

# SOBRE EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN Y SU COMPATIBILIDAD CON LA CONSTITUCIÓN

JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ  
*Profesor Titular de Derecho Constitucional (UNED)*  
*Letrado Mayor del Consejo de Estado*  
*Magistrado del Tribunal Supremo*

## 1. EL DENOMINADO DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN Y SU COMPATIBILIDAD CON LA CONSTITUCIÓN

Se afirma que la Constitución de 1978 es compatible con un denominado «derecho a la autodeterminación de los pueblos». Se hace referencia, con él, a un *derecho de secesión* que, en cuanto derecho subjetivo, consentiría a nuestras comunidades históricas —a las que se considera titulares de este derecho— decidir en forma unilateral si se desgajan o no del resto del territorio nacional y afirmar libremente su futuro en la Historia, en forma independiente de España.

La afirmación de ese derecho a la autodeterminación no se limita a declaraciones de carácter político o a comentarios de prensa, sino que ha trascendido a publicaciones científicas y ha dado lugar a construcciones dogmáticas de interés<sup>1</sup>.

1. Así la polémica entre José Ramón PARADA, «España: ¿Una o trina? (Hacia el Estado de las Padas de la mano de Herrero y Rodríguez de Miñón)» en RAP, 141, pp. 7 y ss., y Miguel HERRERO DE MIÑÓN, «Hacia el Estado de la España Grande (Réplica a Ramón Parada)», en RAP, 142, pp. 103 y ss. Cfr., sobre la cuestión, M. HERRERO DE MIÑÓN, *Derechos históricos y Constitución*, Madrid, Ed. Taurus, 1998. José A. DE OBIETA CHALBAUD, *El derecho humano de autodeterminación de los pueblos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1993, 2.<sup>a</sup> reimpresión de la edición de 1985 y Segundo RUIZ RODRÍGUEZ, *La teoría del derecho de autodeterminación de los pueblos*, Madrid, CEPC, 1998.

La Constitución de 1978 no reconoce un derecho de autodeterminación en los términos a los que acabo de hacer referencia. Sus defensores se ven obligados por ello a hacerlo descender desde el Derecho natural, importarlo del Derecho internacional público (por la vía de los arts. 10.2 y 96.1 de nuestra Norma Fundamental) o resucitarlo como «*derecho histórico de los territorios forales*», a actualizar mediante plebiscito o por simple decisión de un Parlamento autónomo, con amparo en la Disposición Adicional Primera de la Constitución.

No existe, a mi entender, cuestión de mayor trascendencia en un Estado que la relativa a la desmembración de una o varias de sus partes, en aplicación de este denominado «derecho de autodeterminación», lo que justifica un análisis científico del mismo.

Voy a examinar el «derecho de autodeterminación de los pueblos» tal como rige en el Derecho internacional público actual y sus posibilidades de aplicación en el ordenamiento español.

El examen se limita al Derecho positivo, sin abordar hipotéticas manifestaciones de la autodeterminación en el Derecho natural o en la teoría política de las nacionalidades.

## 2. LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Aunque es cierto que, desde la segunda posguerra mundial, se afirma en Derecho internacional público un «*derecho de autodeterminación*», el mismo se refiere única y exclusivamente a territorios o dependencias coloniales o sometidos a una ocupación extranjera. No existía dicho derecho en la época de la Sociedad de Naciones, ni en la era de los Imperios coloniales del siglo XIX.

En los últimos años ha cobrado fuerza un nuevo supuesto de autodeterminación. Como consecuencia de los acontecimientos que han sucedido tras el desmoronamiento del Imperio soviético se afirma el derecho a autodeterminarse de un pueblo pese a no haber sido sometido a dominación colonial, en el caso de que sus derechos humanos sean violados en forma clara y flagrante, o cuando se le impide participar democráticamente en el gobierno del Estado en el que se inserta, en condiciones de igualdad con el resto de la población.

Fuera de estas circunstancias no existe derecho de autodeterminación alguno. En consecuencia, la afirmación de la existencia de un denominado «*derecho a la autodeterminación*», entendido como derecho colectivo del que serían titulares las comunidades históricas de un Estado social y democrático de Derecho, como es España, no sólo carece de consistencia científica, sino que es contraria a la práctica internacional y a los Tratados internacionales que nos vinculan. El Derecho internacional contemporáneo se sigue fundamentando hoy, por el contrario, en el principio de la obligación de respeto a la integridad territorial de los Estados soberanos existentes.

## 2.1. *La declaración del Tribunal Supremo de Canadá a propósito de la autodeterminación de Quebec*

La reciente declaración del Tribunal Supremo de Canadá de 20 de agosto de 1998 se ha convertido en un texto fundamental en cuestión de autodeterminación de los pueblos, que corrobora las afirmaciones que se acaban de efectuar<sup>2</sup>.

El Gobierno de Canadá había sometido a dictamen del Tribunal tres cuestiones sobre la posibilidad de secesión de la Provincia de Quebec del resto de la Federación canadiense<sup>3</sup>.

Interesa ahora la segunda de ellas, por la que se preguntaba al Tribunal si existe en Derecho Internacional Público un derecho subjetivo real que conceda al Parlamento o al Gobierno de Quebec la facultad unilateral de separarse de Canadá y si en Derecho internacional público existe un derecho a la autodeterminación («*self-determination*») de los pueblos que habilite para tal secesión unilateral.

Las decisiones jurisdiccionales de los Estados constituyen, a pesar de su origen interno, signos de relieve para determinar el estado del Derecho internacional público contemporáneo. Este es un valor que debe ser reconocido a la sentencia del Tribunal canadiense que se examina, que se apoya además en el dictamen previo de los eminentes internacionalistas James Crawford y del actual Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Luzius Wildhaber<sup>4</sup>.

Según el Tribunal de Canadá no es necesario entrar en el examen de lo que significa la expresión «*pueblo*» para resolver la cuestión que se le plantea, ya que el «*derecho de autodeterminación*» que se predica de los mismos únicamente está reconocido claramente por el Derecho internacional en la era de las Naciones Unidas en las dos situaciones siguientes:

a) Cuando un «*pueblo*» está siendo gobernado por una metrópoli, como colonia que forma parte de un Imperio.

2. En Internet (<http://www.droit.umontreal.ca/doc/csc-scc/fr/index.html>), página de la Universidad de Montreal, en colaboración con el Tribunal Supremo de Canadá, que permite consultar su jurisprudencia.

3. Los Países angloamericanos carecen de una institución consultiva. Funciones que en España corresponderían al Consejo de Estado en Pleno (art. 22.9 de su Ley Orgánica 3/1980) se deben atribuir en Canadá a órganos como el Tribunal Supremo. La función de dictamen del Tribunal canadiense se parece también a la que ejerce nuestro Tribunal Constitucional en las declaraciones sobre constitucionalidad de los Tratados, a que se refiere el artículo 95 de la Constitución y el artículo 78 de su Ley Orgánica 2/1979. Sin embargo, la competencia del Tribunal Constitucional español es jurisdiccional, en cuanto se limita exclusivamente a pronunciarse sobre la contradicción entre la Constitución y las disposiciones de un tratado internacional concreto, cuyo texto esté ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado (Cfr., Declaración del TC de 1 de julio de 1992 sobre el Tratado de Maastricht y J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Los tratados internacionales y los controles de constitucionalidad*, en REDA, 30, 1981, pp. 472 y ss. Las tres preguntas efectuadas por el Gobierno de Canadá a su Tribunal Supremo, que, dadas las respuestas del Alto Tribunal quedan en la práctica reducidas a dos, son, en cambio, de carácter teórico y abstracto, por lo que la función que ejerce el Tribunal canadiense es consultiva.

4. Pueden consultarse en Internet: [http://canada.justice.gc.ca/Orientations/secess/index\\_en.html](http://canada.justice.gc.ca/Orientations/secess/index_en.html).

b) Cuando un «pueblo» ha sido objeto de ocupación por una Potencia extranjera y está siendo sometido, explotado o dominado por parte de la Potencia ocupante.

Junto a este contenido, aceptado universalmente, afirma el Tribunal de Canadá, una tercera circunstancia en la que también se empieza a predicar por algunos autores la existencia de un «derecho de autodeterminación», aunque no es claro que la misma constituya aún una norma de Derecho internacional firmemente establecida. Esta tercera circunstancia es la siguiente:

c) Cuando un «pueblo» ve negado o bloqueado en forma significativa el ejercicio de sus derechos democráticos por el Gobierno del territorio a que pertenece.

Acoge el Tribunal canadiense, para esta tercera dimensión, la opinión expresada por Luzius Wildhaber, en su informe emitido como experto ante el propio Tribunal el 19 de febrero de 1997. Manifiesta Wildhaber, en aquel momento Juez por Suiza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su voto concurrente con el entonces Presidente Rysdall a la sentencia del citado Tribunal Europeo de 18 de diciembre de 1996 (caso *Loizidou* contra Turquía), había expresado ya que en los últimos años ha empezado a surgir un consenso en el Derecho internacional contemporáneo para admitir que, junto a los supuestos de descolonización y ocupación extranjera, los pueblos también pueden ejercer un «derecho a la autodeterminación» si sus derechos humanos son violados de forma manifiesta e importante o si carecen de representación política o se encuentran infrarepresentados en el gobierno del territorio al que pertenecen, de una forma antidemocrática y discriminatoria. Esta nueva acepción del derecho a la autodeterminación serviría así —en el voto de Wildhaber que se comenta— como una herramienta poderosa para asegurar los principios internacionales emergentes de democracia y de respeto a los derechos humanos<sup>5</sup>.

Aceptando también esta tercera, y última, dimensión, el Tribunal Supremo de Canadá ha logrado precisar el contenido del denominado «*derecho de autodeterminación*», en términos aceptables para la doctrina internacionalista<sup>6</sup>.

No era fácil hacerlo, ya que la redacción de los Convenios internacionales en la cuestión que nos ocupa ha sido siempre ambigua. Se trata de una ambigüedad calculada, dictada por la oportunidad de satisfacer el apetito colonial de las Potencias vencedoras en las dos Guerras Mundiales sobre las posesiones de las Potencias vencidas, sin poner en riesgo los propios territorios coloniales. El uso de múltiples términos eufemísticos alternativos al de «*colonia*» se revela en las expresiones: dominio, protectorado, territorio en administración fiduciaria,

5. Cfr., desde la perspectiva de la disolución de la antigua Yugoslavia el artículo de Nina VAJIC, «El derecho a la autodeterminación en el marco de las Naciones Unidas y su relación con la situación en Croacia» en *Studia Croatica*, 1994, núm. 126/127 p.237 ss. y en Internet: <http://www.studiacroatica.com/revistas>.

6. Conf., para la española, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ Y P. ANDRÉS DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho Internacional Público*, 6.<sup>a</sup>, Madrid, Cívitas, 1998, pp. 757 y ss.

fideicomiso o territorio no autónomo, que se ha venido usando sucesivamente en la práctica internacional colonial.

El problema se plantea cuando un sector doctrinal desconoce el sentido de la ambigüedad en la redacción de los textos convencionales de origen diplomático, y trata de importar su imprecisión en el Derecho constitucional interno, aprovechando la apertura al mismo de las Constituciones democráticas. Es mérito de la sentencia canadiense salir también al paso de dicho intento. Ni los artículos 1 y 55 de la Carta de las Naciones Unidas ni el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales pueden ser interpretados seriamente –pese a su dicción imprecisa– en el sentido de garantizar a los territorios o partes de un Estado soberano el derecho legal a separarse unilateralmente de dicho Estado.

En otro informe de 19 de febrero de 1997, como experto ante el Tribunal Supremo de Canadá, el internacionalista James Crawford pone de manifiesto que la conocida Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 2.625 (XXV), del 24 de octubre de 1970, reconoce, junto al derecho a la autodeterminación de los pueblos, una «*cláusula de salvaguardia*» básica en el Derecho internacional contemporáneo. En virtud de la misma, un Estado cuyo Gobierno represente a su población en condiciones de igualdad cumple con el principio de autodeterminación en relación a la totalidad de la misma, y tiene derecho a la protección de su integridad territorial. El pueblo –o los pueblos– de dicho Estado se autodeterminan mediante su participación democrática en la forma de gobierno.

La declaración del Tribunal Supremo canadiense acoge esta idea y la desarrolla con apoyo en textos positivos, poniendo de manifiesto el Acta Final de la Conferencia de Helsinki sobre Seguridad y Cooperación en Europa de 1975 o, más recientemente, la Declaración de la Asamblea General de 9 de noviembre de 1995, para el 50.º Aniversario de las Naciones Unidas, reafirman el derecho de autodeterminación de los pueblos, pero también precisan que el mismo no puede ser entendido como legitimador de interferencias externas (Acta Final de Helsinki), o como promotor de ninguna acción que pueda desmembrar o debilitar la integridad territorial o la unidad política de los Estados soberanos e independientes que posean un Gobierno representativo que, sin distinciones de ningún tipo, sea expresión democrática de todo el pueblo perteneciente a su territorio.

Resulta, en fin, que es irrelevante la consideración –religiosa, cultural o lingüística– de una comunidad humana como «pueblo» a efectos del principio de autodeterminación en Derecho internacional. Aunque la Comunidad francófona de Quebec posee las características propias de un «pueblo», no forma parte de un imperio colonial, ni está sojuzgada por un Estado extranjero ni se le niega en forma significativa su derecho a participar en condiciones de igualdad en el gobierno de su Estado. No posee, en consecuencia, ningún derecho que dimane del Derecho internacional público para separarse unilateralmente de Canadá.

## 2.2. *Inexistencia de normas de Derecho internacional que vinculen a la Constitución española en materia de autodeterminación de las Comunidades históricas.*

La conclusión que se acaba de exponer debe ser trasladada a España, y al derecho de autodeterminación que se afirma para sus comunidades históricas.

No se puede afirmar con seriedad científica que sean titulares de un derecho de autodeterminación que deriva del Derecho internacional público, pues tampoco son posesiones coloniales, no han sido sojuzgadas militarmente por un Estado extranjero y no carecen de posibilidad de acceso a todos y cada uno de los niveles de participación y de gobierno, incluso en instituciones autónomas propias, como las que crea el Estado de las Autonomías en la Constitución de 1978.

El «derecho de autodeterminación» de vascos, catalanes y gallegos sólo puede ser contemplado, en consecuencia, en base al Derecho interno constitucional español. Quienes han pretendido utilizar con tal fin la generosa vía de transparencia o adopción del Derecho internacional público por nuestro Derecho interno, prevista en los artículos 96.1 ó 10.2 de la CE, se enfrentan a una labor estéril, pues el Derecho Internacional contemporáneo no lanza mandatos de autodeterminación dirigidos a un Estado democrático, miembro de la Unión Económica y Monetaria Europea, para que desmiembre su territorio y desarticule su organización estatal. Ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen, pese a constituir también Derecho español por las vías constitucionales indicadas, relevancia interna alguna en la cuestión que se examina<sup>7</sup>.

El Derecho internacional sí cobra, en cambio, relieve desde la perspectiva contraria de las obligaciones internacionales asumidas por el Reino de España. Entre ellas se encuentra la de pertenencia a las instituciones comunitarias europeas. Es evidente que la hipótesis de autodeterminación de un territorio de un Estado perteneciente a la Unión Europea, para erigirse como nuevo sujeto soberano con entidad propia en el Derecho internacional, no podría efectuarse unilateralmente ni siquiera por parte del propio Estado español responsable internacionalmente del mismo, ya que implicaría, caso de ser admitida, una nueva negociación de los Tratados que rigen la propia Comunidad.

## 2.3. *La tesis de los «Fragmentos de Estado» como recuerdo histórico de la época colonial prusiana*

Defender la existencia de un «derecho de autodeterminación» ejercitable sin más por una comunidad histórica española, implica considerar a ésta como una

7. En contra, J. A. DE OBIETA CHALBAUD, *El derecho humano de autodeterminación de los pueblos*, op.cit., pp. 63 y ss.; 78 y s., et pássim. Las tesis de este autor se utilizan reiteradamente en el debate que tiene lugar actualmente en Internet sobre esta cuestión. Cfr., por ejemplo, la página de EuskalHerria Journal para Latinoamérica: <http://www.contrast.org/mirrors/ehj/html/ehjesp.html>, con colaboraciones de Gerry Adams, Presidente del Sinn Fein sobre la autodeterminación en Irlanda del Norte y de I. EGAÑA: *In-determinación versus autodeterminación*.

entidad distinta y separada del Estado español, meramente yuxtapuesta a él para formar España, a semejanza de un simple «*anejo*». La conexión de tal concepción con un imperialismo colonial ya periclitado en la era de Naciones Unidas no es casual, si se recurre para explicarla a la vieja teoría de los «*fragmentos de Estado*».

La finalidad esencial que persiguió Jorge Jellinek con su teoría de los «*fragmentos de Estado*» fue, en efecto, justificar bajo apariencia científica una diferenciación entre la superioridad de la metrópoli y la posición inferior de las posesiones y habitantes de las colonias de ultramar.

Sólo la metrópoli vendría a configurar la individualidad del Estado en cuanto tal, lo que justificaría una separación clara entre ella y sus colonias, generándose distintas relaciones constitucionales en lo que se refiere a la población y el territorio del Estado prusiano y la población y el territorio de sus colonias. Estos últimos vendrían a constituir un simple «*objeto*» de dominio, ejercido con una finalidad puramente mercantil; sobre la metrópoli —en cambio— se habla de la existencia de un interés superior y ético del Estado sobre sí mismo. Concebida sobre la base de una concepción hegeliana del Estado, la metrópoli tendría sobre su población y su territorio auténticos «*derechos de la personalidad*» como los que tiene el ser humano sobre su propio cuerpo, su honor o su fama. Muy distinta sería la situación de meras posesiones ocupadas por civilizaciones inferiores.

La doctrina había utilizado ya las figuras del «*Estado futuro*», del «*Estado-lactante*» o del «*Estado embrión*» para referirse a las posesiones de ultramar, contraponiéndolas a la metrópoli como «*Estado-madre*» o «*Estado-gestante*», lo que ofrecía además la imagen benefactora de la superior civilización europea sobre un ente inferior concebido, pero no nacido, y por ello incapaz de derechos y obligaciones, salvo en lo que le fuera favorable («*conceptus pro iam natus habetur*»).

La tesis de Jellinek representa un avance científico indudable frente a estas construcciones. Considerando el Estado como un compuesto de tres elementos (territorio, población y soberanía) construye el autor la posibilidad de disociación entre ellos, de forma que el Estado puede aparecer incompleto o en «*fragmentos*». A diferencia de la metrópoli, en las colonias la soberanía pertenece al Estado madre, pero el territorio y la población colonial no, lo que justifica la diferencia de trato entre un alemán y un súbdito de la colonia y la posibilidad de transferir o usurpar la colonia a otra Potencia, sin que por ello alterase la metrópoli su esencia como Estado. «Su administración —dice Jellinek refiriéndose a los *Países anejos*, que son para él todos los Protectorados y Colonias— muestra una gran separación con respecto a la del Estado, de tal modo que se presentan no como partes integrantes, sino como meros anejos del Estado; por eso pueden ser desligados de nuevo del Estado sin afectar a su vida interior»<sup>8</sup>.

No es extraño, a la luz de lo que se ha expuesto, que la consideración del País Vasco o de Cataluña como simples «*anejos*» de España pueda haber conducido a

8. Apud, Georg JELLINEK, *Fragmentos de Estado*, Madrid, Cívitas, 1978, p. 103. Nótese que los ejemplos de los Protectorados alemanes (p. 65) las colonias británicas, incluido Canadá (p. 70) y el pasado colonial reciente de Estados Unidos (p. 79) son harto significativos del sentido de la teoría.

algunos a sostener para estas nacionalidades históricas un principio de autodeterminación, que resulta aplicable sólo a las colonias. El error de esta tesis radica en su punto de partida, al aplicar construcciones dogmáticas concebidas para satisfacer los intereses periclitados de antiguas potencias imperiales a una realidad constitucional actual que es radicalmente distinta. La doctrina legal de nuestro Consejo de Estado enseñaba, antes de la Constitución de 1978, que España aplicó a sus colonias una práctica de dominación no asimilacionista, que las separaba del territorio propiamente español, a diferencia de la situación vigente respecto de la metrópoli, considerada siempre como «territorio nacional» sin ninguna distinción. La inaplicabilidad a nuestro constitucionalismo de la abstrusa teoría de los fragmentos de Estado resulta evidente<sup>9</sup>.

#### 2.4. *El problema del «sujeto» del derecho de autodeterminación y la posición de las minorías en las comunidades históricas que se autodeterminan.*

Una última cuestión ilustra sobre los riesgos de afirmar el «derecho de autodeterminación» que se contempla desde una perspectiva de Derecho internacional público.

El Derecho internacional sigue siendo esencialmente en la actualidad un Derecho que regula relaciones entre Estados soberanos, sin que este carácter se haya desvirtuado aún por la entrada en escena en los últimos años de la protección internacional de los Derechos humanos y el Derecho internacional humanitario. Los intereses de los Estados y la dimensión de los problemas que se plantean en Derecho internacional hacen que en el mismo predominen visiones globales o de conjunto, sobre las perspectivas individuales.

Esta visión se traslada, quizá inconscientemente, al derecho a la autodeterminación. Algunos autores configuran el «pueblo», al que atribuyen el derecho a autodeterminarse, trasladándole los atributos que elaboró en el siglo XIX la vieja teoría de las nacionalidades, para tratar de aprehender el concepto político de «nación»<sup>10</sup>.

9. Me permito remitir a J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 64 y ss., y a las referencias bibliográficas que efectuo allí sobre estas cuestiones.

10. La teoría de las nacionalidades carecía de interés para la doctrina científica y su exposición crítica se limitaba a las explicaciones de cátedra en los primeros cursos de Derecho o de Ciencias Políticas. El desmantelamiento del Imperio soviético en 1989 ha dado lugar sin embargo en la Europa Central y oriental a lo que se ha llegado a calificar de «Primavera de las Naciones». En un coloquio celebrado en la ciudad polaca de Lublín en 1992 se ha destacado la contradicción que supone la renuncia por Gorbachov a la doctrina Brezhnev de la «soberanía limitada» que había regido como oficial durante los últimos años de vida del antiguo Imperio soviético, abriendo ahora una propaganda oficial en favor de la tesis, contraria en forma escandalosa, de que «toda Nación tiene el derecho fundamental a escoger entre capitalismo y socialismo, así como su propia vía hacia el desarrollo». La doctrina teme que esta nueva posición fuera una estrategia temporal del Imperialismo soviético, antes de replegarse sobre sí mismo y abandonar el control de la Región. La mezcla de pueblos en Transilvania (entre Hungría y Rumanía) Moldavia y Besarabia (Bulgaria-Yugoslavia), Kosovo (Albania-Yugoslavia) Polonia (con Alemania, Checoslovaquia, Lituania, Bielorrusia o Ucrania) o los problemas de checos, eslovacos y moravios o, en fin, los de serbios, croatas y eslovenos en la antigua Yugoslavia permitían augurar a los defensores de tal propaganda en 1989



Se habla así de «pueblo» en un sentido objetivo como comunidad vinculada por lazos religiosos, culturales y lingüísticos o incluso raciales, mediante el recurso al concepto de «etnia». Se suma a esta consideración una visión subjetiva, entendiendo también como pueblo al que se siente identificado espiritualmente en cuanto tal.

Uno de los problemas de la contemplación del concepto de «pueblo» desde esta perspectiva es que conduce peligrosamente a una negación de los derechos humanos de quienes, una vez verificada la autodeterminación que se defiende, pasarían a constituir simples minorías de inmigrantes asentados en la comunidad autodeterminada, por no haberse integrado en un «pueblo», entendido de esta forma.

Nuestro Estado de las Autonomías ha resuelto la cuestión de la pertenencia como pueblo a las Comunidades Autónomas mediante el criterio de la simple vecindad administrativa, de acuerdo con las leyes generales del Estado, en cualquiera de los municipios integrados en el territorio de cada Comunidad Autónoma. Era lógico que así aconteciera, dados los fuertes movimientos migratorios que, sobre todo en la década desarrollista de 1960, llevaron a la población española más desfavorecida económicamente desde las zonas del interior a las de la costa y desde las de desarrollo inferior a las más ricas, con el consiguiente incremento de población en las comunidades históricas, con la excepción de Galicia.

La consideración del «pueblo» como una «etnia» diferenciada racial, lingüística y culturalmente no se compagina con este criterio de la vecindad administrativa, que es rechazado por los autores que siguen esta vía.

Se ha escrito, así, que «pueden llegar a ser extremadamente peligrosas para un pueblo estas expresiones de carácter demagógico proclamadas a veces por algunos líderes políticos –ignorantes o malignos– que propugnan como criterio para determinar la pertenencia de ciertas personas o grupos a un pueblo el hecho de residir simplemente en él, o aún inclusivo de «vender en él su fuerza de trabajo»<sup>11</sup>. La consecuencia de tal consideración es la propuesta que dichos autores hacen –radicalmente contraria, por cierto, a las libertades comunitarias– de prohibir la admisión de inmigrantes en el territorio que se va a autodeterminar, para evitar que puedan «desnacionalizar» al «pueblo» como auténticos quintacolumnistas<sup>12</sup>, prohibir al inmigrante expresar opiniones sobre los asuntos públicos<sup>13</sup> o afirmar que por su simple traslado ha renunciado, él y su familia, a su antigua nación, con la conclusión de que «lejos de pretender exenciones y exigir derechos particulares de la clase que sean, su obligación es conocer y amar al pueblo que lo ha recibido y tratar de identificarse lo antes posible con sus ideales y modo de vivir» debiendo aprender, en la

una clara desestabilización de la zona, como ha demostrado la guerra monstruosa en la ex Yugoslavia [Cfr. Z. J. PIETRAS Y MAREK, (eds), *The Transnational future of Europe* (Trabajos del Coloquio de Lublín), Lublín, Marie Curie-Sklodowska University Press, 1992, pp. 17 y ss]. Con todo, el desmantelamiento de la URSS ha supuesto la reunificación de Alemania, el restablecimiento de Estados desaparecidos y la aparición de nuevos Estados en el territorio sojuzgado por Rusia desde el establecimiento de fronteras tras la Segunda Guerra Mundial y los primeros años de la guerra fría.

11. DE OBIETA CHALBAUD, *El derecho humano de autodeterminación de los pueblos*, cit., pp. 71 y s. (La cita es textual)

12. DE OBIETA CHALBAUD, op. cit., p. 70

13. DE OBIETA CHALBAUD, op. loc. cit.

medida en que su capacidad lo permita, la lengua del pueblo en que se ha integrado y sin tener «ni para sí ni para sus hijos derechos especiales a recibir la educación en la lengua de su antiguo pueblo o nación»<sup>14</sup>.

Las consecuencias de tal consideración no pueden ser admitidas. Se da lugar, de una parte, a un auténtico «derecho a la autodeterminación» protegido por el Derecho Internacional público, aunque no precisamente para el «pueblo» que se autodetermina, sino para la minoría de inmigrantes englobada en él, a la que se vulneran sus derechos fundamentales, y se trata en forma desigual con el resto de la población. De la otra se asume una concepción global del derecho a la autodeterminación, que prima sobre los derechos subjetivos de las minorías, olvidando la necesidad de protección a las minorías en un sistema democrático y que sólo el nacionalsocialismo alemán subordinó los derechos subjetivos de los ciudadanos al bienestar y desarrollo de una Comunidad del pueblo («*Volksgemeinschaft*»), cuyos contornos recuerdan a la que se defiende.

### 3. LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Desde el punto de vista del Derecho interno vigente en cada Estado, la investigación debe limitarse, como es indudable, a los ordenamientos democráticos en los que la Constitución tiene una vigencia efectiva. La defensa de un «derecho de secesión» unilateral respecto del resto del Estado se ha negado en forma tajante en los Estados Unidos y, con más matices, en el caso de Canadá.

#### 3.1. *Estados Unidos*

En Estados Unidos se afirmó el *derecho de secesión* unilateral en los Estados del Sur desde 1787. Dicho derecho se fundamentaba en una visión contractualista de la Constitución federal. La afirmación de que la Constitución es un pacto («*political compact*»), se debe a Tomas Jefferson, y a otros autores de talla muy inferior como Calhoun o W. Rawle. Para la teoría del pacto, el Poder Central es un mero agente o fideicomisario de los Estados que, al entrar en la Unión, se habrían reservado derechos llamados «*inberentes*» (States' rights), como el derecho de secesión, el de resistencia y el de anulación de resoluciones federales.

La secesión de Carolina del Sur en diciembre de 1860, seguida por otros seis Estados, que se dotan de una Constitución, como Estados Confederados, fue una afirmación práctica de estas teorías, que dio lugar a una guerra civil sangrienta, con más de 600.000 muertos. La Guerra abortó el intento de separación, y fortaleció hasta hoy el Estado federal defendido por las tropas del Norte.

Ulises S. Grant afirmó que en los Estados Unidos el derecho unilateral de secesión ha sido denegado por el Tribunal más alto a que pueden apelar los seres

14. DE OBIETA CHALBAUD, *El derecho humano* cit., pp. 60 y s.

humanos: el Tribunal de las armas. Sin embargo, la guerra civil no ha extinguido las voces secesionistas, que se siguen manifestando en sectores académicos minoritarios en los Estados del Sur, como Virginia o Texas, que fue Estado antes de ingresar en la Unión. A pesar de que las enmiendas a la Constitución han fortalecido el poder Central y –es el caso de la Enmienda XIV<sup>a</sup>– hacen claramente inviable la secesión, se argumenta por algunos que la Constitución de Estados Unidos no prohibía explícitamente la secesión en ninguno de sus artículos con anterioridad a tales enmiendas, que la invasión del Sur fue un abuso por parte de las tropas de Lincoln (que mantuvieron más de 10.000 prisioneros políticos) y que la Declaración de Independencia de los Estados Unidos frente a Gran Bretaña es el mejor alegato posible en favor del derecho de secesión de un pueblo.

Sin embargo el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha declarado en los casos *Mississippi v. Johnson* (1866) *White v Hart* (1871), pero sobre todo en el caso *Texas v. White* (1868) que la secesión de los Estados del Sur fue inconstitucional y, en cuanto rebelión, debe tenerse por no producida en la Historia. Su argumento –tomado del pensamiento del Presidente Abraham Lincoln– es que el Preámbulo de la Constitución de 1787 declara expresamente que el propósito de la misma es establecer «una Unión más perfecta», siendo así que los «*Articles of Confederation*» anteriores, de 1778, establecían ya una «Unión perpetua». La secesión es, por tanto inconstitucional. En palabras célebres del Presidente del Tribunal Supremo, Chase, ponente en el caso «*Texas v. White*», la Constitución de 1787 muestra en todas sus previsiones «una Unión indestructible, compuesta de Estados indestructibles»: Cuando Texas se hizo miembro de la Unión norteamericana entró en una relación indisoluble<sup>15</sup>.

### 3.2. *La autodeterminación de Quebec según el Derecho Constitucional de Canadá*

En el caso de Canadá, es necesario volver a la declaración de su Tribunal Supremo de 20 de agosto de 1998, para examinarla ahora en la primera, y última, de las respuestas dadas a propósito de la secesión de Quebec: se planteaba, en concreto, si de acuerdo con la Constitución de Canadá pueden la Asamblea Nacional o el Gobierno de Quebec decidir unilateralmente su secesión respecto del resto de Canadá.

El Tribunal parte de una consideración histórica del origen de la Federación canadiense, que surgió como fruto de la Unión voluntaria y espontánea de los pueblos que vivían en las Colonias esparcidas sobre parte del territorio que hoy constituye el Canadá. La adopción de una forma federal de Estado era la única posible para poder asegurar la adhesión a la Federación de algunos territorios. La Unión se formalizó mediante la aprobación en Londres de la *British North America Act* de 1

15. Cfr. CH. WARREN, *The Supreme Court in United States History*, Boston, Little, Brown & Co., 1937, II, p 488 ss. La sentencia de Chase no es, sin embargo, especialmente brillante, como muestran los votos particulares a la misma.

de julio de 1867, que satisfizo las demandas de estos territorios y dio origen al «Dominion» de Canadá en el seno del Imperio británico.

La Federación canadiense ha estado marcada en toda su Historia por el *principio del federalismo* y por el *respeto a la interdependencia* de las Provincias que la forman.

El principio de la interdependencia se afirmó ya en 1867, primer año de vida de la Federación. El Ministerio de Colonias británico rechazó entonces un primer intento de secesión por parte del Territorio de Nueva Escocia. La negativa a la secesión se fundó en que la Provincia hermana de New Brunswick había entrado en la Federación con la confianza legítima de que también lo haría Nueva Escocia y en que la separación supondría volver atrás en una decisión de Estado que ya estaba en funcionamiento y que había provocado que se contrajeran ya obligaciones políticas y comerciales muy importantes.

Esa *interdependencia* lleva, también hoy, a dar una respuesta negativa a la posibilidad de una secesión unilateral. La secesión de Quebec no puede ser realizada en forma unilateral por las autoridades de Quebec, dado que Canadá es un *Estado constitucional, basado en el respeto al Estado de Derecho*. Una decisión de tal envergadura sólo puede ser adoptada, por ello, de acuerdo con la Constitución de Canadá, salvo que se intentara mediante un acto ilegal, que provocaría una reacción y deslegitimaría a quienes lo intentaran ante los propios canadienses y ante la Comunidad internacional.

La declaración del Tribunal Supremo no se para en esta afirmación, sino que entra a examinar en detalle cómo se podría llevar a cabo la reforma de la Constitución y el proceso de secesión.

La secesión de Quebec sólo sería posible si previamente se procede a una reforma de la Constitución federal. Dicha reforma debería ser pactada previamente, mediante negociaciones previas, que arrojasen luz y garantías sobre un proceso que reviste una complejidad extrema.

De acuerdo con la Constitución federal, las autoridades de Quebec ostentan la iniciativa de la reforma constitucional, como acontece en todos los Estados federales que tienen su origen en un proceso de unión, como el que caracteriza históricamente a Canadá. Considera no obstante el Tribunal Supremo que es exigencia del *principio democrático* que dicha iniciativa de reforma constitucional se ejercite, en una ocasión como la que se contempla, sólo después de la celebración de un *referéndum* que manifieste de una forma «clara» la voluntad democrática del pueblo de la provincia de Quebec de separarse del Canadá.

El referéndum no está exigido en la Constitución, pero las instituciones políticas canadienses están basadas en el *principio democrático*. En consecuencia sólo una expresión directa de la voluntad democrática del pueblo de la provincia, manifestándose «claramente» en favor de la secesión podría conferir legitimidad al Gobierno de Quebec para iniciar el procedimiento de reforma constitucional encaminado a separarse de la Federación de acuerdo con un procedimiento constitucional<sup>16</sup>.

16. La celebración de un referéndum se ha considerado también decisivo para determinar si Irlanda del Norte permanecerá como parte del Reino Unido de la Gran Bretaña o pasará a formar parte de la

Insiste el Tribunal Supremo en que la exigencia de una mayoría «clara» en tal referéndum tiene una significación esencial: El referéndum debe estar libre de toda ambigüedad tanto en la pregunta que se formule a los electores, como en la mayoría que se exija en quienes lo apoyen.

El respeto al *principio del federalismo*, básico en la Federación canadiense, obligaría recíprocamente a todas las Provincias de la Confederación y a la Federación misma a negociar cambios constitucionales, con la intención de dar respuesta al deseo manifestado por Quebec de separarse de la Federación.

Los principios que deben presidir estas negociaciones son los principios básicos de la Constitución canadiense que, en definitiva, son los que originan también la obligación de negociar: respeto a la Constitución y al Estado de Derecho, democracia, federalismo y protección de las minorías.

Por ello rechaza el Tribunal Supremo, al mismo tiempo, dos afirmaciones radicales y erróneas. No puede admitirse que, como consecuencia del resultado del referéndum, las restantes provincias y el Gobierno federal tengan la obligación de aceptar sin más la secesión de la provincia de Quebec como un hecho consumado, sirviendo la negociación únicamente para pactar los detalles de la misma. Resulta también inadmisibles la afirmación contraria de que una voluntad clara de autodeterminarse por parte de Quebec no genere obligaciones en las demás provincias y en el Estado federal. El orden constitucional canadiense tampoco podría seguir funcionando con indiferencia frente a una expresión clara y mayoritaria de los habitantes de Quebec, manifestándose en contra de seguir siendo canadienses. El principio democrático, invocado para apoyar el deseo de Quebec de negociar una secesión, no puede ser entendido, en el primer caso, en un sentido absoluto que permita trincar los principios del respeto a la Constitución y al Estado de Derecho o el principio del federalismo y el de la protección de las minorías. Estos últimos principios tampoco pueden servir, en fin, para anular, en el segundo caso, la aspiración de Quebec en tanto en cuanto la misma se ha manifestado respetando los derechos de los demás.

La forma de conciliar los intereses contrapuestos que se acaban de expresar es, en definitiva, una negociación de la reforma constitucional, en la que ninguna de las partes trate de prevalecer a ultranza sobre las otras. Si una de las partes olvida los principios constitucionales mencionados anteriormente y trata de triunfar sobre las demás, imponiéndose políticamente sobre ellas, pondría en grave riesgo su legitimidad en el ejercicio de su derecho.

Vuelve así el Tribunal de Canadá al *principio de interdependencia*, afirmado anteriormente. Esta interdependencia, basada en la existencia de obligaciones política y comerciales importantes, se ha multiplicado en los 131 años de vida de la Federación canadiense y resulta asegurada por la Constitución federal. La vida de la Federación muestra, como resultado histórico, un alto nivel de integración económica, política y social en todo Canadá. La idea de los redactores de la Constitución fue la de crear un País unificado y no una alianza débil

de provincias autónomas. Existen intereses económicos que, en algunos casos, pueden llegar a coincidir con las fronteras de las Provincias, pero existen también empresas e intereses de índole nacional que se verían afectados por una desmembración. Habría que dar una respuesta a los problemas de la economía nacional y de la Deuda Pública. Habría que respetar a las minorías lingüísticas y culturales y a los pueblos aborígenes, que se encuentran repartidos por todo el territorio de Canadá, incluyendo la provincia de Quebec, ya que todos confían legítimamente en la Constitución de Canadá para la protección de sus derechos.

Como la separación territorial de Quebec no podría suponer una separación de relaciones, tras una existencia nacional sin fronteras muy dilatada en el tiempo, la secesión daría lugar a un periodo de incertidumbre considerable en el que sería necesario asegurar a todos los canadienses residentes en Quebec estabilidad y un marco de pleno respeto al Estado de Derecho.

#### 4. EL DENOMINADO DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: ESTADO DE LA CUESTIÓN

El estado de la cuestión en el Derecho extranjero muestra la necesidad de contemplar el derecho de autodeterminación a la luz de nuestro Derecho Constitucional interno, según el proceso histórico del que ha surgido nuestro *Estado de las Autonomías*.

La posición de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento español no es originaria ya que el Estado de las autonomías se basa en una «autonomía por descentralización» y no en una «autonomía por integración» de Estados anteriormente independientes o Colonias que pactan su integración en un marco federal como, según se ha visto, acontece en Estados Unidos, en Canadá o, tal vez en el futuro, en la Unión Federal Europea.

Por ello, las Comunidades Autónomas no participan en cuanto tales en los procedimientos de reforma constitucional. El poder constituyente resulta atribuido en los artículos 166 a 168 de la Norma Fundamental únicamente a las Cortes Generales, que representan al pueblo español, y al pueblo español mismo mediante consulta en referéndum, y, en los casos de revisión total, al pueblo español como cuerpo electoral en las elecciones de la Asamblea Constituyente que elaborará la Constitución nueva.

Resulta, sin embargo, que cualquier afirmación de un derecho de autodeterminación, para ejercer una secesión respecto del resto de España exigiría una apelación al poder constituyente, por exigir una revisión total de la Constitución.

En efecto, la afirmación del derecho de secesión de una Comunidad histórica o, si se quiere, de un «pueblo» de España es incompatible con los principios esenciales de la Constitución de 1978.

Dicha incompatibilidad resulta ya, con claridad, de los debates constituyentes. Basta recordar, a tal efecto, que el Pleno del Congreso de los Diputados rechazó expresamente una enmienda del Sr. Letamendía Belzunce, que proponía

reconocerlo para que los pueblos del Estado pudieran optar entre seguir formando parte de él o separarse pacíficamente y constituir otro Estado independiente<sup>17</sup>.

La Constitución establece una forma de Estado muy ambiciosa frente a la estructura centralista anterior, orientada a dar satisfacción a las reivindicaciones nacionalistas de autogobierno existentes en 1978 en Cataluña y el País Vasco. Su alcance se afirma en el artículo 2 de la Constitución, que declara la compatibilidad entre la Nación española y las nacionalidades y regiones que la integran, a las que confiere el «derecho a la autonomía».

Este reconocimiento amplísimo de autonomía trasciende el Derecho Administrativo y ha afectado a la forma misma del Estado, que ha dejado de ser un *Estado unitario*, y ha entrado en un proceso histórico que ha operado, en un plazo muy breve de tiempo, una auténtica división vertical o territorial del poder político, con un resultado cuya calificación final no ha alcanzado un consenso total, y que se ha dado en llamar oficialmente el «Estado de las Autonomías»<sup>18</sup>.

La misma amplitud de tal reconocimiento condujo a la Constitución a establecer, con claridad inequívoca, que el reconocimiento de nacionalidades históricas dentro de la Constitución tiene el límite intangible de la unidad de España, y que el reconocimiento de nacionalidades históricas se afirma, pero en forma subordinada a la existencia superior de la Nación española.

El engarce de todos estos conceptos se efectúa, significativamente, en el propio artículo 2 de la Constitución, que reconoce la existencia en España de nacionalidades, junto a Regiones y su derecho a la autonomía.

El artículo 2 contiene tres afirmaciones esenciales. La primera es la de que España constituye una realidad ética, que trasciende a los seres humanos concretos. España es una criatura anterior a la Constitución de 1978, que fundamenta la Constitución misma. Por eso reza el referido artículo 2 que «la Constitución se fundamenta» en la unidad de la Nación española. Tal afirmación es un signo inequívoco de que la Nación es anterior a la Constitución.

17. D<sup>o</sup> Ses. Cong. N.º 116 de 21 de julio de 1978 p. 2.527 ss., con un debate de interés. La votación obtuvo el resultado de 268 votos en contra de la enmienda de Letamendía, 5 a favor y 11 abstenciones.

18. Las discrepancias se encuentran a la hora de aceptar la categoría de «Estado federal», que suscita reticencias en amplios sectores políticos y descalificaciones muy superficiales en algunos autores. Se trata, sin embargo, de la forma de Estado más flexible y experimentada de la Historia, que consiente la afirmación, al mismo tiempo, del principio de unidad y de la máxima libertad en las entidades territoriales que componen el Estado Central. Aunque el origen de nuestro Estado de las Autonomías es un proceso de descentralización, y no una unión de territorios o entidades independientes anteriormente, el grado de división vertical del poder que caracteriza hoy al Estado español es de corte claramente federal y las técnicas de articulación entre el Estado y las Comunidades Autónomas son, también sin duda alguna, técnicas propias del federalismo. Las cautelas sobre el uso de la expresión federalismo provienen de un desconocimiento de lo que esa forma de Estado significa en la actualidad. No se trata, en efecto, de un federalismo sedicioso, que resulta contrario al origen del sistema y proscrito claramente en el artículo 145 de la Constitución, sino de un federalismo moderno. Me permito remitir, sobre la cuestión, a mi Comentario al artículo 145 de la Constitución publicado en *Comentarios a la Leyes Políticas; Constitución Española de 1978*, dir. por O. ALZAGA VILLAAMIL, tomo XI, Madrid, Edersa, 1988, pp. 61 y ss. El derecho comparado demuestra también que la *simetría del Estado*, que se ha considerado como incompatible con la legítima aspiración de diferencias cualitativas entre las nacionalidades históricas, una Comunidad foral como Navarra y el resto de las Comunidades Autónomas no es, ni ha sido nunca, exigencia del federalismo.

La segunda afirmación es la de unidad e indivisibilidad de España. La misma no se hace en forma simple, sino enfática, al declararla como «*indisoluble unidad de la Nación española*», que constituye —dice— «*la Patria común e indivisible de todos los españoles*». La invocación de la «*Patria común de todos los españoles*» conduce, en el propio artículo 2, al principio de *indivisibilidad de la Nación*. Dicho principio refuerza la protección de la unidad territorial y política de la Nación española, prohibiendo cualquier desmembración interna de la misma, así como su disolución por una integración total en una Unión Europea de carácter federal<sup>19</sup>.

Se llega, por último, al derecho a la autonomía, que constituye la tercera afirmación, también esencial, del artículo 2 de la Norma Fundamental. El derecho a la autonomía es ya, no obstante, un derecho posterior a la Constitución, concedido por ésta y dependiente de ella, lo que sitúa a las denominadas «*nacionalidades históricas*» en un momento político distinto e inferior al de la Nación española.

Las declaraciones del artículo 2 de la Constitución (CE) no son circunstanciales ni episódicas, sino que reflejan principios que vertebran todo el Texto constitucional.

Que los pueblos o las nacionalidades históricas de España carecen de poder constituyente resulta del artículo 145.1 de la Constitución. Este precepto, al prohibir la federación de Comunidades Autónomas, excluye todas las visiones que tratan de configurar nuestra Constitución como fruto de un «*pacto*» o un contrato entre los diversos pueblos de España.

En los debates de la Constitución se reconoció expresamente que el artículo 145.1 tiene el significado de aclarar que las Comunidades autónomas no son portadores de la soberanía ni de un derecho a la autodeterminación que les consienta celebrar alianzas políticas entre sí al margen de la Constitución<sup>20</sup>.

Resulta, en fin, que, a tenor del Título Preliminar de la Constitución, España es *un* Estado (art. 1.1 CE), con *un* ordenamiento originario, que surge de *una* soberanía nacional (art. 1.2 CE) y de *un* poder constituyente, atribuido al pueblo español (art. 1.2 CE), siendo el Rey símbolo de la unidad y permanencia del Estado (art. 56.1 CE).

A la luz de lo que se acaba de exponer, parece evidente que nuestra Constitución reconoce *el derecho a la autonomía* de las nacionalidades históricas, pero no *un derecho de autodeterminación* de las mismas.

La ubicación en los artículos 1 y 2 del Título Preliminar de los principios que se acaban de exponer determina que la modificación de los principios de unidad e indivisibilidad de España sólo se pueda afirmar legalmente previa revisión total de la Constitución de 1978, conforme al artículo 168.1 de la misma.

El derecho de autodeterminación es, por ello, posible ya que la Constitución no sustrae ningún aspecto de la posibilidad de revisión total de la misma. Su afirmación al margen de ese proceso de revisión sería, sin embargo —como ha

19. Cfr., el Debate sobre la unidad de la Nación española en el Diario de Sesiones de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados de 20 de junio de 1978, pp. 3476 y 3479.

20. Se proscriben así las visiones pactistas del federalismo que, por ejemplo, inspiraron las tesis federativas sobre los *países catalanes* y, como se acaba de ver, el secesionismo norteamericano. Cfr., J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Comentario al artículo 145*, cit., pp. 64 y ss., con amplias referencias bibliográficas.



señalado el Tribunal de Canadá para la misma hipótesis— una actuación ilegal, que quedaría deslegitimaría en cuanto pretendiese afirmarse en contra del Estado de Derecho.

#### 4.1. *La Disposición Adicional Primera de la Constitución y los derechos históricos de los territorios forales*

Algunos han defendido que la Disposición Adicional Primera de la Constitución vendría a añadir o adicionar algo a la Constitución misma, sirviendo tal vez de excepción a los principios que se acaban de exponer. Es necesario explorar esta posibilidad.

##### 4.1.1. Derechos históricos y Constitución

La Disposición Adicional Primera de la Constitución reza:

«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 de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía»

Se ha tratado de albergar el derecho de autodeterminación en esta Disposición Adicional, afirmando que los derechos históricos de los territorios forales son anteriores a la Constitución, o que rigen al margen de ella.

La redacción de la Disposición Adicional no permite interpretar que los derechos históricos sean anteriores a la Norma Fundamental. Atendiendo al sentido propio de sus palabras se observa que la Disposición Adicional reza en su encabezamiento: «La Constitución» (sujeto) «ampara y respeta», por lo que es la norma suprema la que ampara y respeta derechos históricos, y no la amparada o respetada por ellos.

Resulta, además, que los referidos derechos carecían de vigencia en el momento en que se elaboró la Constitución, y sólo adquirieron relevancia jurídica en virtud de la propia Norma Fundamental.

Un breve examen de los debates parlamentarios del proyecto de Constitución sirve para confirmar lo que se acaba de decir.

La Disposición Adicional que se comenta suscitó una polémica muy amplia, con ocasión de su debate constitucional en el Senado<sup>21</sup>. Frente al texto que hoy constituye la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup>, la Comisión de Constitución del Senado había aprobado otro, conocido como «*la enmienda vasca*», que posteriormente no

21. Las consideraciones que siguen reflejan las de un dictamen que elaboré en septiembre de 1978 sobre el alcance normativo de la Disposición Adicional Primera, a petición de Don Antonio PEDROL RÍUS, para los Senadores de Designación Real del Grupo Mixto del Senado.

llegó a prosperar en el Pleno de la Cámara, y que expresaba cuál era el procedimiento para la reintegración y actualización del régimen foral<sup>22</sup>.

La enmienda vasca sigue teniendo interés, en cuanto diferenciaba —siempre dentro del terreno del Derecho público<sup>23</sup>— el régimen foral todavía existente en aquel momento de los derechos históricos propiamente dichos.

La relevancia de estos últimos se hacía descender de la derogación previa —que declaraba solemnemente la misma disposición— de las leyes de 25 de octubre de 1839, de 21 de julio de 1876, así como de las demás disposiciones abolicionarias. La Disposición Derogatoria 2 de la Constitución mantiene hoy esa derogación expresa de las Leyes abolicionarias del régimen foral. Queda claro, no obstante, que la Disposición Adicional Primera no se refería a derechos forales vigentes, que no eliminó la Constitución, sino al régimen de Derecho público foral que estaba abolido tras el resultado de las guerras carlistas en el momento de aprobarse la Norma Fundamental, y que sólo por voluntad de la misma —en la repetida Disposición Derogatoria 2.— han vuelto a adquirir relieve en el mundo del Derecho.

Tampoco puede aceptarse la afirmación de que los derechos históricos rijan al margen de la Constitución, o como una adición a ella. Como dijera Jorge Jellinek, la Historia termina donde comienza el Derecho. Sólo la Constitución marca la frontera entre el hecho y el Derecho. Los derechos históricos de los territorios forales no escapan a los principios dogmáticos ni al entramado orgánico o al sistema de fuentes del Derecho que establece la Constitución. Antes de la Constitución sólo puede admitirse la fuente de la que proviene la misma que —ya se ha dicho en el apartado anterior— no ha sido, desde luego, un pacto o federación de los pueblos de España, que se repudia expresamente en el artículo 145.1 CE. La propia Disposición Adicional Primera se refiere al marco de la Constitución y de los Estatutos de autonomía, como referencia obligada para todos los derechos que dimanen de la propia Norma Fundamental, como se encarga de recordar el artículo 9.1 de la misma. Nuestra Constitución constituye a España en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1) y en tal forma política de Estado ningún poder público se ejerce al margen de la Constitución.

22. Su texto, que se aprobó como alternativa a la enmienda n.º 979 del Grupo Parlamentario de Senadores Vascos, era el siguiente: «La Constitución reconoce y garantiza los derechos históricos de los territorios forales, cuya reintegración y actualización se llevará a cabo de acuerdo entre las instituciones representativas de dichos territorios y el Gobierno. A este efecto se derogan, en cuanto pudieran suponer abolición de derechos históricos, las leyes de 25 de octubre de 1839 y 21 de julio de 1876 y demás disposiciones abolicionarias. El Estatuto de autonomía que se elabore para la incorporación de los derechos históricos al ordenamiento jurídico será sometido a referéndum de los territorios afectados y al voto de ratificación de las Cortes Generales y, en caso de ser ulteriormente aprobado, será promulgado como ley. En ningún caso podrá ser lesionada la foralidad actualmente vigente de Álava y Navarra. Su modificación se acomodará a este mismo procedimiento» D<sup>º</sup> Ses. Senado (Comisión de Constitución) de 14 de septiembre de 1978, p. 2.751.

23. El régimen foral a que se hace referencia es, sin duda, de Derecho público, por lo que no puede aceptarse que la Disposición Adicional Primera CE se aplique a todos los territorios en los que existía un régimen de Derecho civil foral en el momento de entrada en vigor de la Constitución.

#### 4.1.2. Valor normativo de la Disposición Adicional Primera de la Constitución

Resta por hacer una exposición dogmática que precise el alcance normativo de la Disposición Adicional Primera de la Constitución.

La relevancia de los derechos históricos en nuestro Derecho deriva, como se acaba de ver, del juego conjunto de dos disposiciones coordinadas: la Adicional 1.<sup>a</sup> y la Derogatoria 2.<sup>a</sup> de la Constitución.

La Disposición Derogatoria constituye un supuesto de derogación de las disposiciones abolicionarias del régimen foral, extinguido en el siglo XIX. La doctrina clásica se ha planteado si la norma derogatoria de una disposición derogatoria hace revivir o no la disposición derogada. En España el artículo 2.2 del Código civil, aplicable sin duda al Derecho Constitucional, ofrece una respuesta simple al problema, al disponer que por la simple derogación de una Ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado. Si nos limitamos al Código civil habría que concluir que los derechos históricos no han revivido por la Disposición Derogatoria que estamos comentando, conclusión para la que encontraríamos el apoyo de repetida jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El problema es, sin embargo, más complejo por cuanto nos encontramos con otra norma –la referida Disposición Adicional Primera– en la que se proclama el amparo y respeto de los derechos históricos, cuya abolición también elimina la propia Norma Fundamental.

Es pertinente recordar por ello que la mejor doctrina extranjera responde en forma positiva a la afirmación de que una norma derogada revive como consecuencia de la norma derogatoria que deroga su disposición derogatoria. Se afirma que la finalidad de la norma derogatoria de la derogatoria no puede ser otra que la de resucitar para el mundo del Derecho la disposición derogada. En otro caso, se dice, la derogación de una norma derogatoria no tendría resultado práctico alguno. Nos encontraríamos ante una norma absurda, sin ninguna razón de existir y sin efectividad alguna para el Derecho.

Hasta aquí el razonamiento resulta sencillo. No es simple, sin embargo, efectuar una construcción que nos permita explicar dogmáticamente cómo vuelve a la vida la norma derogada. Se considera al respecto que las disposiciones que nos ocupan tienen un mecanismo complejo, diferente de la derogación simple. En efecto, la disposición derogatoria de disposición derogatoria se construye como una disposición de doble cara que, por un lado, deroga la norma derogatoria anterior y, por el otro, asume «per relationem» el contenido normativo de la norma legal que había sido derogada y la vuelve a poner en vigor.

Se trataría de un acto normativo bifronte de tal forma que el fin práctico de poner en vida la norma derogada se conseguiría: a) con una norma que deroga las normas derogatorias y b) con otra norma nueva que tuviera como contenido el mismo contenido que el derecho derogado. Las consecuencias prácticas de esta construcción son que el acto normativo que pone en vida el derecho derogado es autónomo con relación a él, lo que quiere decir que cronológicamente el mismo

alcanza relevancia en el momento de entrada en vigor de la norma y lo hace con los efectos que determine la norma que lo restablece.

En el supuesto que examinamos aquí resulta que la norma bifronte señalada no es un simple artificio lógico de la doctrina para explicar cómo revive la norma derogada, sino que aparece en forma explícita en nuestra Norma Fundamental, y sirve para explicar su significado.

Tenemos de un lado la Disposición Derogatoria 2.<sup>a</sup> de la Constitución y, de otro, su propia Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> que incluso, como se ha dicho, llegaron a estar fundidas en un solo precepto, en la citada «enmienda vasca». El juego conjunto de ambas permite afirmar que la última pone en vida los derechos históricos de los territorios forales en nuestro Derecho. La construcción dogmática que se acaba de exponer tiene la virtud de ofrecer una interpretación con un resultado útil («ut res magis valeat quam pereat») ya que otorga a ambas disposiciones constitucionales —y sobre todo a la primera de las citadas— un valor normativo concreto.

Resulta que, en contra de los que afirman que los derechos históricos son anteriores a la Constitución, la vuelta a la vida de tales derechos sólo se produce en el momento de entrada en vigor de la Constitución, por la voluntad normativa de la misma y, únicamente, con la eficacia que resulta de su propia Disposición Adicional Primera.

Prosiguiendo en el examen dogmático de la adicional, resulta que la relevancia constitucional de los derechos históricos no produce su vigencia inmediata. La Disposición Adicional Primera remite, en efecto, a una «*actualización general*» del régimen foral que se llevará a cabo, nos dice, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

Si se atiende, una vez más, a los antecedentes parlamentarios de la Disposición en cuestión parece claro que el término «*actualización*» se utiliza aquí con la acepción que recoge el Diccionario de la Real Academia de «*poner en acto*» o de «*realizar*», cual es el sentido correcto de lo que la doctrina italiana llama «*norme di attuazione della Costituzione*» o en español «*normas de actualización*» (tras la Constitución) o de «*actuación*» (también correcto castellano) de una norma que no produce en sí misma un efecto normativo inmediato. La «Enmienda Vasca» que aprobó la Comisión de Constitución del Senado, establecía la necesidad de seguir un procedimiento específico de actualización de los derechos históricos, mediante un pacto entre los territorios forales y el Gobierno que se sometería a referéndum y posteriormente se aprobaría como Ley. Nadie puso en duda en los debates constitucionales que los derechos históricos no resucitaban con eficacia normativa inmediata, lo que corrobora esta interpretación. En su apoyo se encuentra asimismo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>24</sup>.

El examen de los derechos históricos exige una explicación dogmática seria, por lo que no basta con remitir a la Historia para despachar superficialmente la cuestión. Aunque la vigencia efectiva de los derechos históricos dependa de su

24. Desde la STC 11/1984, de 2 de febrero, reiterada, ya con más matices, en las sentencias 86/1988, de 3 de mayo y 132/1998, de 18 de junio. Cfr., la crítica de T. R. FERNÁNDEZ en *Los derechos históricos de los territorios forales*, Madrid, Cívitas, 1985.

actualización dentro del marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía resulta equivocado afirmar que los mismos son únicamente historia. La Disposición Adicional Primera de la Constitución les ha conferido una relevancia constitucional que tiene consecuencias indudables en el mundo del Derecho.

Navarra, con su Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto de reintegración y mejoramiento de su régimen foral es un ejemplo de aplicación de la Disposición que comentamos, a la que apela en su Preámbulo. Lo mismo acontece con el Estatuto de autonomía del País Vasco.

La Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> abre también, para el futuro, la posibilidad, amparada por la CE, de negociar una modificación de los Estatutos para conseguir una actualización más completa de los Derechos históricos. Mientras tanto protege los derechos históricos mediante la técnica de la «*garantía institucional*»<sup>25</sup>.

Se consigue así el más pleno respeto a la propia identidad y se huye de la «simetría» en la configuración de nuestras Comunidades Autónomas, al ser evidente que Navarra como Comunidad Foral y el País Vasco, dado el restablecimiento de su régimen foral, que se ha actualizado con su Estatuto de autonomía, tienen su propia identidad histórica y no son simétricas a las restantes Comunidades Autónomas.

Sin embargo, el límite de las posibilidades de autoidentificación que consiente nuestra Constitución es precisamente la prohibición de autodeterminación y secesión, principios negados en nuestro ordenamiento jurídico.

## 5. CONCLUSIÓN

Se ha demostrado en estas páginas que el llamado derecho de autodeterminación no descende del Derecho internacional público, ni de los derechos históricos de los territorios forales, que sólo tienen su razón de ser en virtud de la Constitución.

Si se insiste en afirmar los derechos a la autodeterminación o a la secesión será necesario advertir antes la imposibilidad de su ejercicio en forma unilateral, ya que la afirmación de los mismos obliga a proceder a una revisión total previa de la Constitución de 1978, y a enfrentarse a una Constitución nueva.

Desde el punto de vista del procedimiento, dicha reforma puede ser propuesta por los órganos que poseen la iniciativa legislativa ordinaria, como demuestra el artículo 166 CE. No obstante, la iniciativa verdadera de ejercicio del poder constituyente sólo resulta atribuida, en el artículo 168 de la Norma Fundamental, a las propias Cortes Generales, que, quedarían automáticamente disueltas en el momento de aprobar la iniciación del proceso. Se apelaría a continuación al pueblo español que, tras una campaña electoral en la que cada partido propusiese sus opciones legítimas, elegiría una Asamblea Constituyente, con el fin de que elaborase la nueva Constitución (art. 168.2 CE). Su texto debería ser sometido a referéndum (art. 168.3 CE), para la ratificación definitiva por el pueblo español.

25. Cfr., J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Teoría y práctica*, cit., pp. 301 y s.

Desde un punto de vista sustancial, si se compara este procedimiento de reforma total, que implica debates serios y muy dilatados en el tiempo, con las consideraciones que efectúa la declaración del Tribunal Supremo de Canadá de 20 de agosto de 1998, a la que acabo de hacer una amplia referencia, se demuestra que la Constitución española prevé un procedimiento complejo, pero que garantiza, junto al principio democrático, el respeto a la supremacía de la Constitución y a los principios que esta incorpora.

Pese a la diferencia de modelos, Canadá debe servirnos de ejemplo de que en un Estado democrático la legitimidad de una iniciativa de la envergadura de la que se acaba de estudiar solo puede afirmarse en un proceso dilatado, serio y complejo, en el que se deben respetar los principios esenciales de la Constitución misma que se quiere reformar, y los del Estado de Derecho.

La seriedad científica debe obligar a afirmar que cualquier otro camino es impracticable, salvo que se contemple una actuación que se sitúa al margen de la Constitución, del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales que los mismos han establecido en garantía de todos los ciudadanos.