

# El desafío soberanista y el derecho internacional

## *Sovereignist Challenge and International Law*

### *Le défi souverainiste et le droit international*

Carlos R. Fernández Liesa\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Rasgos generales del desafío soberanista.* III. *Naturaleza del desafío soberanista.* IV. *La falta de fundamentación en el derecho internacional del desafío soberanista.* V. *La cuestión de la naturaleza del pueblo catalán en el derecho internacional.* VI. *Relevancia del principio de no intervención en la cuestión catalana.* VII. *El principio de igualdad soberana, el principio de cooperación y el desafío soberanista.* VIII. *El principio de efectividad y la cuestión catalana.* IX. *Reflexión final.* X. *Bibliografía.*

\* Catedrático de derecho internacional de la Universidad Carlos III de Madrid.

Artículo recibido el 26 de abril de 2018

Aprobado para publicación el 20 de octubre de 2018

*Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIX, 2019, pp. 115-152  
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2019

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: Vamos a analizar la intención de las autoridades catalanas de segregar del Reino de España y crear una república catalana, según los métodos propios del derecho internacional. Además, analizaremos en perspectiva histórica, sus causas y hechos más recientes entre 2012 y 2018, y la declaración de independencia del 27 de octubre de 2017 y el referéndum del 1o. de octubre de 2017. También trataremos la naturaleza de los hechos en derecho penal, teoría del derecho y derecho internacional; por otro lado, profundizaremos en la ausencia de fundamentos de todo esto en el derecho internacional, así como en la naturaleza del pueblo catalán. Finalmente, analizamos el desafío soberanista desde el punto de vista de algunos principios de derecho internacional.

**Palabras clave:** secesión, libre determinación de los pueblos, minorías, nación, principios de derecho internacional (no intervención, soberanía), efectividad.

SUMMARY: We are going to analyze the intention of catalonian authorities to segregate from the Kingdom of Spain, and to create a catalonian Republic, under the current methodology of Public international law. Furthermore we analyze the 27-X-2017 Declaration of Independence and the 1-October referéndum, in a historical perspective, its causes and the most recent facts in 2012-2018. Deal with the nature of the facts in criminal law, theory of law and international law; on the other hand we'll go deeply into the absence of fundamentals of that in International law and in the nature of catalán people. Finally, it'll be look into the sovereignty challenge from the point of view of some international law principles.

**Keywords:** secession, free determination of the peoples, minorities, nation, principles of international law (non intervention; sovereignty), effectivity.

RÉSUMÉ: On va analyser l'intention des autorités de la Catalogne de séparer une partie du Royaume de l'Espagne et de créer une République de la Catalogne. Nous allons utiliser les méthodes d'analyse du Droit international public. En outre, on va approfondir la perspective historique, sur les causes et les événements les plus récents (2012 et 2018), au sujet de la Déclaration d'indépendance et du référendum 1-octobre 2017. Aussi on va examiner la nature des faits en droit pénal, théorie du droit et droit international. D'un autre côté on va approfondir sur l'absence de fondements du *procès* dans le Droit international ainsi que sur la nature du peuple catalán. En dernier ressort, on va analyser le défi de souveraineté du point de vue de quelques principes de Droit international.

**Mots-clés:** secession, libre détermination des peuples, minorités, nation, principes de Droit international (non intervention, souveraineté), efficacité.

## I. INTRODUCCIÓN

El desafío soberanista puede definirse como la pretensión de las autoridades constitucionales de Cataluña de separarse de España y de crear un Estado catalán en forma de república. El Marqués de Olivart, catalán e internacionista, publicó en 1909 una obra titulada *La cuestión catalana desde el derecho internacional*. Era una obra centrada en el análisis de los orígenes de la cuestión catalana, sin referencias al orden internacional.<sup>1</sup>

Desde la perspectiva del orden internacional,<sup>2</sup> no hay mucha bibliografía sobre el denominado *procés*. El objeto de esta contribución es abordar algunos perfiles del desafío soberanista desde la perspectiva del derecho internacional. Nos aproximamos al *procés* a la luz de su naturaleza y de los principios constitucionales o estructurales del derecho internacional.

<sup>1</sup> El marqués de Olivart, “La cuestión catalana desde el derecho internacional. Dos cartas abiertas una antigua y otra nueva”, *Revista de Derecho internacional y Política Exterior*, Madrid, 1909 (publicada en Madrid también como libro). Una carta se dirigía a Antonio Maura, presidente del gobierno de España, la otra escrita en catalán, a Mossen José Torras y Bages, obispo. En ambas analiza la cuestión regional, su idea de nación y patria. Realmente a pesar del título no analiza ninguna cuestión de derecho internacional. Es un análisis relativo al problema regionalista. Sobre esta obra y sobre la vida del autor, Véase Blanc, Altemir, A., *El marqués de Olivart y el derecho internacional (1861-1928)*, Lérida, Universitat de Lleida, 1999.

<sup>2</sup> Véase sobre el *procés*: Amat, J., *Largo proceso, amargo sueño. Cultura y política en la Cataluña contemporánea*, Barcelona, Tusquets, 2018; Boadella, A., *¡Viva Tabarnia!*, España, Espasa, 2018; Borrell, J. y Llorach, J., *Los cuentos y las cuentas de la independencia*, Catarata, 2015; Canal, J., *Con permiso de Kafka. El proceso independentista en Cataluña*, Península, 2018; Colomer, J., *España: la historia de una frustración*, Barcelona, Anagrama, 2018; Coscubiela, *Empantados. Una alternativa federal al sóviet carlista*, Barcelona, Península, 2018; Domínguez, A., *Repensar la España plurinacional*, Icaria, 2017; Forti, S.; Gonzalez, Vilanta A. y Da Cal, Ucelay, *El proceso separatista en Cataluña. Análisis de un pasado reciente (2006-2017)*, Granada, Comares historia, 2017; Nagel, K. y Rixen, S., *Catalonia in Spain and Europe. Is There a Way to Independence?*, Nomos, 2015; Laínz, J., *El privilegio catalán. 300 años de negocio de la burguesía catalana*, Madrid, 2017; Ruiz-Domènec, J. E., *Sucesión o secesión. Una historia del presente*, RBA, 2014; March, O., *Los entresijos del procés*, Catarata, 2018; Martín, J., *Cómo ganamos y perdimos la República. Una crónica de la crisis de Estado desde dentro y desde fuera*, Libros, 2018; Mascarell, F., *Dos Estados. España y Cataluña: por qué dos Estados democráticos, eficientes y colaborativos serán mejor que uno*, Arpa, 2017; Morel, S., *En el huracán catalán. Una mirada privilegiada al laberinto del procés*, Barcelona, Planeta, 2018; Sánchez Cuenca, I., *La confusión nacional. La democracia española ante la crisis catalana*, Catarata, 2018; Taibo, C., *En defensa de la consulta soberanista en Cataluña*, Catarata, 2014; Vidal-Folch, *Cataluña ante España*, Catarata, 2014.

Quedan fuera otras cuestiones importantes, como la relevancia jurídico internacional de la Declaración de independencia, las cuestiones relativas a la sucesión en caso de secesión, o la denominada secesión remedio, según el modelo kosovar. Partimos en el epígrafe II de una breve contextualización del desafío soberanista, sin cuya explicación resultaría incomprendible.

## II. RASGOS GENERALES DEL DESAFÍO SOBERANISTA

### 1. Elementos introductorios

Cataluña es parte constitutiva de España desde la unión de Castilla y Aragón, en 1469, por el matrimonio de Isabel y Fernando. Anteriormente formaba parte de la Corona de Aragón desde el siglo XII. Cataluña nunca fue un Estado independiente. La separación de Cataluña del resto de España tendría una trascendencia existencial para este último, que dejaría de existir, a pesar de haber sido un Estado y una nación desde la modernidad. La pretensión de crear un Estado catalán independiente aparece en tiempos recientes, y es el resultado del nacionalismo catalán radicalizado, cuyos orígenes se sitúan a finales del siglo XIX, en el contexto europeo del principio de las nacionalidades.<sup>3</sup>

El tránsito del catalanismo al soberanismo resulta del cambio de posición de los partidos nacionalistas, mayoritariamente favorables a la independencia desde 2012. Esto se va a justificar en el rechazo a la sentencia del Tribunal Constitucional de 2010 sobre el estatuto de autonomía catalán.<sup>4</sup> Además, se ha analizado la relevancia que ha podido tener en esta

<sup>3</sup> Álvarez Junco, J., *Mater dolorosa*, Madrid, Taurus, 2001, pp. 596 y 598.

<sup>4</sup> En este sentido, el preámbulo de la Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, del 23 de enero de 2013 que aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña indica que “la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 supone un rechazo radical de la evolución democrática de las voluntades colectivas del pueblo catalán, dentro del Estado español y crean la base para una involución del autogobierno, que hoy se expresa con toda claridad en los aspectos políticos, competenciales, financieros, sociales, culturales y lingüísticos”. Así, por ejemplo véase Ridaó, J., *El derecho a decidir*, Barcelona, RBA, 2014, pp. 24 y ss. En la misma línea véase por ejemplo los estudios sobre la transición

situación factores como la crisis económica, el incremento del populismo o el resultado de las diferentes elecciones autonómicas, que acabaron en una sobrepuja constante donde la llamada estrategia de subasta habría llevado al triunfo de las opciones más radicales.<sup>5</sup> También ha sido importante el control hegemónico en Cataluña por las fuerzas políticas soberanistas de los medios de comunicación, de las instituciones y de las organizaciones de la sociedad civil más representativas. Y aún más relevante una permanente y magistral campaña de propaganda que ha aumentado el apoyo social al soberanismo.

Como quiera que sea la situación, en una parte importante de la sociedad catalana ha crecido el número de partidarios de la separación. Se trata de un desafío muy complejo, que continúa abierto en este momento. No tenemos espacio para analizar las causas, las consecuencias o las posibles soluciones. Vamos a realizar en el epígrafe 2, un relato sintético, esencialmente jurídico de lo sucedido entre 2012 y 2018, que resulta necesario para comprender la situación.

## 2. Grandes momentos del desafío soberanista entre 2012 y 2018

Entre 2012 y 2015 se da la primera legislatura en la que es presidente de la *Generalitat* Artur Mas y en la que, el 9 de noviembre de 2014,<sup>6</sup> se realiza una primera consulta sobre si Cataluña debe ser un Estado independiente. El origen es un acuerdo político para la legislatura, el 19 de diciembre de 2018,<sup>7</sup> entre dos partidos nacionalistas, donde se comprometen a impulsar la independencia, desde la atribución de soberanía al pueblo catalán. En este sentido

nacional de Cataluña, editados por la *Generalitat*, en 2014, y la introducción a los mismos del entonces presidente de la *Generalitat*, Artur Mas.

<sup>5</sup> Barrio, A., “La rivalidad soberanista: los postores de la subasta catalana”, en Coll, J. et al. (eds.), *Anatomía del procés. Claves de la mayor crisis de la democracia española*, Debate, 2018, pp. 139-159.

<sup>6</sup> Así, la Resolución 5/X, del 23 de marzo de 2013, del Parlamento de Cataluña, aprobó la Declaración de Soberanía y del Derecho a Decidir. Y la ley 10/2014 de consultas populares no referendarias (el artículo 3.3 fue declarado nulo) y el decreto 129/2014, del 27 de septiembre, de consulta popular sobre el futuro político de Cataluña.

<sup>7</sup> Los partidos eran Convergència i Unió, partido nacionalista de derecha, y Esquerra Republicana de Catalunya, partido de izquierda.

la Resolución 5/X, del 23 de marzo de 2013 del Parlamento de Cataluña aprobó la Declaración de Soberanía y del Derecho a Decidir,<sup>8</sup> y posteriormente, la ley 10/2014 de consultas populares no referendarias y el decreto 129/2014, de consulta popular sobre el futuro político de Cataluña.<sup>9</sup> Todo esto fue declarado nulo y contrario a la Carta Magna por el Tribunal Constitucional. A pesar de todo ello, se celebró otra consulta el 9 de noviembre de 2014.

El *govern*, presidido por Artur Mas, creó, entretanto, un Consejo para la Transición nacional, por medio del decreto 113/2013, éste hizo un *Libro blanco de la transición nacional* en el que en dieciocho informes se explica la hoja de ruta a seguir y el procedimiento para la secesión, la necesidad de impulsar la movilización popular y, de reforzar las estructuras de Estado de cara a la independencia, el análisis de las estrategias y escenarios, así como de los principales elementos jurídico-políticos del proceso hacia la independencia. Posteriormente se hizo un plan de infraestructuras de Estado y otro de infraestructuras estratégicas, luego declarados nulos e inconstitucionales.<sup>10</sup>

Entre 2015 y 2017 hay una segunda legislatura autonómica independentista, en la que la hoja de ruta hacia la secesión se intensifica. Se une al acuerdo político un partido minoritario y aún más extremista (la CUP), que exige la sustitución —por moderado— de Artur Mas, y que incorpora al acuerdo a asociaciones independentistas de la sociedad civil (Asamblea nacional catalana y *Omnium* cultural, con capacidad de movilización de las masas). En las elecciones autonómicas del 27 de septiembre de 2015, interpretadas en clave plebiscitaria por los nacionalistas, los separatistas obtuvieron una escasa mayoría parlamentaria. Aun con todo, se produce una intensificación del desafío bajo la nueva presidencia de Puigdemont, en la cual se establece una nueva hoja de ruta que, de manera decidida, aborda la secesión.

<sup>8</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional 42/2014, de 25-III, declaró nula e inconstitucional la Declaración.

<sup>9</sup> Las Sentencias del Tribunal Constitucional 31/2015 y 32/2015 declaró nulos el artículo 3.3 de la ley 10/2014 y el decreto 129/2014, de convocatoria.

<sup>10</sup> El Tribunal Constitucional suspendió provisionalmente los artículos 69 y 95, y las disposiciones adicionales 22 a 26 de la Ley 2/2015; el 7 de julio de 2015 el Pleno del Tribunal Constitucional admitió a trámite y suspendió provisionalmente el decreto 16/2015; La Sentencia 52/2017, del 10 de mayo, declaró la inconstitucionalidad y nulidad del decreto 16/2015, del Plan de estructuras de Estado y del Plan de infraestructuras estratégicas.

Con tal finalidad, el nuevo Parlamento autonómico catalán inicia la legislatura 1/IX con una resolución sobre el *Proceso de creación del Estado catalán independiente en forma de República*.<sup>11</sup> Además, se crea la Comisión de Estudio del Proceso Constituyente.<sup>12</sup> Esta Comisión estimó que el proceso sólo podía hacerse por desconexión y estableció un proceso para llegar a la separación del Estado español.<sup>13</sup>

Las conclusiones de esta Comisión fueron llevadas a aprobación al *Parlament* —a pesar de que el Tribunal Constitucional advirtió a la Mesa de que no debía admitir a trámite la resolución—. Se aprobaron en el pleno del Parlamento autonómico las conclusiones de la Comisión por la Res. 263/XI.<sup>14</sup> Asimismo, se admitieron a trámite, el 4 de octubre de 2016, dos propuestas que dieron lugar a la Res 306/XI —luego declarada nula— sobre el referéndum y sobre el proceso constituyente.<sup>15</sup> El 31 de julio y el 28 de agosto, respectivamente, hubo dos propuestas que darían lugar a las leyes del 6 y 7 de septiembre (19/2017 Ley de Referéndum de Autodeterminación y 20/2017 Ley de Transitoriedad Jurídica y Fundacional de la República, respectivamente).<sup>16</sup>

<sup>11</sup> La Sentencia 259/2015 del 2 de diciembre declaró que el *Parlament* se atribuía una soberanía superior a la que deriva de la autonomía reconocida por la Constitución a las nacionalidades que integran la nación española y remarcaba que la Cámara autonómica no podía erigirse en fuente de legitimidad jurídica y política hasta arrogarse la potestad de vulnerar el orden constitucional que sustenta su autoridad.

<sup>12</sup> Esta comisión fue considerada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

<sup>13</sup> Una fase participativa de reflexión y de debate en un foro social amplio, mediante leyes de desconexión y mecanismos unilaterales democráticos, y una fase de convocatoria de elecciones constituyentes.

<sup>14</sup> Esta resolución fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, que el 1o. de agosto de 2016 suspendió su efectividad, y el 6 de octubre (auto 170/2016) declaró la nulidad por no ser constitucionalmente admisibles las conclusiones aprobadas.

<sup>15</sup> Esta declaración fue anulada por el Tribunal, 27/2017, del 14 de febrero. La del referéndum proclamaba el derecho de autodeterminación de Cataluña y creaba una comisión de seguimiento; sobre el proceso constituyente se creaba un consejo asesor y una comisión de seguimiento del proceso constituyente y de las elecciones constituyentes, que tendrían lugar seis meses después del referéndum. Tres días después se aprueba por el *Parlament* la Ley 4/2017 de Presupuestos de la Generalidad de Cataluña, declarada inconstitucional en algunas de sus disposiciones (Sentencia 90/2017, del 5 julio).

<sup>16</sup> La Ley 19/2017 fue impugnada por la abogacía del Estado ante el Tribunal Constitucional, que acordó su suspensión el 7 de agosto, y declaró su inconstitucionalidad y nulidad en la Sentencia 114/2017, del 17 de octubre. La Ley 20/2017 fue impugnada por la abogacía del

Tanto el gobierno como el Parlamento autonómico incumplieron y desobedecieron de manera continuada al Tribunal Constitucional de España en más de trece ocasiones. Se aprobaron esas leyes enteramente inconstitucionales, se organizó y celebró el referéndum del 1-O y se proclamó la Declaración de independencia el 27 de octubre de 2017. Entre tanto, el 20 de septiembre hubo incidentes violentos impulsados por las asociaciones independentistas y por el propio gobierno autonómico catalán ante un registro judicial en la Consejería de Economía, en cuyas puertas se agolparon más de sesenta mil personas para impedir la tarea de la comisión judicial.

También existieron incidentes internacionalmente difundidos, el 1o. de octubre en los colegios electorales, ante el referéndum ilegal, hubo muchos heridos, ciudadanos, policías y guardias civiles, aunque esto no se reflejó en los medios de comunicación. En un momento dado la operación policial se paró, pues se vio el Estado doblegado ante la masa de votantes. Las desagradables imágenes dieron la vuelta al mundo y contribuyeron a dar una imagen distorsionada de lo que estaba sucediendo. El decreto 139/2017 de convocatoria del referéndum ilegal fue firmado por todo el gobierno autonómico<sup>17</sup> y se doblegó la voluntad del Estado, pues como ha señalado el Tribunal Supremo:

...después de más de dos años dedicados a laminar el ordenamiento jurídico estatal y autonómico y de oponerse frontalmente al cumplimiento de sentencias básicas del Tribunal constitucional, se culminaba el proceso secesionista dentro de un país de la Unión Europea, con una democracia asentada, poniendo a las masas en la calle para que votaran en un referéndum inconstitucional oponiéndose a la fuerza legítima del Estado que protegía unos supuestos colegios electorales. Todo ello con el riesgo gravísimo de que los inevitables incidentes derivaran no sólo en numerosos heridos leves, sino en unos resultados mucho más graves para bienes jurídicos de primera magnitud.<sup>18</sup>

Estado, y el Tribunal acordó su suspensión el 12 de agosto, y su inconstitucionalidad el 8 de noviembre (Sentencia 124/2017).

<sup>17</sup> Mediante la providencia del 7 de septiembre de 2017, el Tribunal Constitucional suspendió la aplicación del Decreto y de cualquier actuación que trajera causa de ésta y dictó la Sentencia 122/2017, del 31 de octubre de 2017, declarando su inconstitucionalidad y nulidad.

<sup>18</sup> Se doblegó la voluntad del Estado pues los seis mil agentes que éste puso para impedir el referéndum fueron ostensiblemente superados por los dos millones de votantes. Tanto es

Después de este referéndum ilegal, Puigdemont compareció el 10 de octubre ante el *Parlament* y manifestó acatar el mandato del pueblo de Cataluña para convertirse en Estado con forma de república. Propuso una suspensión de los efectos de una Declaración unilateral de independencia que se firmó aquel día, fuera del Parlamento, con objeto de llegar a una solución acordada con el gobierno. El Presidente del gobierno de España le envió un requerimiento para que cumpliera las obligaciones constitucionales y para que indicara si se había declarado la independencia, en una situación realmente kafkiana. El 19 de octubre, Puigdemont indicó que no se habían atendido sus peticiones de librar de imputaciones penales a J. Cuixart, J. Sánchez y J. L. Trapero (imputados por la Audiencia Nacional), e informó de que el Parlamento autonómico votaría la Declaración, hecho que se realizó el 27 de noviembre de 2017, haciendo un llamado a la comunidad internacional para el reconocimiento de Cataluña como república.

Todo esto fue el resultado —en expresión del Tribunal Supremo de España— de varios años de “ilegalidades parlamentarias y gubernativas perpetradas en cadena”.<sup>19</sup> Además, en este tiempo se habían producido presuntamente actos de malversación de caudales públicos, desórdenes públicos, escraches, actos de rebelión, sedición, prevaricación, asedio a sedes institucionales, delitos de odio, faltas de respeto a nivel institucional, violación del principio de neutralidad institucional, salida de sedes sociales de empresas del territorio catalán (más de 7,200 a la fecha de este escrito) y una fractura social de la convivencia en Cataluña, entre otros acontecimientos cuyo análisis excede del objeto de esta contribución.

Ante el incumplimiento de las obligaciones constitucionales por las autoridades autonómicas, la respuesta tardía del gobierno español consistió en activar el artículo 155 de la Constitución española.<sup>20</sup> El gobierno español

así, indica el Tribunal Supremo, que el referéndum, ciertamente sin las garantías mínimas exigibles para otorgarle la legitimidad de origen y de ejecución, sí acabó realizándose y sus organizadores anunciaron el resultado final. Y es más, siguieron con su hoja de ruta secesionista y acabaron declarando la independencia de Cataluña.

<sup>19</sup> Auto de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo, del 17 de abril de 2018 (Ponente, Alberto Jorge Barreiro), Fundamento jurídico 4 (a partir de ahora F.J. 4).

<sup>20</sup> Como indicó el gobierno y autorizó el Senado, el 155 se aprueba ante el incumplimiento por la comunidad autónoma y por sus máximas instituciones de sus obligaciones constitucionales a través de la puesta en marcha de un proceso de secesión, con desobediencia rebelde, sistemática y consciente de los reiterados pronunciamientos y requerimientos del Tribunal Constitucional, afectando de manera grave al interés general de España. Véase

destituyó al catalán y, entre otras medidas, convocó elecciones autonómicas, que tuvieron lugar el 21 de diciembre de 2017, en las que nuevamente obtuvo una escasa mayoría de dos diputados la mayoría de fuerzas nacionalistas separatistas. Después de la Declaración de independencia, la Fiscalía general del Estado interpuso una querrela por rebelión, sedición, malversación de caudales públicos, organización criminal, entre otros.

Algunos dirigentes se sustrajeron a la acción de la justicia por lo que sin desconsideración alguna son —indica el Tribunal Supremo— huidos, reos ausentes o declarados rebeldes.<sup>21</sup> No son exiliados dado que España es un Estado democrático y de derecho, según todos los estándares internacionales. La justicia española ha pedido la cooperación judicial internacional para su entrega, lo que no ha funcionado adecuadamente como veremos posteriormente. Tras una moción de censura, el presidente Rajoy fue sustituido por Sánchez, a mediados de 2018, quien ha intentado reorientar la cuestión a través del diálogo, en una fase cuyo análisis excede de nuestro objeto.

### III. NATURALEZA DEL DESAFÍO SOBERANISTA

En el derecho interno y en la teoría del derecho, lo sucedido es un golpe de Estado, en el sentido kelseniano, si se quiere, un golpe de Estado postmoderno (Gascón, Luque) o un pronunciamiento civil (S. Julia).<sup>22</sup> Los ataques a la Constitución, al Estado de derecho y, el principio democrático del *govern* y del *Parlament*, con la colaboración de la sociedad civil, constituyen un golpe de Estado no militar. Esa calificación se cristaliza con la aprobación de las leyes del 6 y 7 de septiembre de 2017<sup>23</sup> que derogaban la Constitución

Orden PARA/1034/2017, del 27 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 155 de la Constitución, se tiene por no atendido el requerimiento planteado al presidente de la *Generalitat* de Cataluña, para que ésta proceda al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y a la cesación de sus actuaciones gravemente contrarias al interés general, y se proponen al Senado para su aprobación las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y para la protección del mencionado interés general.

<sup>21</sup> Véase el Auto de aclaración de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo del 10 de septiembre de 2018, en el recurso de apelación 13/2018.

<sup>22</sup> Véase Juliá, S., “Doblegar al Estado”, *El País*, 2018.

<sup>23</sup> Para Luque eso se cristalizaría, más bien, con el 1o. de octubre y el 27 de noviembre. La caracterización de posmoderno pretende diferenciar este golpe de los producido en el

sin seguir el procedimiento establecido. Kelsen<sup>24</sup> señalaba en un libro editado en México, que hay un golpe de Estado cuando se “nulifica y sustituye el orden jurídico en forma ilegítima como golpe de Estado, en donde el cambio del viejo orden al nuevo orden se realiza de forma que no concuerda con el principio de legitimidad, que era lo mismo que la previa legalidad”.<sup>25</sup> Y eso fue lo que se produjo. Esta calificación fue avalada por un Manifiesto de setenta profesores de filosofía del Derecho.<sup>26</sup>

El Tribunal Constitucional español no utilizan esta terminología, pero la descripción de lo sucedido puede llevar a conclusiones similares. Su sentencia sobre la Ley 19/2017<sup>27</sup> del referéndum de autodeterminación refleja que lo sucedido encaja teóricamente en la idea de golpe de Estado. Y ello porque la Ley 19/2017 tenía total ajeneidad en su fundamento y contenido con la Constitución, su promulgación por el presidente de la *Generalitat* no se había hecho como representante del Estado español ni en nombre del rey, y se basó en la proclamación de la soberanía del pueblo de Cataluña — cuando reside en el pueblo español—, y en la supremacía —que pretendía para sí dicha ley— frente a la Constitución. Todo ello fue claramente nulo e inconstitucional y sentó los cimientos de un sistema jurídico desconectado y totalmente ajeno a la Constitución de 1978. Por lo demás el Tribunal Constitucional señaló:

siglo XIX y en el XX, en los que había muertos y tenían otras características diferentes. Véase Gascón, D., *El golpe posmoderno. 15 lecciones para el futuro de la democracia*, Debate, 2018; Luque, P., *La secesión en los dominios del lobo*, Catarata, 2018.

<sup>24</sup> Kelsen, A., *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1969; Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 1993, p. 325.

<sup>25</sup> Véase mi artículo “El sofisma entre legalidad y legitimidad”, *El País*, 2014.

<sup>26</sup> En dicho Manifiesto se considera que una declaración unilateral de independencia en España era un golpe de Estado, y que “la secesión unilateral de una parte de un territorio de un Estado democrático que respeta los derechos fundamentales de su población (incluyendo los derechos culturales o de las minorías en su seno) es contraria al ideal democrático. Además, que el conjunto de decisiones que se han ido adoptando en Cataluña eran profundamente antidemocráticas e inconstitucionales”. Otro Manifiesto de 224 profesores universitarios había pedido al gobierno que “utilizase todos los medios constitucionales sin excepción para salvaguardar las Instituciones democráticas y la unidad de la nación española consagrada en nuestra Constitución impidiendo la celebración de un falso referéndum ilegítimo e ilegal”.

<sup>27</sup> En esta sentencia se considera que la ley es nula y enteramente inconstitucional. Sentencia 114/2017, en relación con la Ley 19/2017, del referéndum de autodeterminación.

El Parlament de Catalunya ha pretendido , mediante la ley 19/2017 cancelar, de hecho, en el territorio de Catalunya y para todo el pueblo catalán, la vigencia de la Constitución, del estatuto de autonomía... inaceptable vía de hecho... atentado tan grave al Estado de derecho y a la democracia... Las resoluciones de 27-X-2017 presuponen que el Parlamento de Catalunya se arroga atribuciones inherentes a la soberanía, superiores a las que derivan de la autonomía reconocida por la Constitución.<sup>28</sup>

Denominaciones de lo acontecido, como la del juez Pablo Llarena —instructor del *procés* en el Tribunal Supremo— son igualmente adecuadas.<sup>29</sup> El Rey Felipe VI, jefe del Estado y símbolo de la unidad de la patria, en su intervención del 3 de octubre de 2017, indicaba:

...determinadas autoridades de Catalunya, de una manera reiterada, consciente y deliberada, han venido incumpliendo la Constitución y su Estatuto de Autonomía... Con sus decisiones han vulnerado de manera sistemática las normas aprobadas legal y legítimamente, demostrando una lealtad inadmisibile hacia los poderes del Estado. Un Estado al que, precisamente, esas autoridades representan en Catalunya. Han quebrantado los principios democráticos de todo Estado de derecho y han socavado la armonía y la convivencia en la propia sociedad catalana llegando —desgraciadamente— a dividirla.<sup>30</sup>

Los ataques al Estado de derecho y a la Constitución, tradicionalmente denominados “pronunciamientos” o “golpes de Estado” no están tipificados penalmente con dicha denominación en el derecho español, en el derecho europeo ni en el derecho internacional. Están tipificados con otras denominaciones que sirven para proteger los diferentes bienes jurídicos en juego en el derecho interno, como la de “delitos contra la Constitución” (artículos

<sup>28</sup> Auto 144/2017, del 8 noviembre de 2017, del Pleno del Tribunal Constitucional, en el recurso de inconstitucionalidad 4334-2017.

<sup>29</sup> Así, el juez Llarena se refiere a un “ataque al Estado constitucional de una gravedad y persistencia inusitada y sin parangón en ninguna democracia de nuestro entorno”. Auto de procesamiento del instructor Pablo Llarena Conde, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Causa especial/20907/2017).

<sup>30</sup> Mensaje de Su Majestad el Rey en el Palacio de la Zarzuela el 3 de octubre de 2017.

472-484) u otros tipos penales.<sup>31</sup> No se ha armonizado el derecho comparado en este ámbito.

Desde la perspectiva del derecho internacional tampoco se han tipificado los golpes de Estado, dado que la democracia y el Estado de derecho no se han desarrollado en la materia, donde coexisten regímenes democráticos con otros que no lo son. Esta situación explica que la comunidad internacional impulsa y promociona la democracia, desde la caída del muro de Berlín, pero no es una exigencia ineludible para formar parte de la comunidad internacional. No existe un legitimismo democrático universal; es decir, una norma jurídica de alcance universal que sitúe como un hecho ilícito (en el derecho internacional) a aquellos Estados gobernados por regímenes no democráticos.<sup>32</sup>

El orden internacional lo que garantiza es el denominado principio de autonomía constitucional, que se interpreta según los principios de la coexistencia pacífica de la Res. 2625. No existe un *delicta iuris gentium* ni un crimen competencia *uti universi* sobre la rebelión, sublevación, revolución, secesión o golpe de Estado. No son delitos que se cometan habitualmente en la vida de los países, por lo que ni siquiera aparecen en la lista de los órdenes europeas de detención. Esto no significa que sean delitos políticos, aunque los cometan políticos. En estos casos la comunidad internacional actúa con prudencia, de un lado, y no ha desarrollado, en derecho, las consecuencias.<sup>33</sup> Al fin y el cabo aquí funciona, a la postre, el principio de efectividad y el derecho se apunta al caballo ganador.

<sup>31</sup> Subsidiariamente se podría considerar la existencia del delito de sedición del artículo 544 (alzamiento público y tumultuario para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales la aplicación de las leyes o resoluciones judiciales, entre otras), de desobediencia (artículo 410), malversación de caudales públicos (artículo 432), organización criminal, etcétera.

<sup>32</sup> Fernández Liesa, Carlos, "Democracia y desarrollo en el orden internacional", en Mariño Menéndez, F. y Fernández Liesa, Carlos R. (eds.), *El desarrollo y la cooperación internacional*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado-Instituto de Estudios Internacionales y Europeos "Francisco de Vitoria", 1997, pp. 183-233.

<sup>33</sup> Únicamente con esto, y con cierta vinculación, se ha desarrollado, en el Derecho latinoamericano regional, el denominado derecho de asilo diplomático, que dio lugar a la convención de la Habana de 1928 y a la Convención de Caracas del 28 de marzo de 1954. Este asilo se presta, en ocasiones, en el marco que venimos comentando, si bien no es una norma que se aplique en Europa por ser de carácter regional. Al respecto, véase Pastor Ridruejo, J. A., *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 11a. ed., Tecnos, 2007, pp. 243 y 244.

Las doctrinas legitimadoras pro Constitución no se han consolidado en el derecho internacional general<sup>34</sup> y sólo en algunos legitimismos democráticos regionales, como en la Unión Europea o el Consejo de Europa.<sup>35</sup> Si Cataluña se separase unilateralmente y de manera inconstitucional de España el nuevo Estado no cumpliría los criterios de adhesión a la Unión Europea, y deberá solicitarla de conformidad con el artículo 49 del Tratado de Unión Europea, que exige la unanimidad de todos los miembros.<sup>36</sup>

#### IV. LA FALTA DE FUNDAMENTACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DEL DESAFÍO SOBERANISTA

Es relevante ver si los hechos anteriormente explicados podrían tener alguna causa que excluyera la ilicitud o un fundamento en el derecho internacional. Esto podría ocurrir si al pueblo catalán se le denegase su derecho de libre determinación de manera contraria al orden internacional, o estuviera bajo un régimen tiránico u opresor.

##### 1. *La falta de fundamentación en el derecho internacional de la libre determinación del pueblo catalán*

El desafío soberanista pone a prueba la cuestión de quien es el titular de la soberanía. En los Estados democráticos contemporáneos el titular de la so-

<sup>34</sup> En esta línea no han servido ni la doctrina de la beligerancia, ni la de la insurgencia, como tampoco luego las doctrinas Tobar, Estrada, Wilson, Larreta o Betancourt; sobre estas doctrinas, véase Pérez González, M., “La subjetividad internacional”, *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 286 y ss.

<sup>35</sup> En el Consejo de Europa los artículos 3 y 8 del Convenio Constitutivo establecen como criterios de adhesión y permanencia tener regímenes democráticos; en la Unión Europea también existen estos criterios. Por lo demás, el artículo 4.2 del Tratado de Unión Europea indica que la ésta respetará la igualdad de los Estados miembros ante los tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional, especialmente las que tienen por objeto garantizar la integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional.

<sup>36</sup> Véase, entre otros, López Garrido, D.; Aldecoa, F. y Cámara, G., *Cataluña ante la Unión Europea. Las consecuencias jurídicas de la independencia*, Informe de la Fundación Alternativas, septiembre de 2015.

beranía es, desde el artículo 3o. de la Declaración de los derechos humanos de 1789, el cuerpo electoral. Esta visión racional y democrática que supera la teoría descendente del poder o la noción de soberanía absoluta residenciada en el rey, es la que consolida el constitucionalismo contemporáneo. Con el principio de las nacionalidades se pretende pasar del Estado nación a la nación Estado, con la pretensión de que las naciones culturales se conviertan en Estado y obtengan su propia soberanía.

El proceso secesionista catalán pone a prueba el principio de soberanía de la constitución española de 1978, que identifica al pueblo español como el titular de la soberanía.<sup>37</sup> El desafío soberanista parte del principio de que la soberanía reside en el pueblo de Cataluña, como proclama el artículo 1o. de la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña (Res 5/X) del 23 de enero de 2013, que indica que “el pueblo de Cataluña tiene carácter de sujeto político y jurídico soberano”. Esta disposición es nula e inconstitucional.<sup>38</sup>

La pretensión a la autodeterminación de Cataluña ha sido minoritaria y esporádica. Después de la Primera Guerra Mundial se empezó a hablar, en contextos muy minoritarios, de la autodeterminación. Posteriormente, durante la negociación del estatuto de autonomía de Cataluña, en la Segunda República, se presentó extraoficialmente un borrador secesionista, en el que Azaña, personalmente se encargó de encauzar en las cortes.<sup>39</sup> El nacionalismo catalán fue atípico pues, a diferencia de otros, no aspiraba a la independencia.<sup>40</sup> Sólo en 1989, 1998 y a partir de 2010 volvió a plantearse y de manera preocupante en el *procés*.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Así, el artículo 1.2 indica que “la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. Y el artículo 2o. dispone que la “Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos 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”.

<sup>38</sup> En este sentido, véase la Sentencia 42/2014, del 25 de marzo (FJ.1).

<sup>39</sup> García de Enterría, E., *Sobre la autonomía política de Cataluña. Selección y estudio preliminar*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 19 y ss.; González Calleja, E., “Cuestión territorial, autonomismo y federalismo en la II República”, en Martínez Rus, Ana y Sánchez García, Raquel (eds.), *Las dos Repúblicas en España*, Madrid, Fundación Pablo Iglesias, 2018.

<sup>40</sup> Roig Obiol, J., *El nacionalismo catalán (1800-1939)*, Madrid, Arco libros, 1998, p. 14.

<sup>41</sup> En este sentido, véase Res 98/II, del 12 de diciembre de 1989, sobre el derecho de autodeterminación; Res 679/V de 1o. de octubre de 1998, sobre la orientación política general; Res 631/VIII sobre el derecho de autodeterminación; moción 6/IX, de 2011, sobre

Desde la perspectiva jurídica, el Tribunal Constitucional, en muy diversas sentencias, ha interpretado el modelo constitucional en el sentido de que el autogobierno de Cataluña se basa en la asunción del “universo jurídico constitucional” (STC 31/2010); los ciudadanos de Cataluña no serían el pueblo soberano concebido como una “unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del ordenamiento”;<sup>42</sup> reconocer al pueblo de Cataluña como “sujeto político y jurídico soberano” es contrario al principio de primacía de la Constitución y a los artículos 1.2, 2o., 9.1 y 168 de la misma,<sup>43</sup> entre otras consideraciones.<sup>44</sup>

El artículo 2o. de la Ley 19/2017 del referéndum de autodeterminación reitera, sin embargo, que el pueblo de Cataluña es un sujeto político soberano y, como tal, “ejerce el derecho a decidir libremente y democráticamente su condición política”; y de que “el Parlamento de Cataluña actúa como representante de la soberanía del pueblo de Cataluña”.

Del mismo modo la Declaración de independencia del 27 de octubre de 2018, considerada inconstitucional, estima que el referéndum del 1,0 se había convocado para el “ejercicio del derecho a la autodeterminación reconocido por el Derecho internacional”; y que “la constitución de la República catalana responde al impedimento por parte del Estado español de hacer efectivo el derecho a la autodeterminación de los pueblos” (párrafo 14).

La cuestión que se plantea es que si en el derecho internacional se puede fundamentar esta pretensión, dado que no cabe basarla en el derecho

el derecho a la autodeterminación del pueblo de Cataluña y sobre el derecho de la sociedad a expresarse por medio de consultas populares; Res 742/IX sobre la orientación política general del gobierno; Res 306/XI del Parlamento de Cataluña sobre la orientación política general del *govern*, del 6 de octubre de 2016.

<sup>42</sup> Sentencia 12/2008, FJ 10 y 11.

<sup>43</sup> Sentencia 42/2014, FJ 1.

<sup>44</sup> Así, por ejemplo, para el Tribunal Constitucional “Autonomía no es soberanía” (Sentencia 4/1981, del 2 de febrero, FJ 3). “Ni el pueblo de Cataluña es titular de un poder soberano, exclusivo de la Nación española constituida en Estado ni puede, por lo mismo, ser identificado como un sujeto jurídico que entre en competencia con el titular de la soberanía nacional” (Sentencia 114/2017, del 17 de octubre de 2017). “El pueblo de Cataluña integra un sujeto que se constituye en el mundo jurídico en virtud del reconocimiento constitucional” (Sentencia 42/2014, FJ 3). “La Nación en cuya unidad la constitución se sustenta es la de todos los españoles, como ciudadanos libres e iguales en derechos. Son los únicos que, en hipótesis, podrían ser llamados a decidir sobre la permanencia y el destino del Estado común...”.

interno español. En este sentido la Ley 19/2017, del 6 de septiembre del referéndum de autodeterminación, considera que desarrolla el ejercicio del derecho a la autodeterminación que forma parte del ordenamiento jurídico vigente (artículo 3.3 de la Ley). A tal efecto, el preámbulo de la Ley hace referencia al derecho de los pueblos a la autodeterminación reconocido por el Pacto de derechos civiles y políticos, a los artículos 96 y 10,2 de la Constitución española, a las resoluciones del Parlamento de Cataluña sobre su derecho a la autodeterminación, así como a otros instrumentos internacionales.<sup>45</sup> A pesar del contenido en esta Ley, ninguna interpretación del derecho internacional da base a esas afirmaciones.

El principio de libre determinación de los pueblos<sup>46</sup> tuvo un momento de triunfo al término de la Primera Guerra Mundial, como consecuencia del efecto producido por el hundimiento de los imperios del centro y del este de Europa y por la Revolución Rusa, que llevó —indica Hobsbawm— a que los aliados jugaran la carta wilsoniana contra la bolchevique.<sup>47</sup> El principio de libre determinación estaba desprovisto de carácter normativo en su origen, por una formulación vaga, imprecisa, insusceptible de dar lugar a derechos. En todo caso, se aplicó en las nuevas fronteras de Alemania y en el caso de las islas Aaland.<sup>48</sup>

La Sociedad de Naciones adoptó una decisión el 24 de junio de 1921, indicando que “pertenece exclusivamente a la soberanía de todo Estado definitivamente constituido acordar o rechazar a la fracción de su población el derecho de determinar su propio destino político por la vía de plebiscito o de otro modo”. Sobre estas bases se hablaría después, de la secesión-remedio y de los pueblos oprimidos, como una categoría con derecho de libre determinación, lo que no es aplicable en Cataluña.

<sup>45</sup> Así, a la Res 1999/57, sobre promoción del derecho a la democracia de la Comisión de Derechos Humanos, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

<sup>46</sup> Fernández Liesa, C. R., *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, biblioteca Porrúa de derecho procesal constitucional, México, Porrúa, 2014, p. 105 y ss.; Cassese, A., *Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 134 y ss.; Jouve, E., *Le droit des peuples*, Que sais je?, París, Puf, 1988; Musgrave, T., *Self-Determination and National Minorities*, Clarendon Press, 1997, p. 18; Fernández Liesa, C.; Mariño, F. y Díaz Barrado, C., *La protección internacional de las minorías*, Madrid, Ministerio de trabajo y Asuntos sociales.

<sup>47</sup> Hobsbawm, E., *Naciones y nacionalismo desde 1870*, Crítica, 1991.

<sup>48</sup> De Visscher, F., “La question des Iles d’Aaland”, *RDI et de législation comparée*, 1921.

Pero salvo en estas circunstancias, que bajo ninguna opinión objetiva mínimamente se dan en relación con Cataluña, el principio de libre determinación se ha ceñido en sus desarrollos posteriores vinculado al binomio autodeterminación-descolonización. En este sentido, esa fue la evolución desde la Res (VII) del 16 de diciembre de 1952, que llama a los miembros de la ONU a reconocer el derecho de autodeterminación a todos los pueblos. En 1960, la Declaración sobre la Independencia de los Pueblos Coloniales se refiere a los pueblos coloniales cuando alude a “pueblos sujetos a subyugación, dominación o explotación extranjera”. Del mismo modo la Res 2625, de 1970, indica que la sujeción de un pueblo “constituye un obstáculo primordial para la realización de la paz y la seguridad internacionales”.

No cabe duda de que el pueblo catalán no es un pueblo colonial, ni ocupado —como el pueblo kuwaití tras invasión de Irak— ni oprimido —como el sudafricano bajo el régimen de apartheid—. En este sentido la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales aprobó una Declaración sobre la falta de fundamentación en el derecho internacional del referéndum de independencia que se pretende celebrar en Cataluña<sup>49</sup> suscrita por 400 catedráticos, titulares y profesores de derecho internacional público y de relaciones internacionales, que avala esta apreciación en sus dos primeros epígrafes. Así, en el primero señala que las normas de derecho internacional relativas al derecho de libre determinación sólo contemplan un derecho a la independencia en el caso de los pueblos de territorios coloniales sometidos a subyugación, dominación o explotación extranjera; y, en el segundo y tercero se indica que:

2. No puede excluirse un derecho de separación del Estado a comunidades territoriales cuya identidad étnica, religiosa, lingüística o cultura es perseguida reiteradamente por las instituciones centrales y sus agentes periféricos, o cuyos miembros son objeto de discriminación grave y sistemática en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, de forma que se produzcan violaciones generalizadas de los derechos humanos fundamentales de los individuos y de los pueblos.

<sup>49</sup> Este grupo estaba compuesto por los siguientes catedráticos y catedráticas de derecho internacional público: Paz Andrés Sáenz de Santa María, Gregorio Garzón Clariana, Araceli Mangas Martín, Xavier Pons Rafols, Antonio Remiro Brotons, Alejandro del Valle Gálvez y Rafael Arenas García.

3. Nada en los Pactos internacionales de 1966, en ningún otro Tratado sobre derechos humanos, ni en la jurisprudencia internacional apunta a la consagración de un derecho de las comunidades territoriales infraestatales a pronunciarse sobre la independencia y separación del Estado...

6. Como Cataluña no es una entidad que disfrute de un derecho de separación del Estado reconocido por el Derecho internacional, el derecho de libre determinación no puede constituir el fundamento jurídico para consultar a los ciudadanos sobre su independencia, como pretende el referéndum previsto en la Ley 19/2017 del Parlament, actualmente suspendida por el Tribunal Constitucional.

## 2. La inadecuación de reconocer un gobierno de la república catalana en el exilio

El ataque al Estado de derecho y a la democracia ha llevado a plantear si cabe un gobierno de la república catalana en el exilio. Puigdemont es presidente del *Consell* de la república en Bélgica. Desde la perspectiva del derecho internacional los gobiernos en el exilio están en desuso. Se ha considerado que no cabría reconocer un gobierno en el exilio de un Estado inexistente, como sería el caso.<sup>50</sup> Su reconocimiento constituiría una violación del principio de no intervención. Además, es jurídicamente relevante que se haya producido el ataque al Estado de derecho de un Estado con una constitución legítima y un funcionamiento democrático.

Como ya tuvimos ocasión de señalar se ha producido un sofisma en el binomio legalidad-legitimidad en Cataluña.<sup>51</sup> El modelo español cumple más que sobradamente con los criterios de legitimidad y de legalidad establecidos por Max Weber,<sup>52</sup> y complementados por Habermas o Rawls.<sup>53</sup> El modelo constitucional español es democrático de origen y de ejercicio. Además, como se afirma en el artículo “El sofisma entre legalidad y legitimidad”, un modelo necesita ser legítimo en el sentido de que se respeten los procedimientos de cambio y que, además, sea permeable a valores y

<sup>50</sup> Véase Talmon, S., *Recognition of Governments in International Law: with Particular Reference to Governments in Exile*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

<sup>51</sup> Fernández Liesa, C., “El sofisma entre legalidad y legitimidad”, *El País*, 6 de diciembre de 2014.

<sup>52</sup> Weber, M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.

<sup>53</sup> Habermas, J., *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Paidós, 1991, p. 132; Rawls, J., “El derecho de gentes”, *Isegoría*, núm. 16, mayo 1997, pp. 5-37.

principios morales, o si se quiere, de ética pública. Todos estos criterios de legitimidad se encuentran en la Constitución española de 1978. El núcleo duro del consenso constitucional no es sólo legalidad sino también legitimidad, cuya transformación requiere respetar el procedimiento de cambio de las reglas. Es legítimo que se pretenda cambiar las reglas, pero no lo es incumplirlas, como se ha hecho.

Atacar una Constitución legítima tiene consecuencias en el orden internacional. Sus promotores no pueden ser considerados como autores de delitos políticos, ni ser calificados desde el rigor jurídico como presos políticos o exiliados, ni cabría reconocer un gobierno en el exilio sin cometer un hecho ilícito internacional y contravenir el principio de la no intervención en los asuntos internos. No cabe comparar el *Consell* de la República con el gobierno de la Segunda República en el exilio, pues aquél se basaba en la ficción jurídica de la continuidad de la constitución republicana, que se había visto interrumpida por el golpe de Estado del 18 de julio del 1936,<sup>54</sup> justo lo contrario de lo sucedido en el *procés*, donde el golpe, en sentido kelseniano, fue realizado por los separatistas.

## V. LA CUESTIÓN DE LA NATURALEZA DEL PUEBLO CATALÁN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Fundamentado en el orden internacional, Cataluña no es un pueblo con derecho de libre determinación. Esto plantea la cuestión de si entra en otra categoría jurídica de derecho internacional. Bajo esta línea, en España hay un debate sobre si Cataluña es una nación desde la perspectiva del orden internacional o sobre si encaja en el régimen de protección internacional de las minorías.

### 1. *La inexistencia de la noción de nación en el derecho internacional*

La expresión “derecho internacional” es inadecuada en cuanto que no regula las relaciones entre las naciones, ni siquiera hoy entre los Estados.

<sup>54</sup> Azcarate, P. de, *En defensa de la república. Con Negrín en el exilio*, Barcelona, Crítica, 2010, p. 97.

La expresión que empezó a usar J. Bentham<sup>55</sup> lo fue por contraposición al *national/municipal law*. En ningún caso, las naciones, en cuanto tales, han sido sujetos de dicho concepto, excepto en aquellos momentos históricos o doctrinales en que la expresión “naciones” se ha utilizado como sinónimo de “Estado”. Por tal motivo, desde este punto de vista se puede mantener, tanto antes como ahora, la inexistencia de la noción de “nación” en el derecho internacional.

No sucede así en el derecho constitucional. Cabe recordar que el Tribunal Constitucional indicó en la Sentencia de 2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (FJ 12) que:

La nación que aquí importa es única y exclusivamente la nación en el sentido jurídico constitucional. Y en este específico sentido la constitución no conoce otra que la nación española, cuya mención arranca en su preámbulo, en que la Constitución se fundamenta (art. 2o.) y con la que se cualifica expresamente la soberanía que, ejercida por el pueblo español como su único titular reconocido (art. 1.2) se ha manifestado como voluntad constituyente en los preceptos positivos de la Constitución española.

Este párrafo engendró una gran polémica y victimismo por matizar la consideración de Cataluña como nación, dado que el preámbulo del estatuto de autonomía de Cataluña indicaba que “el Parlamento de Cataluña, recogiendo el sentimiento y la voluntad de la ciudadanía de Cataluña define de manera ampliamente mayoritaria a Cataluña como nación”. Lo que hace el Tribunal Constitucional es indicar que esta afirmación carece de eficacia jurídica salvo que se interprete en el sentido indicado; es decir, considera que Cataluña no es una nación soberana.

<sup>55</sup> La denominación “derecho internacional” fue utilizada por J., Bentham en *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*. Para F. De Vitoria el derecho internacional incluía *quod naturalis ration inter omnes gentes constituit vocatur ius Gentium*. Esta terminología de *ius inter gentes* se retoma por Zouch en 1650 y el canciller d-Aguesseau la traduce a fines del siglo XVIII en “derecho entre las naciones” en Pillet, A., *Les fondateurs du Droit international*, París, 1904, p. 7; también véase Rodríguez Carrión, A., *Lecciones de derecho internacional público*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 17; Juste Ruiz, J., *¿Derecho internacional público?*, Nomos, 1986, pp. 134 y ss.; Herrero y Rubio, A., *Derecho internacional público*, 10a. ed., Valladolid, 1994, p. 8; Miaja de la Muela, A., *Introducción al derecho internacional público*, 7a. ed., Madrid, 1977.

Esto no impide reflexionar sobre si Cataluña es una nación o no en otros sentidos. Desde la perspectiva del derecho internacional no existe, paradójicamente, un régimen jurídico internacional de las naciones. Hay un derecho internacional de los pueblos, un derecho internacional de las minorías y un derecho internacional de los derechos humanos. En el orden internacional lo relevante es si Cataluña es un pueblo o una minoría. El debate sobre si el pueblo catalán es un futuro titular de la soberanía no es propiamente de derecho internacional, sino que es una cuestión política o histórica. En todo caso la soberanía no puede residir al mismo tiempo en el pueblo español (que incluye al catalán) y en el pueblo catalán (con exclusión del resto del pueblo español).

Vamos a reflexionar sobre la noción de nación de Cataluña y de España. España es una nación y Cataluña forma parte de ella. Este sentimiento identitario puede no ser compartido por muchas personas. La identidad es algo subjetivo que está detrás del nacionalismo, de los conflictos culturales, de los movimientos secesionistas y de las políticas de asimilación; de los derechos culturales y de la diversidad cultural.<sup>56</sup> Pero los fundamentalismos identitarios son negativos por ser contrarios al pluralismo, a la diversidad, al interculturalismo y a la convivencia en sociedades modernas.

Algunos autores indican que Cataluña es una nación dentro del Estado español. La existencia objetiva de España como nación soberana, y no solo como Estado, no impide que, desde otras perspectivas culturales, sociológicas o de otro tipo se pueda admitir la existencia de una nación cultural catalana o por supuesto que muchas personas no se identifiquen con la nación española y sólo con la nación catalana, o viceversa.

Es admisible la concepción de España como una nación en la que podría haber además, naciones culturales. No podría, sin embargo, afirmarse que eso fuese considerado un Estado plurinacional, entendido como la suma de un conjunto de naciones (y lo digo en este preciso sentido), siendo además la que mayor número de personas tiene y la única que es soberana. España es una nación en sentido identitario por lo que no cabe reconocer una España plurinacional que se conciba como la suma de un conjunto de naciones,

<sup>56</sup> Smith, A., *La identidad nacional*, Madrid, Trama, 1977; De Blas Guerrero, A., *Nacionalismos y naciones en Europa*, Madrid, Alianza Universidad, 1994; Thiesse, A. M., *La création des identités nationales. Europe XVIII-XX siècle*, Paris, du Seuil, 2001; C. Fernández Liesa, *Cultura y derecho internacional*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2012.

pues por sí misma existe.<sup>57</sup> Autores como Álvarez Junco o Peces-Barba se refieren en este sentido a España como nación de naciones,<sup>58</sup> lo que es aceptable y recomendable con esa interpretación.

Probablemente sería más atinado que en lugar de plurinacionalidad el debate estuviese en la pluriculturalidad y la diversidad cultural española, eludiendo la cuestión de la soberanía. Hay que recordar que en los denominados Estados plurinacionales, como Venezuela, Ecuador o Bolivia la soberanía sigue residiendo en el conjunto del pueblo de los Estados, por lo que no cambia realmente, pero el término plurinacionalidad induce a confusión.<sup>59</sup>

Ya los padres del nacionalismo catalán, en particular Prat de la Riba en *La nacionalitat catalana*, defendían que Cataluña es una nación y que cada nación debe constituirse en un Estado.<sup>60</sup> Esta idea contribuyó a erosionar

<sup>57</sup> Esta es la posición que mantiene en España el líder del Partido Podemos, P. Iglesias, véase Domínguez, A., “Catalunya y la España plurinacional”, *VVAA, Repensar la España plurinacional*, Icaria, 2017, pp. 27-39.

<sup>58</sup> Así, como indicaba Gregorio Peces-Barba “la comunidad superior, la nación de naciones que es España, que se organiza como un Estado social y democrático de Derecho y se produce la vinculación de la Comunidad que es España a la sociedad que es el Estado social y democrático de derecho... La existencia de España como nación no excluye la existencia de naciones comunidades, pero la existencia de estas naciones comunidades no debe llevarnos a una aplicación rígida del principio de las nacionalidades tal y como se formuló por los liberales en el siglo XIX, de que cada nación debe ser un Estado independiente”. Peces-Barba, G., *Discursos parlamentarios de Gregorio Peces-Barba, Cortes Generales*, Madrid, 2014, p. 2170 (intervención ante la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas. Diario de sesiones del Congreso, núm. 64, 11 de mayo de 1978); del mismo autor véase “La idea de España en el Estado de las autonomías”, *Unidad y pluralidad en tiempos revueltos. Derechos, constitución, secesión*, Alberto del Real Alcalá, VVAA, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 21-41; también Bassets, L., *Lecciones españolas. Siete enseñanzas de la secesión catalana y la crisis de la España constitucional*, Barcelona, Libros, 2017; Álvarez Junco, J., “EL nombre de la cosa. Debate sobre el término nación y otros conceptos relacionados”, *El nombre de la cosa*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2005, p. 70; Madariaga, S., *España. Ensayo de historia contemporánea*, 15a. ed., Espasa-Calpe, 2014, indica que “Cataluña es una nación, si bien una nación española” (p. 173).

<sup>59</sup> Véanse los artículos 3o. de la Constitución boliviana, 126 de la Constitución de Venezuela y el preámbulo de la Constitución de Ecuador. También el comentario de Acosta, A., “Prólogo. El complejo desafío de la construcción del Estado plurinacional. Reflexiones para el debate”, en Arkonada, K. (coord.), *Un Estado, muchos pueblos*, Barcelona, Icaria, 2012, pp. 7 y ss.

<sup>60</sup> Prat de la Riba, E., *La nacionalidad catalana*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1998.

progresivamente el doble patriotismo (catalán y español). Desde la Constitución de 1978, el sistema autonómico catalán, liderado por J. Pujol, impulsa una estrategia de recatalanización<sup>61</sup> contraria a la doble identidad, lo que en tiempos recientes ha permitido que penetre la idea separatista en una amplia capa de esa sociedad, que se ha fragmentado en dos partes. Durante los debates constitucionales se desestimaron las enmiendas que pretendían constitucionalizar la autodeterminación.<sup>62</sup> Cuatro décadas después, el separatismo ha adquirido fuerza y ha rejuvenecido una vieja aspiración, anteriormente minoritaria.

## 2. *La cuestión de la aplicación al pueblo catalán del derecho internacional de las minorías*

Si Cataluña no es un pueblo —según el orden internacional—, y la noción de nación carece de relevancia jurídico internacional podemos indagar sobre si el pueblo catalán es una minoría o, en todo caso, si le es aplicable el derecho internacional de las minorías. No cabe duda de que existe una minoría lingüística catalanoparlante en España. Esto es una cuestión de hecho. Y así es aceptado por la práctica española en el marco del Convenio de Lenguas Regionales y Minoritarias del Consejo de Europa. Las estadísticas muestran que desde 1981 está creciendo el número de hablantes de catalán, como consecuencia de la labor en la educación, la administración y los medios de comunicación, fundamentalmente.<sup>63</sup>

En segundo lugar cabe plantearse si el pueblo catalán es, en derecho internacional, una minoría nacional (y/o cultural) a la luz del Convenio de

<sup>61</sup> Sobre esto, véase Molina, F. y Quiroga, A., “¿Una fábrica de independentistas? Procesos de nacionalización en Cataluña (1980-2016)”, *El proceso separatista en Cataluña. Análisis de un pasado reciente (2006-2017)*, Granada, Comares, 2017, pp. 61 y ss. Sobre la fragmentación social de Cataluña a consecuencia del *procés*, véase Mari-Klose, P., “Cataluña deshilachada. Procesos de desintegración de una Comunidad imaginada”, *Anatomía del procés*, Debate, 2018, pp. 230 y ss.

<sup>62</sup> Remiro Brotons, A., *La acción exterior del Estado*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 43 y ss.

<sup>63</sup> No entramos en otras cuestiones que plantea el tema lingüístico. En todo caso puede consultarse el *Quinto Informe presentado por España, en virtud del art. 25, 2 del Pacto, sobre el cumplimiento en España de la Carta Europea de lenguas regionales y minoritarias (2014-2016)*, de diciembre de 2017.

Minorías Nacionales del Consejo de Europa, o de la Declaración de Personas Pertenecientes a Minorías Étnicas, Lingüísticas, Religiosas, Nacionales o Culturales, de la Asamblea General de Naciones Unidas (1992). A nuestro juicio la respuesta debe matizarse y explicarse. De un lado, el pueblo catalán, o parte de él (no sólo la catalanoparlante, sino la que se autoidentifica como una minoría cultural con una identidad propia) no se ha autoidentificado como minoría, de manera expresa, en el sentido del derecho internacional, y tampoco lo ha identificado como tal el Estado español. Esto no significa que no sea un minoría para el derecho internacional, pues esto es una cuestión de hecho, no de derecho.

Esto ha llevado a considerar a algunos autores, como González Vega, que el pueblo catalán no es una minoría en el sentido actual del régimen internacional de las minorías; mientras que otros autores, como Perea Unceta<sup>64</sup> afirman que “como no es una colonia sólo puede acogerse al régimen de las minorías nacionales, que cumple sobradamente”; finalmente, otros autores<sup>65</sup> indican que el término minoría nacional no fue utilizado por los redactores de la Constitución por no haber en el lenguaje constitucional español ninguna traducción de este concepto o por no querer utilizar un término susceptible de una interpretación peyorativa al llevar implícitamente la idea de minoría.

La práctica española no utiliza el término “minoría nacional” por cuestiones de falta de tradición jurídica y de otra naturaleza, pero no porque el grupo humano de que se trate no tenga los rasgos básicos que pudieran hacerlo incluíble, al menos a una parte del pueblo catalán; sin embargo, no encaja bien la noción de “minoría” en relación con el pueblo catalán porque está ausente la situación de posición no dominante, que se requiere en el orden internacional. Los estándares de protección de su lengua, identidad

<sup>64</sup> González Vega, Javier. A., “Revisitando el concepto de minoría: Derecho internacional, derecho europeo y práctica española. (A propósito de la aplicación del Convenio marco para la protección de las minorías nacionales)”, *mimeo*, 2014; Perea Unceta, J. A., “El secesionismo catalán en el contexto del Derecho internacional”, *Foro Nueva época*, vol. 17, núm. 2, 2014, pp. 117-155. Otros muchos autores, desde la ciencia política o la sociología la consideran minoría nacional. Por ejemplo, Torbisco Casals, N., “National Minorities, Self-Determination and Human Rights: A Critique of the Dominant Paradigms in the Catalan Debate”, en Kraus, P. y Verges, Joan (coords.), *The Catalan Process: Sovereignty, Self-Determination and Democracy in the 21st Century*, Barcelona, Institut d’Estudis de l’Autogovern, 2017.

<sup>65</sup> Arp, A., *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, nota 25, p. 132.

y cultura, así como en cuanto a autogobierno, son muy superiores a los que exige el derecho internacional actual y a los existentes en el derecho comparado.

Incluso se plantea si en Cataluña no existe una minoría española, una subminoría, que pudiera estar discriminada. Los estudios muestran que los catalanohablantes en Cataluña tienen un nivel educativo, económico y social que es bastante superior estadísticamente a los castellano hablantes, que tienen menores ingresos y techos de cristal.<sup>66</sup> En todo caso, si la posición de la minoría catalana cambiara y un nuevo Estado español no reconociera ni protegiera los estándares del derecho internacional de las minorías a los miembros pertenecientes a este pueblo, entonces sería aplicable este derecho y se podría hablar, en puridad, de la minoría catalana.

En definitiva, si se me permite la expresión, el pueblo catalán es una minoría durmiente, dado el alto nivel de reconocimiento y protección de sus derechos. En todo caso, minoría durmiente o sufriente, carece en el derecho internacional, tanto en el contemporáneo como en el clásico, de un derecho de secesión, así como de un derecho a decidir si permanece en el Estado o no.<sup>67</sup>

## VI. RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN EN LA CUESTIÓN CATALANA

Dados los rasgos del desafío soberanista, la cuestión catalana es una *cuestión interna, nacional o doméstica*, por lo que es de aplicación el principio de la no in-

<sup>66</sup> Véase, entre otros, el estudio de P. Mari-Klose “Cataluña deshinchada. Procesos de desintegración de una comunidad imaginada”, *op. cit.*, pp. 223 y ss.

<sup>67</sup> Esto es así en toda la doctrina, actual o pasada. Véase, entre otros, Remiro Brotons, A., *Derecho internacional público. Principios fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 170 y 171; Roestorf, K., *The Policy of Self-Determination beyond the De-Colonisation Process*, Routledge, 2013; Castella, S., *Las protección internacional de las minorías*, Tarragona, Silva editorial, 2002; Díaz Barrado, C.; Fernández Liesa, C. y Mariño Menéndez, F. M., *La protección internacional de las minorías*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001; Rouland, N.; Pierre-Caps, S. y Poumarède, Jacques, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, París, Puf, 1996. Sólo algunos autores, no de derecho internacional, mantienen que las minorías tienen derecho de secesión, sin base jurídica alguna. En este sentido Bossacoma, P., *Justicia y legalidad de la secesión*, Barcelona, IEA 2015. Por lo que se refiere al derecho a decidir no vamos a entrar en este estudio, pero cabe señalar que incluso la doctrina que lo defiende considera, por lo general, que es un derecho que no ha sido codificado, que es un derecho del futuro.

tervención en los asuntos internos, que reconoce el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas y la Resolución 2625 (1970). Esto trata de evitar cualquier forma de injerencia por parte de terceros en la personalidad del Estado o en sus elementos políticos, económicos y culturales; también deben abstenerse de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial.

Por lo general los terceros son respetuosos, lo mismo que las Instituciones internacionales. Los incumplimientos del principio de no intervención pueden tener relevancia de mayor o menor calado, y ser más o menos demostrables. Aunque por otro lado, los servicios de inteligencia españoles, europeos y de la Alianza Atlántica afirman que *hackers* rusos intervinieron en la crisis catalana, esto mientras Vladimir Putin indicaba, el 18 de octubre de 2017, que “lo que está pasando en España es una cuestión interna”.

La noción de jurisdicción interna, doméstica o nacional no es sencilla de establecer.<sup>68</sup> En todo caso, como han indicado A. Remiro y P. Andrés<sup>69</sup> sería un acto de injerencia que se reconociera a quien reclama la condición de Estado si no controla efectivamente el territorio y cuenta con las instituciones democráticas que representan a la población en su conjunto. Las continuas referencias doctrinales a otros casos que poco tienen que ver, como Kosovo, Quebec o Escocia no tienen en cuenta que cada país tiene su camino, y desconocen los presupuestos del nudo gordiano del consenso constitucional con el que se consiguió la reconciliación nacional en España, en un modelo de legitimidad ampliamente reconocido.

La estrategia de los secesionistas es la internacionalización de una cuestión interna como la catalana, a través de medidas como el llamamiento a la mediación o al arbitraje, las denuncias ante instituciones internacionales por violación a derechos humanos por parte de España, la pretensión de crear

<sup>68</sup> Arangio-Ruiz, G., “Le domaine réservé. L’Organisation internationale et le rapport entre le Droit internationale et droit interne. Cours général de Droit international public”, *RCADI*, 1990; Verdross, A., “Le principe de la non intervention dans les affaires relevant de la compétence nationale d’un Etat et l’article 2 (7) de la Charte des Nations Unies”, *Melanges offerts à Charles Rousseau. La Communauté internationale*, París, Pedone, 1974; Colt, J. y Pellet, A., *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Economica, París, 1991, pp. 141-159.

<sup>69</sup> Remiro Brotons, A. y Saenz de Santa María, Andres, “La cuestión catalana”, *R.E.D.I.*, vol. 71, núm. 1, enero-junio de 2018.

un gobierno en el exilio, la diplomacia separatista, las campañas de opinión etcétera. La estrategia aparece en el *Libro blanco sobre la transición nacional*,<sup>70</sup> donde se indica que una vez producida la negativa del Estado (a la secesión) se debe forzar la negociación acudiendo a varios actores, en especial de carácter internacional y de la sociedad civil movilizada; hay que promover la mediación, el arbitraje de una institución u organización internacional como la ONU o la UE. A veces estos intentos son fácilmente erradicados,<sup>71</sup> pero hay una buena comunicación, muchos recursos económicos y una estrategia a medio y largo plazo.

Si España fuera considerado un Estado opresor las murallas de la soberanía podrían derrumbarse y se invocarían precedentes, aunque inadecuados, como el de Kosovo.<sup>72</sup> La Opinión Consultiva de Kosovo no hizo cambiar un milímetro del derecho internacional aplicable, simplemente es una manifestación del principio de efectividad del poder, en mi opinión. En todo caso, la estrategia de internacionalización está poniendo el acento en desacreditar al reino de España como Estado opresor, así como a su Estado de derecho y a su sistema judicial. De ahí que haya continuas campañas de información negativa sobre España, plagadas de *fake news*, así como denuncias de violación a los derechos humanos ante la opinión pública, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

<sup>70</sup> *Libro blanco. La transición nacional de Cataluña*, Generalitat de Catalunya, 2014, pp. 29, 33 y 34.

<sup>71</sup> Por ejemplo al Cónsul de Letonia en Barcelona, X. Vinyals, España le retiró el exequátur por poner una *estelada* en la legación consular. Lo que no está probado es que fuera con conocimiento previo de Letonia. Esto no se explica expresamente en el auto de la Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, relativo a la cuestión de competencia núm. 48/2017, cuyo ponente fue Luis M. Díez-Picazo. En el auto se remite a informaciones periodísticas en las que se cuenta el fondo del asunto, pero se indica que otorgar o denegar el exequátur es un acto libérrimo del Estado receptor, que no está obligado a dar explicación alguna. Se justifica sobre la base del derecho internacional, codificado en el Convenio de Viena de Relaciones Consulares de 1963 (artículo 23). La decisión de retirar el exequátur —se indica— “pertenece al puro ámbito del Derecho internacional y es absolutamente libre y no necesitada de justificación. No hay elementos reglados, ni expediente administrativo alguno”.

<sup>72</sup> Véase sobre esto Mangas Martín, A., “Kosovo y la Unión Europea: una secesión planificada”, *R.E.D.I.*, 2011, pp. 101-123; asimismo Portilla Gómez, J. M., “El devenir histórico y legal de Kosovo”, *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, décimo aniversario, UNAM, 2012.

## VII. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD SOBERANA, EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN Y EL DESAFÍO SOBERANISTA

El desafío soberanista trae a colación la vieja y superada distinción entre las controversias jurídicas y las políticas. Ante cuestiones que afectan de manera esencial al núcleo duro de la soberanía, como una secesión, el derecho no funciona como instrumento de cooperación en el ámbito internacional, al menos en lo referente a la cooperación judicial europea. Algunos jueces de Estados terceros han reaccionado ante la petición de cooperación jurídica internacional de manera decepcionante, lo que refleja a nuestro juicio la vieja idea de que en cuestiones internacionales de alto voltaje político no funciona el derecho. Esos jueces no han hecho una aproximación a los hechos desde un análisis riguroso sino que, más allá de posibles renacimientos de viejos prejuicios, han eludido el problema, desde una premisa esencialmente política, contraria al derecho, en nuestra opinión.

Hay que distinguir entre la actitud de los Estados terceros, de las instituciones internacionales y de los jueces de terceros países. La comunidad internacional ha actuado conforme con el derecho internacional, hasta el momento, y ha funcionado tanto la cooperación internacional como el respeto a la soberanía. Por ejemplo, las instituciones europeas (la Comisión y el Parlamento Europeo) han apoyado la Constitución española como marco de solución de los problemas. Del mismo modo, el Consejo de Europa ha mostrado su confianza en la democracia española como marco de solución. Los Estados terceros han respetado el principio de soberanía y no intervención.

Ahora bien, se han producido algunos, aunque excepcionales, incumplimientos del derecho internacional en el marco de la cooperación europea por parte de jueces internos e inferiores de países europeos que no han actuado de conformidad con lo exigido por las normas.

Destaca el incumplimiento belga de su obligación de cooperar con la justicia española al negarse a entregar a Puigdemont y a otros tres consejeros del gobierno autonómico, lo que supone un incumplimiento del régimen de la orden europea de detención, así como de los principios de cooperación y reconocimiento mutuo.

El juez Belga invocó la jurisprudencia Bob Dogi<sup>73</sup> señalando que eran irregulares las ordenes de detención europeas que había cursado el juez

<sup>73</sup> Sentencia del 1o. de junio de 2016, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

español, pues no existía previamente una correcta orden nacional, indicaba. Pero esto era falso pues, como ha señalado el juez Pablo Llarena del Tribunal Supremo español, en un auto de 19 de julio de 2018 (FJ 2) él mismo había informado a la justicia belga, previamente a la adopción de la decisión denegatoria, de que se había tramitado una orden nacional de detención el 3 de noviembre de 2017 (por la Audiencia Nacional) y de que se había revalidado el 21 de marzo de 2018 (por el Tribunal Supremo). Carece de explicación jurídica esta situación que evidencía, a todas luces, el incumplimiento de la obligación de cooperar, tanto desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea como del derecho internacional.

También hay que hacer referencia al posible incumplimiento belga del principio de igualdad soberana (*par in parem imperium non habet*), reconocido por la Carta de Naciones Unidas y por la Declaración 2625 (1970). En virtud del principio de soberanía, todo Estado debe abstenerse de cualquier acción dirigida al quebrantamiento de la unidad de otro Estado y tiene la obligación de respetar la integridad territorial, la personalidad y la soberanía de los demás, así como de su sistema jurídico, político, social y cultural. La soberanía judicial española se ha puesto en entredicho por Bélgica donde no se han aplicado debidamente las reglas del derecho internacional ni las de la cooperación europea en el espacio de libertad, seguridad y justicia.

Me refiero a otra situación donde se puede estar en el inicio de la comisión de un hecho ilícito internacional que vulnere el principio de soberanía (*par in parem imperium non habet*) y que podría acabar en un contencioso en el Tribunal Internacional de Justicia de la Haya en caso de consumarse. Veamos el caso. El juez del Tribunal Supremo del reino de España, el magistrado Pablo Llarena fue citado ante la Primera Sala del Juzgado de primera instancia francófono de Bruselas el 4 de septiembre de 2018, por una demanda interpuesta por Puigdemont y los tres exconsejeros fugados sobre la base de su derecho al honor y a un juicio justo.

Resulta inaudito y grave, un hecho ilícito internacional en ciernes, que un juez belga cite a uno español en el ejercicio de su función. La citación invadía las competencias de España, la soberanía judicial española, que se concibe como un conjunto de competencias regladas, exclusivas y excluyentes. No concurrían los títulos de competencia para que Bélgica fuera considerado competente, pues los hechos no se habrían producido en su territorio, ni bajo su jurisdicción o control, ni cabría invocar que es una cuestión de jurisdicción universal.

La soberanía supone que un Estado no puede someter a su jurisdicción a otro Estado ni a sus órganos con hechos cometidos en su territorio.<sup>74</sup> El ejercicio de una competencia cuando se carece de ella supone un hecho ilícito internacional, pues estaríamos ante el ejercicio de una competencia extraterritorial que invade las competencias exclusivas y excluyentes de España.

Por ello, el presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial español, Carlos Lesmes, envió una carta a los ministros de Asuntos Exteriores y de Justicia del gobierno de España, el 10 de julio de 2018, en la que pedía que se llevaran a cabo “las actuaciones correspondientes para asegurar la integridad de la acción del Estado y del Magistrado Llarena”. Consideraba que la iniciativa procesal belga “se enmarca en una actuación dirigida a defraudar las garantías de independencia del Magistrado del T.S... Se pone en cuestión en la demanda las Instituciones del Estado español y la propia corrección del Estado”. Solicitaba que se requiriera al Ministerio de Asuntos Exteriores de Bélgica para que compareciera ante su propio tribunal belga, en representación de su Estado pero en defensa de la inmunidad de jurisdicción de España y del juez del Tribunal Supremo demandado.

Bélgica rechazó la petición de España de personarse en la causa para defender a España, alegando que podía interpretarse como una injerencia en la independencia de los tribunales. El gobierno español no quería enviar un abogado para que quedara claro que no reconocía la jurisdicción. El 30 de julio de 2018 el juez Llarena volvió a pedir amparo al Consejo del Poder Judicial español (CGPJ). El 16 de agosto, la Comisión permanente del CGPJ solicitó nuevamente al gobierno español que se adoptaran las medidas necesarias ante “un ataque planificado a las condiciones de independencia en las que se desarrolla su labor jurisdiccional”.<sup>75</sup>

Tras varios debates de gran impacto en la prensa española, el presidente del gobierno de España declaró, durante una gira en Chile, que “la defensa

<sup>74</sup> Kelsen, H., *Principios de derecho internacional público*, Buenos Aires, El Ateneo, 1965; Remiro Brotons, A., *Derecho internacional público*, McGraw Hill, 1997, pp. 76 y ss.; Fernández Liesa, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos*, Thomson Reuter, 2013, pp. 373 y ss.

<sup>75</sup> Una simple lectura de la demanda de Puigdemont ponía de relieve, decía el CGPJ, que “los procesados, demandantes en Bélgica, han urdido una actuación dirigida a defraudar las garantías de independencia del magistrado del tribunal Supremo Pablo Llarena intentando, sin disimulo alguno, someter las actuaciones soberanas del Estado español a la jurisdicción de un Estado extranjero”.

del juez Llarena es un Asunto de Estado”.<sup>76</sup> España ha contratado a un juez belga para personarse en la causa en defensa de la inmunidad de jurisdicción de España y de la falta de competencia de los tribunales belgas. En estos momentos (la fecha de este escrito) la jueza belga todavía no se ha pronunciado en torno a si acepta a trámite la demanda pero, caso de hacerlo, estaríamos ante el inicio de un posible hecho ilícito internacional que podría dar lugar a un contencioso entre España y Bélgica.

Por otro lado, un tribunal alemán regional de Schleswig-Holstein ha considerado que sólo entregaría a Puigdemont por malversación, pero no por los otros delitos por los que el Tribunal Supremo le persigue (rebelión y sedición, en especial). En un viaje de vuelta de Finlandia a Bruselas al pasar por Alemania la justicia española solicitó su detención y extradición.

Al concluir el juez alemán que sólo procedía la entrega, en su caso por malversación, incumplió el principio de doble incriminación, el principio de reconocimiento mutua, el principio de cooperación y el principio de soberanía. De un lado, y como ha señalado Gimbernat,<sup>77</sup> el juez alemán se contradice en dos autos suyos (el del 5 de abril de 2018 y el del 12 de julio

<sup>76</sup> Un comunicado del Ministerio de Justicia había indicado que ante las manifestaciones privadas realizadas por el juez Llarena (que había dicho que en España no hay presos políticos), España iba a defender la inmunidad de jurisdicción del Estado, pero no a un particular por cuestiones privadas. Se precisaba que “cualquier mención a la función jurisdiccional del magistrado por la autoridad judicial belga supondría una vulneración del principio *acta iure imperii* en virtud del cual los Estados extranjeros no pueden ser demandados ni sometidos a la jurisdicción de un determinado país. Si la evolución de la causa recomienda la personación del Estado español, el Ministerio de Justicia contratará un bufete privado que defienda su soberanía e inmunidad jurisdiccional”. Se habían ignorado dos informes de la Abogacía General del Estado que pedían la defensa, sin reparos, del juez Llarena. La vicepresidencia, al día siguiente (el 24 de agosto), declaró que la defensa del juez ante la demanda de Puigdemont correspondía al poder judicial, lo que no tenía sentido desde el punto de vista del principio de unidad del Estado. Ante esta situación las asociaciones de jueces y fiscales, a excepción de una minoría, publicaron un comunicado el 24 de agosto en defensa de la soberanía jurisdiccional de España, en el que pedían al gobierno un pleno amparo y una rectificación. Indicaban, además, que concurrían los requisitos de la Ley de Asistencia Jurídica para la personación del Estado, y que la función del tribunal de instancia de Bruselas era desconocer los trámites procesales o, peor aún, no hacer algo. A raíz de esto, la presidencia, a instancias también de varios Ministros (en particular del de exteriores, Sr. Borrell), inició la rectificación, primero con un comunicado en el que se desdecía y se señalaba que “habían atendido todas las indicaciones del CGPJ” y luego con las declaraciones del gobierno y de la ministra, que confirmaron el amparo sin matices.

<sup>77</sup> Gimbernat, E., “Alemania, la euroorden y Puigdemont”, *El Mundo*, 31 de julio de 2018.

de 2018) ocultando que sin lugar a dudas había doble incriminación. La rebelión o sedición española era similar al delito de alta traición contra el Estado federal o al delito de ruptura de la paz pública (de los artículos 81 y 185 del Código Penal alemán, respectivamente), y el juez alemán lo desconoce a pesar de la petición de la fiscalía general alemana (en un escrito del 1o. de junio de 2018); Gimbernat indica que para negar que en Alemania la conducta de Puigdemont integre una ruptura de la paz pública, el Tribunal modificó los hechos acontecidos de manera imaginaria.

Por otro lado, el tribunal alemán entra en el fondo del asunto, incumpliendo el principio de reconocimiento mutuo y el principio de soberanía judicial. El juez alemán suplanta en cuanto al fondo, la labor del juez español, vulnerando dicho principio de soberanía. El juez alemán considera que no hay violencia de una intensidad suficiente para la rebelión, lo que es algo que compete valorar al español. En esta línea, la fiscalía del Tribunal Supremo español ha indicado en un escrito del 19 de julio que:

...el citado órgano judicial alemán ha incumplido el marco jurídico europeo que regula la orden europea de detención, Según el art. 2.4 no debía tener en cuenta los elementos del delito ni la concreta calificación. El órgano judicial entró a examinar cuestiones que afectan al fondo del asunto (intensidad de la violencia; elementos incriminatorios) que solo pueden ser valorados tras la práctica de las pruebas por el tribunal encargado... El tribunal alemán ha asumido las funciones de enjuiciamiento legalmente atribuidas a la Sala de lo penal del Tribunal Supremo, produciéndose una indebida intromisión en la jurisdicción de los Tribunales españoles, lo que dificulta notablemente la posibilidad de reconocer efectos jurídicos a semejante decisión. La decisión del Tribunal alemán no puede condicionar la mayor o menor relevancia penal de los hechos ni la concreta calificación jurídica de los mismos, cuestiones estas que son de competencia exclusiva y excluyente de los tribunales españoles.<sup>78</sup>

Resulta muy preocupante que el Tribunal alemán suplante al Tribunal Supremo al entrar en el fondo. El Tribunal alemán llega a valorar en su auto la declaración del huido Puigdemont y confiere valor probatorio a su versión (sin haberse confrontado con otras fuentes), modificando el relato fáctico del juez español por lo que en definitiva actúa “despojado de cobertura

<sup>78</sup> Escrito de la Fiscalía del Tribunal Supremo del 19 de julio de 2018.

normativa”.<sup>79</sup> El juez alemán tampoco solicitó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de la Unión Europea, pues esta situación se produjo en aplicación de un instrumento de cooperación judicial europea y dado que había dudas de interpretación era su obligación solicitarla, en virtud del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Todos estos desahogados judiciales belgas y alemanes evidencian que la cooperación judicial europea no está bien construida para estos casos. Y ello a pesar de lo que indica el artículo 4,2 del Tratado de la Unión Europea,<sup>80</sup> disposición que debe ser objeto de un desarrollo normativo para que no vuelvan a producirse situaciones de este tenor.

### VIII. EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD Y LA CUESTIÓN CATALANA

Ausente cualquier base de apoyo en el derecho para la cuestión catalana, lo relevante es el poder de los hechos. Lo sucedido en el *procés* son hechos, cuya relevancia para el derecho internacional es grande. Cuando el gobierno de España no aplicó el artículo 155, ni evitó el referéndum ni la declaración de independencia, tal vez su quietud obedecía a que no tomo en cuenta la relevancia de los hechos para el derecho internacional. Considerar que por ser inconstitucional o nula una declaración o un referéndum no son relevantes en el orden internacional es caer en el error, propio de un opositor, de que el mundo funciona como un registro de la propiedad.

Armitage<sup>81</sup> ha estudiado cómo las declaraciones de independencia son llamamientos, en un lenguaje jurídico y diplomático a la comunidad internacional y a la opinión de la humanidad, para que se reconozca a un nuevo miembro. Es algo esencialmente político, no jurídico. Es cierto una declaración que *per se* y un acto de reconocimiento son declarativos, no constitutivos. Pero todo eso no significa que no tengan un alto valor jurídico, pues

<sup>79</sup> Como ha indicado el juez Llerena en un Auto del 19 de julio de 2018.

<sup>80</sup> “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional”.

<sup>81</sup> Armitage, D., *Las declaraciones de independencia. Una historia global*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

en una cadena de comportamientos, al final se consolidan las situaciones jurídicas.

Por ello, cuando algunos investigados, por delitos graves en el proceso secesionista en Cataluña, han declarado ante el Tribunal Supremo que el valor de la Declaración de independencia era puramente simbólico eso lo hacían para intentar defenderse. Una vez realizado el hecho se empieza a caminar en la senda de la creación de un Estado, y así reunir los elementos de estatalidad. El *Libro blanco. La transición nacional* resalta que la proclamación de independencia sólo se debería producir, para ser eficaz, cuando se pudiese ejercer de manera efectiva el gobierno del territorio, lo que implicaba disponer de las estructuras de Estado básicas e indispensables para esta finalidad. Incluso, se analizaban diversos escenarios de colaboración de España, y se consideraba que sin estas estructuras el nuevo Estado no sería efectivo.<sup>82</sup> A tal efecto, las autoridades autonómicas impulsaron un plan de infraestructuras de Estado, que el Tribunal Constitucional estimó inconstitucional.

No hay que olvidar la relevancia del principio de efectividad en los procesos de secesión al margen del derecho, como sucede en Cataluña. En estos casos si el Estado quiere sobrevivir tiene que mantener el poder real y efectivo en todo su territorio, bajo su jurisdicción y control, y evitar que el derecho se doblegue ante los hechos, como en Bangladesh o en la antigua Yugoslavia.<sup>83</sup> P. Andrés indica que el derecho internacional no reconoce ni prohíbe un derecho a la secesión, siendo que en último término es la efectividad la que determina la conducta de los Estados.<sup>84</sup> Un buen ejemplo lo constituye, en mi opinión, el asunto de Kosovo, en el que la propia posición del Tribunal Internacional de Justicia sólo se explica por relaciones de fuerza y de poder que se consolidan en el derecho, máxima expresión del principio de efectividad y de su relevancia en el ordenamiento internacional.<sup>85</sup>

<sup>82</sup> *Libro blanco. La transición...*, cit., p. 34.

<sup>83</sup> En esta línea véase Salmon, J., "La construction juridique du fait en Droit international", *Archives de philosophie du Droit*, t. 32, Le droit international, Sirey, 1987, pp. 135-151.

<sup>84</sup> Saenz de Santa María, Andrés, "La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional", *CEBDI*, vol. 1, Aranzadi, 1997, pp. 188 y ss.

<sup>85</sup> En este sentido véase, por ejemplo, el estudio de Cardona Llorens, J., "La relevancia (o no) de la Administración internacional de Kosovo en la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010: perplejidades de un lector", *R.E.D.I.*, vol. LXIII, núm. 1, 2011, pp. 79-100; en el mismo sentido el profesor Jiménez Piernas, considera

El principio de efectividad no constituye una norma consuetudinaria ni un principio general del derecho pero, como decía el profesor Touscoz, podría calificarse de principio informador del Derecho internacional.<sup>86</sup> En el orden internacional hay una relación dialéctica entre hecho y derecho. En la existencia, creación y desaparición de Estados tiene, pues, gran relevancia la efectividad de que una entidad determinada reúna los criterios de estatalidad. Los Estados son por ello sujetos primarios y originarios, en expresión de Verhoeven.<sup>87</sup> Su identificación —señala— no obedece a reglas sino que opera de manera empírica. La realización de las condiciones de Estado es una cuestión de puro hecho que el derecho constata, por lo que el reconocimiento es declarativo.

En esta línea, Kelsen<sup>88</sup> decía que *el* problema de la soberanía es, precisamente el hecho de la efectividad de un nuevo orden eficaz que decide de su validez; y esta justificación del hecho por el derecho no puede encontrarse en el hecho mismo, sino en una regla superior del derecho internacional. Para Capotorti las reglas generales de atribución de la personalidad formarían parte de la estructura (las denomina reglas de estructura) y no las vincula a un procedimiento considerado como apto para producir reglas jurídicas; más bien, son reglas que reflejan espontáneamente la forma en que la estructura jurídica del sistema se organiza y tienen un contenido en función del cual, la adquisición de la independencia es una cuestión de hecho.

La relevancia jurídica de la mera existencia del nuevo Estado como hecho, se ha moderado por influencia del principio que prohíbe recurrir al uso de la fuerza y por el principio de libre determinación de los pueblos. En este sentido la efectividad no es absoluta. El derecho internacional tiende a li-

que “la mayoría de la Corte, inclinada a favor de las tesis de los Estados partidarios de la independencia, subraya implícitamente la importancia que todavía posee en el ordenamiento internacional la estructura normativa relacional y, en esta materia, el principio de efectividad”, en Jiménez Piernas, C., “Los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos en la opinión consultiva sobre Kosovo: una oportunidad perdida”, *R.E.D.I.*, 2011.

<sup>86</sup> Touscoz, J., *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Librairie, París, Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964, pp. 255-258.

<sup>87</sup> Verhoeven, J., “L'Etat et l'ordre juridique international. Remarques”, *RGDIP*, t. 82, núm. 3, 1978, pp. 749 y ss.

<sup>88</sup> Kelsen, H., “La naissance de l'Etat et la formation de sa nationalité: les principes, leur application au cas de la Tchécoslovaquie”, *Révue de Droit international*, vol. 4, 1929, pp. 613-641.

mitarla y a erosionarla, hay supuestos en que los hechos contrarios a éste no pueden ser el paso previo a la transformación de las reglas internacionales. Esto es así cuando se vulneran normas de *ius cogens*. Por ello, cuando se crea o desaparece un Estado en contravención de los dos principios antedichos (uso de la fuerza; libre determinación) existe la obligación de no reconocer como lícita la situación creada por esa violación sería de una norma de *ius cogens*. Esta obligación de abstención se funda en la práctica internacional y está reconocida por el artículo 41.2 del proyecto de responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos, que refleja el derecho internacional consuetudinario. Ahora, nada de esto tiene relación con lo acontecido en Cataluña.

## IX. REFLEXIÓN FINAL

El desafío soberanista es consecuencia del incremento del nacionalismo, constituyendo un desafío esencialista y existencial, provocado por una región constituida en comunidad autónoma y reconocida como nacionalidad, Cataluña nunca fue un Estado ni tiene fundamento alguno para tal pretensión en el derecho internacional. No hay fundamento que justifique el desafío soberanista.

El pueblo catalán carece de derecho de libre determinación ni se da ninguna otra causa que justifique la secesión. La hoja de ruta soberanista está plagada de ilegalidades e inconstitucionalidades, como vimos objetivamente en el punto II. En esta tesitura la hoja de ruta del proceso de secesión pasa por deslegitimar una democracia asentada en una Constitución, como la de 1978, que tiene legitimidad de origen y de ejercicio. El poder del *govern* y *Parlament* catalán se asienta en dicha Constitución, que ha sido objeto de un ataque sin parangón en muchos países, lo que supone una quiebra del Estado de derecho, un golpe de Estado institucional. La crisis soberanista, desde el punto de vista de los principios del derecho internacional exige que los terceros Estados no interfieran pues es esencialmente de naturaleza interna, no internacional.

Por su parte, España debe velar por la efectividad del poder y del derecho, pues tiene toda la legitimidad para ello. Si los terceros no cooperan es su problema. En una comunidad internacional existe, y rige, el principio de autotutela y el de reciprocidad. Habría que hacer por parte de España un

mayor ejercicio de explicación a la comunidad internacional de las razones de legitimidad y no sólo de legalidad —o de ambas—, de los peligros del nacionalismo y del populismo, pues este tipo de situaciones son el germen de la destrucción de Europa y engendra el riesgo de una nueva guerra civil.

## X. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ JUNCO, José, *Mater dolorosa*, Madrid, Taurus, 2001.
- AZAÑA DÍAZ, Manuel, *Sobre la autonomía política de Cataluña*, Madrid, Tecnos, 2005.
- BASSETS, Lluís, *Lecciones españolas. Siete enseñanzas de la secesión catalana y la crisis de la España constitucional*, Barcelona, Libros, 2017.
- BORRELL, Josep y LLORACH, Joan, *Los cuentos y las cuentas de la independencia*, Cataluña, Catarata, 2015
- CANAL, Jordi, *Con permiso de Kafka. El proceso independentista en Cataluña*, Barcelona, Península, 2018.
- COLL, Joaquim et al. (eds.), *Anatomía del procés. Claves de la mayor crisis de la democracia española*, España, Debate, 2018.
- COSCUBIELA, Joan, *Empantanados. Una alternativa federal al sóviet carlista*, Barcelona, Península, 2018.
- DOMÍNGUEZ, Ana (ed.), *Repensar la España plurinacional*, Madrid, Icaria, 2017.
- EL MARQUES DE OLIVART, *La cuestión catalana desde el derecho internacional. Dos cartas abiertas una antigua y otra nueva*, Madrid, 1909.
- FORTI, Steven et al. (eds.), *El proceso separatista en Cataluña. Análisis de un pasado reciente (2006-2017)*, Granada, Comares, 2017.
- GASCÓN, Daniel, *El golpe posmoderno. 15 lecciones para el futuro de la democracia*, España, Debate, 2018.
- LAÍN Z, Jesús, *El privilegio catalán. 300 años de negocio de la burguesía catalana*, Madrid, Encuentro, 2017.
- NAGEL, Klaus-Jürgen y RIXEN, Stephan, *Catalonia in Spain and Europe. Is There a Way to Independence?*, Alemania, Nomos, 2015.