante el desafío de Québec», Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, UPV/EHU, 2002.
- SUNSTEIN, C. «Debate: Should Constitutions Protect the Right to Secede? A reply to Weinstock», *Journal of Political Philosophy*, n.º 9-3, 2001.
- TAMAYO, V. «La autonomía vasca contemporánea. Foralidad y estatutismo 1975-1979», IVAP, 1994.
- THURER, D. & BURRI, T. «Self Determination», Max Planck of Public International Law, University of Oxford, 2008.
- URRUTIA, I. «Territorial integrity and self-determination: the approach of the International Court of Justice in the advisory opinion on Kosovo», *Revista d'estudis Autònoms i Federals*, n.º 16, 2012.
- URRUTIA, I. «Derecho de autodeterminación y creación de nuevos Estados europeos a partir de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo», Fórum sobre el dret a decidir. Dret comparat i context internacional, Institut d'estudis Autònoms, Barcelona, 2014.
- VERDROSS, A. Derecho Internacional Público, Aguilar, Madrid, 1957.
- VIDMAR, J. «Remedial secession in International Law : Theory and (Lack of) practice», *St. Antony's International Review*, n.º 6-1, Oxford, 2010.
- VILAJOSANA, M. «Principi democràtic i justificació constitucional del dret de decidir», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, n.º 19, 2014.
- VV.AA. «Derecho de autodeterminación y realidad vasca», Gobierno Vasco, Vitoria, 2002.
- VV.AA. «Naciones y Estados en el siglo XXI: democracia y derecho a decidir», *Revista Internacional de Estudios Vascos*, Cuadernos n.º 11, 2015.
- WEINSTOCK, D. «Constitutionalizing the Right to Secede», *Journal of Political Philosophy*, n.º 9-2, 2001.
- WICKS, E. «The evolution of a Constitution: eight key moments in British constitutional history», Hart Publishing, Oxford, 2007.
- WOEHLING, J. «The Quebec secession reference: pitfalls ahead for the federal government», *Canada-Watch*, n.º 6, October 1997.
- WOEHLING, J. «The Supreme Court's Ruling on Quebec's Secession: Legality and Legitimacy Reconciled by a Return to Constitutional First Principles,» en Hugh Mellon and Martin Westmacott (eds.). *Political Dispute and Judicial Review*, Scarborough, Nelson, 2000.

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 90

El denominado «derecho a decidir» en su acepción política más reciente viene capitalizando en los últimos tiempos buena parte del debate político internacional e interno en naciones diversas como Catalunya, Euskal Herria, Escocia, Québec o Flandes, entre otros lugares significativos. La lógica política y democrática de dicha reclamación de libertades políticas es evidente para muchas naciones sin Estado, de manera que la socialización política del concepto es, desde mi punto de vista, un hecho positivo que acerca a la sociedad un debate complejo tanto en el plano del Derecho Internacional como en el interno. El objeto del presente estudio es el análisis e interpretación contemporánea de la institución jurídica de Derecho Internacional que da cobertura y efectividad jurídica previa al denominado, recientemente y en términos políticos, «derecho a decidir».

Xabier Ezeizabarrena es Abogado del Colegio de San Sebastián desde 1997, especializado en Derecho Administrativo y Ambiental. Doctor en Derecho (UPV/EHU, 2005). Master en Derecho Ambiental y Beca UNESCO-Etxea en Derechos Humanos (ONU, Ginebra, 2011). Ha sido Profesor Visitante en las Universidades de Oxford, Sant Antony's College (2003/04) y Edimburgo, Europa Institute (2009). Profesor de Derecho Autonómico y de Derecho Ambiental en la Universidad de Deusto. Es Director del Máster en Derecho Ambiental, Profesor de Derecho Administrativo y del Master de acceso a la abogacía en la Universidad del País Vasco. Autor de diversas publicaciones y monografías sobre Derechos Históricos vascos, libre determinación y Derecho Ambiental. Miembro de las Juntas Generales de Gipuzkoa desde 2011. Premio Melchor Almagro de Derecho Público (Universidad de Granada, 2001), Accesit Premio Lehendakari Agirre (Diputación Foral de Gipuzkoa, 2012) y Premio Eurobask 2013.