

# LA DEVOLUTION DE ESCOCIA Y EL REFERÉNDUM DE 2014: ¿CUÁLES SON LAS REPERCUSIONES POTENCIALES EN ESPAÑA?<sup>1</sup>

VITO BREDÁ

*Profesor de Derecho Público  
Cardiff Law School*

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. La *devolution* británica: metodología y debates preliminares.
- III. La *devolution* de Escocia: la soberanía dividida del Reino Unido y el cuasifederalismo.
- IV. España: rigidez constitucional y control de constitucionalidad.
- C. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

En octubre de 2012, el Primer Ministro de Escocia, Alex Salmon, y el Primer Ministro del Reino Unido, David Cameron<sup>2</sup>, firmaron un acuerdo sobre el procedimiento para llevar a cabo un referéndum consultivo en 2014 sobre la independencia de Escocia (en adelante el Referéndum de 2014). En ocho páginas, el Primer Ministro británico comprometió a su gobierno a dar el poder al Parlamento Escocés [a través de un procedimiento definido por la Sección 30 (2) de la Scotland Act de 1998] para decidir los

1 Traducido del inglés por José Ramón Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto).

2 El nombre oficial del Reino Unido es Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Es un error común confundir el Reino Unido con Inglaterra. Bogdanor, por ejemplo, se burla de la obra de Lawrence Lowell en dos volúmenes titulada *The Government of England. The New British Constitution* (Hart, Oxford, 2009, pág. 1). Desde la expansión a Gales en 1282 (la Unión con Escocia e Irlanda tuvo lugar, respectivamente, en 1707 y 1801) Inglaterra no ha sido gobernada como una entidad independiente. Sin embargo, hasta la *devolution* de 1998, la importancia comparativa del error de Lowell era limitada, dado que el Reino Unido ha sido un país estrictamente unitario como mínimo dominado demográficamente por Inglaterra. Eso podría justificar el uso del término inglés como sinónimo, incluso en las obras más recientes: Rosenfeld, M., *The identity of the Constitutional Subject*, Routledge, Londres, 2010, pág. 163.

términos de un referéndum sobre la secesión del Reino Unido<sup>3</sup>. El Primer Ministro de Escocia, a cambio, acordó que tal referéndum tendrá una sola pregunta (la propuesta inicial incluía dos consultas) y que se llevará a cabo antes de finales de 2014<sup>4</sup>. El proyecto de Orden (ex Sec. 30) anexo al Acuerdo deberá ser discutido por el Parlamento de Westminster y la (eventual) norma escocesa que decida los términos del referéndum tendrá a su vez que ser aprobada por el Parlamento escocés<sup>5</sup>.

Aunque los proyectos de ley y de orden sobre el referéndum todavía no han sido aprobados por sus respectivos parlamentos, sin embargo, es poco probable que su contenido cambie. Antes de finales de 2014, los residentes escoceses mayores de dieciséis años tendrán la posibilidad de votar en un referéndum consultivo sobre la secesión de Escocia del Reino Unido. Por otra parte, si la mayoría de los votantes se pronunciaran a favor de una Escocia independiente, el Gobierno escocés se encargará de la tarea de iniciar la negociación con el Gobierno del Reino Unido para establecer los términos de la disolución del Reino Unido de Gran Bretaña.

La eventual disolución del Reino Unido es preocupante para los iuspublicistas en Europa. En particular, en España (y en Italia) los acontecimientos que se desarrollan en el Reino Unido son de interés por una serie de razones. En primer lugar, de manera análoga a la del Reino Unido, España tiene un sistema constitucional que reconoce la importancia de la democracia regional. Al igual que en Escocia, algunos de los parlamentos regionales están dominados por partidos con aspiraciones secesionistas. Por ejemplo, a principios de este otoño, el presidente de la Generalitat ha prometido, en caso de ser reelegido, celebrar un referéndum que podría aumentar el nivel de autodeterminación de Cataluña<sup>6</sup>.

En segundo lugar, hasta hace poco tiempo había una clara posibilidad de que las regiones secesionistas fuesen excluidas de la UE. Sin embargo, como resultado de la actividad preparatoria para el referéndum escocés, parece que un nuevo Estado independiente (como Escocia) no tendría que pasar por el procedimiento de adhesión a la Unión Europea que se exige para un nuevo miembro.

3 ST ANDREW'S HOUSE SCOTTISH EXECUTIVE, «Agreement between the Scottish Government and the United Kingdom Government on the referendum on independence for Scotland'12 October 2012», <http://www.scotland.gov.uk/About/Government/concordats/Referendum-on-independence>. Último acceso: 27 de octubre de 2012.

4 Este acuerdo se enmarca en el Memorando de Entendimiento y el Acuerdo Complementario entre el Gobierno del Reino Unido, Ministros Escoceses, el Gabinete de la Asamblea Nacional de Gales y de Irlanda del Norte (Sección 4 Cm 5240, Diciembre de 2001) que permite la adopción de acuerdos que pudieran alterar las competencias legislativas y el poder de regular el parlamento «devuelto» y el parlamento del Reino Unido. El acuerdo incluye como otros aspectos la aceptación por ambas partes del marco jurídico en el que el referéndum se llevará a cabo (ex Ley de Partidos Políticos, Elecciones y Referendos de 2000, p. 7) y la supervisión de los procedimientos de referéndum por parte de la Comisión Electoral. *Ibid.* 12.

5 Draft Statutory Instrument, Scotland Act 1998 (Modification of Schedule 5) Order 201. Disponible en: <http://www.scotland.gov.uk/Resource/0040/00404790.pdf> Último acceso: 28 de octubre de 2012.

6 GUIBERNAU, M., «Calls for independence in Catalonia are part of an evolution of Spain's democracy that the country's constitution may have to come to accommodate», EUROPP', octubre 2012.

Los detalles de este argumento están bien explicados por Murkens y Keating<sup>7</sup>. La exclusión de una región de la UE podría tener un efecto serio sobre las posibilidades para la región de prosperar económicamente y, hasta hace poco, parecía relativamente claro que las regiones secesionistas deberían volver a solicitar su adhesión a la UE. Uno de los argumentos para bloquear la adhesión automática a la UE se basa en el Derecho Internacional. El nuevo Estado, digamos una nueva Escocia independiente, será considerado como un nuevo actor en el escenario internacional, mientras que el Estado central (que en el caso de la independencia de Escocia sería el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), continuaría ostentando la personalidad del viejo Estado (incluyendo la pertenencia a la UE). Sin embargo, sobre todo por razones pragmáticas, parece poco probable que una región secesionista (que alguna vez fue parte de un Estado miembro de la UE) vaya a ser tratada como un recién llegado en la UE. Por ejemplo, es improbable que después de 40 años como parte de la UE, los residentes de Escocia sean despojados de su ciudadanía de la UE y que su Estado vaya a tener que seguir el mismo procedimiento que un nuevo candidato. Además, en el caso de la secesión de Escocia del Reino Unido, es altamente posible que una Escocia independiente siga siendo el titular de algunas de las obligaciones internacionales del Reino Unido (por ejemplo, una parte de la deuda soberana del Reino Unido). Si ese fuera el caso, parecería ilógico tener un nuevo estado que asume una parte de las obligaciones del Estado soberano anterior, pero ninguna de sus prerrogativas internacionales.

Además, la UE podría no estar dispuesta a sentar un precedente estricto en relación con la admisión de una región secesionista. La mayoría de las instituciones de la UE tienen su sede en Bruselas. Bruselas es la capital de Bélgica, pero la ciudad es de hecho un enclave de valones francófonos rodeado por la región de Flandes, de lengua flamenca. En el caso de una ruptura de Bélgica, la aplicación de una política estricta a una región secesionista supondría que las instituciones de la UE estuviesen establecidas en un Estado no miembro (si Flandes fuese el sucesor en la personalidad internacional de Bélgica) o rodeado de un Estado no miembro (si fuera Valonia la continuadora de la personalidad internacional de Bélgica). Algunos de los aspectos aparecen así mismo en el informe de Graham Avery ante la Comisión de Asuntos Exteriores<sup>8</sup>.

En otras palabras, hay una posibilidad clara de que un nuevo Estado que nace de una antigua región de un Estado miembro de la UE podría pasar por un proceso de escrutinio por parte de las instituciones de la UE, pero este procedimiento podría ser, en comparación con la admisión de un nuevo Estado miembro, menos riguroso. Eso significaría una admisión sin necesidad de pasar por el largo y detallado proceso de análisis del cumplimiento del *acervo comunitario*. Si ese fuera el caso, sería posible llevar a cabo una evaluación del cumplimiento de regiones separatistas con el ordenamiento de la UE, «en paralelo», por así decirlo, con el proceso de negociación entre la región independiente y su estado central anterior. Efectuar las dos negociaciones en paralelo tendría la ventaja de reducir las áreas de incertidumbre para la asignación de los dere-

7 MURKENS, J.E.; JONES, P., y KEATING, M., *Scottish independence: a practical guide*, Edinburgh University Press, 2002.

8 AVERY, G., «The foreign policy implications of and for a separate Scotland», Foreign Affairs Committee, the UK Parliament, 17 de octubre de 2012.

chos individuales y las transiciones de los negocios. Es de destacar, por ejemplo, que la mayor parte del petróleo de la UE y los recursos de gas se encuentran en la zona económica exclusiva de Escocia. En resumen, existen importantes razones pragmáticas que podrían favorecer un ingreso en la UE por la vía rápida de Escocia y otras regiones ricas de la UE con partidos políticos secesionistas.

Sin embargo, si bien los aspectos pragmáticos de una secesión de Escocia podrían triunfar sobre los requisitos estrictos de la UE y del derecho internacional, seguiría siendo poco claro si el proceso escocés que conduce al referéndum podría ser replicado en España.

## II. LA DEVOLUTION BRITÁNICA: METODOLOGÍA Y DEBATES PRELIMINARES

En el apartado anterior, hemos explicado a modo de breve introducción las condiciones pragmáticas que podrían favorecer las aspiraciones secesionistas de los movimientos nacionalistas subestatales en el Reino Unido y España. Sin embargo, sostengo que el proceso escocés que ha llevado al acuerdo sobre un referéndum de secesión es, y así tiene que ser estudiado, uno de los efectos de una interpretación constitucional específicamente británica de lo que es la soberanía parlamentaria. En particular, deriva de una tradición constitucional distintiva (tal vez impulsada por el sistema jurídico británico de *common law*), que permite al Parlamento escocés y al Parlamento del Reino Unido actuar como instituciones soberanas independientes de una forma que no tiene cabida en el sistema constitucional español. Sin embargo, antes de fundamentar mi opinión, hay que abordar una serie de cuestiones con carácter previo.

En primer lugar, el sistema constitucional británico es, desde un punto de vista metodológico, muy difícilmente comparable con cualquier otro sistema constitucional. El sistema constitucional del Reino Unido forma parte de la llamada familia de sistemas jurídicos de *common law* y se basa en una constitución no escrita y flexible. Estos aspectos distintivos del sistema constitucional británico no suelen reducir la posibilidad de un estudio comparativo<sup>9</sup>.

Sin embargo, las dificultades epistemológicas para el estudio comparado del ordenamiento constitucional del Reino Unido están relacionadas con su estructura única y con las crípticas narrativas de la doctrina británica<sup>10</sup>. Una lectura atenta de los últimos estudios muestra, por ejemplo, que la teoría constitucional contemporánea británica ha fomentado una serie de completos estudios que han aclarado la estructura teórica del Derecho Público británico<sup>11</sup> y que han explicado el papel dinámico de las regiones

9 De Cruz, por ejemplo, plantea un sugerente e iluminador análisis del sistema jurídico del Reino Unido. DE CRUZ, P., *Comparative law in a changing world*, Routledge-Cavendish, 3.ª ed., 2007, cap. 4.

10 SARTORI, G., «Constitutionalism: A Preliminary Discussion», *American Political Science Review*, 56.3, 1962.

11 LOUGHLIN, M., *Public Law and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1992; Loughlin, M., *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003; Bogdanor, V., *The New British Constitution*, Hart, Oxford, 2009; Oliver, D., *Constitutional Reform in the United Kingdom*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

constitucionales en el Reino Unido<sup>12</sup>. Mi argumento aquí es que los estudios recientes han mostrado una convergencia (en la teoría y en la práctica legal) entre las posiciones doctrinales británicas y continentales.

Un efecto secundario importante de estos estudios ha sido reducir el poder de persuasión de los análisis que explican las diferencias entre el Reino Unido y otros sistemas jurídicos como «peculiarmente británicas»<sup>13</sup>. Sin embargo, desde el punto de vista funcional, los sistemas constitucionales británico y español tratan de equilibrar el deseo de atender a una sociedad multinacional (que históricamente han heredado) con los requisitos internos de la integridad cognitiva de la Constitución<sup>14</sup>. Esta tarea es especialmente compleja en el caso de las demandas secesionistas dado que la exigencia de integridad cognitiva de una constitución moderna requiere que las normas deben encontrar una justificación normativa, mientras que el nacionalismo sub-estatal tiende a proporcionar narrativas sociológicas sobre la base de la «sangre y pertenencia»<sup>15,16</sup>. Por ejemplo, las demandas de secesión en un sistema constitucional democrático, dejando al margen un debate sobre el proceso de descolonización, podrían ser percibidas como incongruentes con la exigencia de coherencia cognitiva de una democracia constitucional<sup>17</sup>.

En otras palabras, el sistema constitucional británico y el sistema de razones que se derivan de su peculiar estructura podrían conducir a un método particular para hacer frente a las demandas de los regionalistas escoceses, pero las razones que motivan el proceso (por ejemplo, respetar las diferencias sociológicas) son comparables a las invocadas en España.

Una segunda cuestión que ha de ser objeto de un debate preliminar está relacionada con el reducido alcance de los análisis constitucionales del Reino Unido. La tradicional teoría constitucional británica ha sido, comparada con análisis continental, especialmente restrictiva en cuanto a su alcance. Por ejemplo, los análisis constitucionales italianos, como el de Pajno, explican la actual asignación de competencias legislativas y administrativas a las regiones autónomas italianas sobre la base de los ciclos políticos<sup>18</sup>. Pajno argumenta que el ciclo de apoyo electoral de los partidos comunistas y católicos italianos de diferentes regiones ha sido un factor clave en el desarrollo constitucional del regionalismo italiano. En contraste con la metodología continental, los estudios consti-

12 TIERNEY, S., *Constitutional Law and National Pluralism*, Oxford University Press, Oxford, 2004; MacCORMICK, N., *Questioning Sovereignty Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford, 1999; WALKER, N., «The Idea of Constitutional Pluralism», *Modern Law Review*, 65.3, 2002; Walker, N. «Post-Constituent Constitutionalism, the Case of the European Union», en LOUGHLIN, M. y WALKER, N. (eds), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

13 Queda fuera del objetivo de este ensayo analizar los problemas más generales (el uso de términos similares, las diferencias culturales, la arbitrariedad de los objetos de estudio). El ensayo se concentra en el aspecto funcional del procedimiento constitucional que permite que un referéndum se lleve a cabo. La comparación se basa en DE CRUZ, P., *Comparative law in a changing world*, Routledge-Cavendish, 3.ª ed., 2007, pág. 242.

14 ROSENFELD, M., *The Identity of the Constitutional Subject*, Routledge, Londres, 2010, pág. 23.

15 IGNATIEFF, M., *Blood & belonging: journeys into the new nationalism*, Vintage, 1994.

16 OFFE, C., «Homogeneity' and Constitutional Democracy: Coping with Identity Conflicts through Group Rights», *Journal of Political Philosophy*, 6, 1998, pág. 113.

17 *Ibid.*

18 PAJNO, S., «Regionalism in the Italian Constitutional System», *Diritto & questioni pubbliche*, 2009.

tucionales del Reino Unido (incluso los realizados por los politólogos como Bogdanor) tienden a limitar el alcance de su análisis a la hermenéutica jurídica<sup>19</sup>.

La razón que justifique esta diferencia es objeto de debate, pero una de las posibles explicaciones para tal doctrina restrictiva puede encontrarse en la estructura pedagógica de los cursos de Derecho Público del Reino Unido. Es común que a los estudiantes españoles (e italianos) se les enseñe que el Derecho Constitucional tiene una doble función. Por un lado, una constitución debe configurar un sistema de gobierno democrático que proteja los derechos individuales y políticos básicos. Por otra parte, las instituciones deben permitir espacios para la asignación de recursos de manera que se garantice la máxima eficiencia económica<sup>20</sup>. De acuerdo con mi experiencia de diez años, este tipo de análisis están ausentes en mayor parte de los cursos de Derecho británicos. La explicación de esta elección pedagógica es de nuevo difícil de precisar, pero con seguridad podría decirse que los juristas de Derecho Público británicos están entrenados para ser cautelosos acerca de la configuración de los límites de sus análisis constitucionales. Fragmentos de la teoría como la doctrina de Montesquieu sobre la separación de los poderes políticos, el contractualismo de Locke y las *Grundnorms* de Kelsen que dominan, por lo menos pedagógicamente, las tradiciones europeas y americanas de Derecho Público tienen un estatus persuasivo más limitado en la mentalidad de los juristas británicos de esa rama del Derecho<sup>21</sup>.

Uno de los efectos secundarios de ese alcance limitado ha sido, hasta hace poco, una reducción del alcance de los estudios constitucionales. Desde las narrativas de algunos de los constitucionalistas más ilustres tales como Dicey<sup>22</sup> hasta un pasado reciente, los teóricos constitucionalistas británicos se han negado a considerar el potencial explicativo de un esquema filosófico integral (cualquiera que fuese su origen). Para describir el proceso, Loughlin se refiere al viejo chiste del paseante que va en ayuda de un borracho que se arrastra bajo una farola. El borracho le dice a su buen samaritano que ha perdido sus llaves en una esquina de un callejón oscuro cerca de un pub local, pero que «es mucho más fácil buscar aquí, bajo la luz de la farola»<sup>23</sup>. Loughlin utiliza la metáfora de la luz y la oscuridad en un comentario crítico audaz: «En vez de tratar de revelar las prácticas oscuras de gobierno con el fin de explicar el papel del Derecho en el establecimiento y la regulación de esta actividad, los juristas [británicos] han modificado su posición. Se han repositionado a fin de revelar el marco jurídico del gobierno con un

19 BOGDANOR, V. and BRITISH ACADEMY, *The British constitution in the twentieth century* (Publicado para la British Academy por Oxford University Press, 2003), British Academy centenary monographs.

20 MAZZIOTTI, M. y SALERNO, G.M., *Manuale di diritto costituzionale*, CEDAM, 15, 2010, págs. 37-50.

21 Esto no quiere decir que las tradiciones de Derecho Público británicas y europeas hayan sido epistémicamente distintas. Ideas y conceptos «han circulado a través del Canal de la Mancha y del Atlántico», sin embargo la adopción de conceptos ha sido indirecta. GERSTON, L.N., *American Federalism: A Concise Introduction*, M.E. Sharpe, Armonk, N.Y., 2007; LOWI, T.J., *The End of the Republican Era*, Julian J. Rothbaum Distinguished Lecture Series, University of Oklahoma Press, Norman, Londres, 1995; Loughlin, L. M., *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003; AMATO, G., *Forme di Stato e Forme di Governo*, Il Mulino, Bolonia, 2006; AMATO, G.; BARBERA, A. y FUSARO, C., *Manuale Di Diritto Pubblico*, Mulino, 5.ª ed., 3 vols., Bolonia, 1997.

22 DICEY, A. V., *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Liberty/Classics, 8.ª ed, 1982.

23 Loughlin se refiere a un chiste en: TAYLOR, C., «The Diversity of Goods», *Philosophy and the Sciences*, 2, 1985, pág. 61.

enfoque más preciso, pero sólo a costa de reducir considerablemente los límites de la materia»<sup>24</sup>.

La mayoría de los comparatistas continentales podría sentir la complejidad inexplorada de Derecho Constitucional británico, pero les resulta difícil compensarla sin apoyarse en suposiciones injustificadas<sup>25</sup>.

La reacción (heurística) instintiva, señala Loughlin, es adoptar un enfoque cuasi-normativo que define inicialmente un conjunto de principios legales universales aprobados por todos los sistemas jurídicos (por ejemplo, la separación entre los poderes ejecutivo y legislativo) y a partir de ahí especula sobre la forma común de entender aquellos supuestos conceptuales en los distintos sistemas jurídicos<sup>26</sup>. Por ejemplo, Sartori trata de «dar sentido» a la inadecuación percibida de la división británica de poderes analizándola por contraposición a los referentes cognitivos habituales asumidos por la Constitución de los Estados Unidos (que se supone que son universales)<sup>27</sup>.

Podríamos, en efecto, decir que desde el punto de vista léxico, Sartori describe con precisión la interacción entre la Reina en el Parlamento y el Poder Judicial (el de Irlanda del Norte, el Escocés, el Galés y el Inglés), pero, señala Loughlin, pasa por alto una serie de importantes diferencias culturales. De hecho, la conclusión de Sartori es: no hay diferencias *conceptuales* entre Estados Unidos y el Reino Unido. Tal argumento no es muy convincente. Una de las razones de su falta de persuasión está relacionada con el limitado material disponible en el que se analice explícitamente la teoría constitucional británica.

Para compensar la limitada gama de fuentes (y la anteriormente aludida peculiar autolimitación de la doctrina británica de Derecho Público), este estudio se centrará en «las escuelas británicas contemporáneas de la teoría constitucional»<sup>28</sup>. La teoría constitucional británica contemporánea ha aceptado que conceptos constitucionales como

24 LOUGHLIN, M., *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pág. 3. Loughlin continúa con una afirmación más general: «Tras dejar de lado cualquier intento serio de explicar los fundamentos de la estructura de autoridad del Estado británico, los constitucionalistas —en una exhibición manifiesta de pensamiento superficial— han concluido que el Derecho Público no existe».

25 La renuencia a sobrepasar una concepción restrictiva podría ser herencia de la tensión creada por la Guerra Civil inglesa. La vaguedad de las posibles razones tiende a construir razones explicativas negativas. Por ejemplo, Bogdanor toma nota del hecho de que tal método epistémico restrictivo tiene poco que ver con la eficiencia heurística. BOGDANOR, V., *The New British Constitution*, Hart, Oxford, 2009, págs. 19-21.

26 Bogdanor describe la mezcla de diversión y asombro que los juristas británicos de Derecho Público crearían en constitucionalistas teóricos de los Estados Unidos. «En 1953, un profesor visitante norteamericano que asistía a una fiesta en una universidad británica, se sorprendió al oír a «un eminente hombre de la izquierda decir -con total seriedad- que la Constitución británica era «tan casi perfecta como cualquier institución humana podía llegar a ser». Le sorprendió aún más que «nadie lo encontró divertido». En 1965, otro profesor de la Universidad de Harvard, Samuel Beer, concluyó su libro *Modern British Politics* con las siguientes palabras: «[Dichoso el país en el que consenso y conflicto se ordenan en una dialéctica que hace de la arena política a la vez un mercado de intereses y un foro para el debate de las preocupaciones morales fundamentales» *Ibid.* 3. cita: BEER, S. H., *Modern British Politics: A Study of Parties and Pressure Groups, Society Today and Tomorrow*, Faber, Londres, 1965.

27 SARTORI, G., «Constitutionalism: A Preliminary Discussion», *American Political Science Review*, 56.3, 1962.

28 TULLY, J., «The Imperialism of Modern Constitutional Democracy», en LOUGHLIN, M. y WALKER, N., *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

*igualdad y el imperio de la ley* están formados dialécticamente por la interacción entre sus aspiraciones universales y una cultura jurídica que los calificaba en la práctica<sup>29</sup>. En otras palabras, la teoría constitucional británica contemporánea asume que los conceptos constitucionales son «lo que se ha hecho de ellos», no lo que léxicamente podrían parecer<sup>30</sup>. El distintivo debate británico sobre algunos de sus textos históricamente percibidos como constitucionales, como el Act of Union de 1707 o la Magna Charta podría compararse con diálogos similares sobre la interpretación de la Constitución española de 1812.

Por otra parte, y como corolario de la primera suposición, una comprensión holística de la importancia de los conceptos de Derecho Público exige una doble actividad que considere la prioridad epistémica del sentido dialéctico de los conceptos legales sobre su significado literal en una historia de una cultura constitucional<sup>31</sup>. Los logros epistémicos de la nueva metodología contemporánea se expresan en varias formas que no se pueden enumerar sin incurrir en un ejercicio narcisista de enumeración de nombres.

Autores como Bogdanor, MacCormick, Hazel, Loughlin, Tierney y Walker han diferenciado el estudio del Derecho Constitucional de la evaluación de su fundamento teórico y han desarrollado una serie de análisis contextuales<sup>32</sup>. La nueva metodología, por ejemplo, ha explorado prácticas judiciales heurísticas y ha cuestionado el proceso dialéctico que ha contribuido a la formación de la actual comprensión judicial del Derecho Europeo<sup>33</sup>, el papel de la Corte Suprema del Reino Unido<sup>34</sup> y ha aclarado algunos de los axiomas conceptuales generales del Derecho Público en el Reino Unido<sup>35</sup>.

Cronológicamente Loughlin y MacCormick fueron de los primeros en articular una nueva metodología. En particular, MacCormick explicó cómo la importancia de los valores liberales depende del contexto. Una serie de análisis articulados siguieron al enfoque de MacCormick a la hora de estudiar la teoría constitucional. Por ejemplo,

29 Se puede encontrar un ejemplo de cómo los conceptos se articulan en la práctica en ROSENFELD, M., «Equality and the Dialectic between Identity and Difference», *Israel Law Review*, 39.51, 2007.

30 Encontramos una metodología similar en el análisis de Rosenfeld de los ciclos dialécticos que transforman el texto de la constitución en un ordenamiento constitucional. ROSENFELD, M., *The Identity of the Constitutional Subject*, Routledge, Londres, 2010.

31 La formación dialéctica de los principios constitucionales puede encontrarse como parte de las tradiciones constitucionales americanas. ROSENFELD, M., *The Identity of the Constitutional Subject*, Routledge, Londres, 2010; MÜLLER, J. W., «A European Constitutional Patriotism? The Case Restated», *European Law Journal*, 14.5, 2008.

32 La crítica de Christodoulidis a Dworkin ha revelado las limitaciones pragmáticas y conceptuales de la taxonomía ortodoxa de conceptos jurídicos. Argumenta que el hecho de reducir el ámbito de los estudios jurídicos podrían limitar la complejidad del sistema constitucional o, peor aún, asignar incorrectamente su función desde un punto de vista ideológico. CHRISTODOULIDIS, E., *Law and Reflexive Politics*, Kluwer, Dordrecht, 1998; CHRISTODOULIDIS, E., «Constitutional Irresolution: Law and the Framing of Civil Society», *European Law Journal*, 9.4, 2003.

33 WALKER, N., «The Idea of Constitutional Pluralism», *Modern Law Review*, 65.3, 2002.

34 WALKER, N., *The Final Appellate Jurisdiction, the Scottish Legal System*, The Scottish Government, The Legal System Division, Edimburgo, 2010; HIMSWORTH, C. y PATERSON, A., «A Supreme Court for the United Kingdom: Views from the Northern Kingdom», *Legal Studies* 24.1, 2, 2004.

35 MacCORMICK, N., *Questioning Sovereignty Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford, 1999; LOUGHLIN, M., *Public Law and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1992; LOUGHLIN, M., *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

Walker y Tierney argumentan (aunque desarrollando diferentes análisis) que esos principios constitucionales modernos son el resultado de una interacción dialéctica entre su valor normativo percibido y su contexto social respectivo<sup>36</sup>. Walker examina la interacción entre Derecho Constitucional y Derecho Europeo<sup>37</sup>. En un contexto comparado, Tierney, por contra, investiga la tensión entre divergentes aspiraciones sociales en el seno de una organización política multinacional y los requisitos internos de los modernos sistemas constitucionales<sup>38</sup>. Como MacCormick, Loughlin señala que el estudio del Derecho Público moderno británico no puede verse limitado por la suposición de que es un «contrato» que canaliza las relaciones de poder entre los *gobernantes* (entendido esencialmente como el Parlamento del Reino Unido) y los *gobernados*. Queda fuera de los límites de este ensayo analizar con más detalle la contribución de cada uno de estos estudios; sin embargo, el fundamento de la teoría *construccional* británica no puede ser descrito como una amalgama de «astucia y pragmatismo».

En resumen, el sistema constitucional del Reino Unido es difícilmente enmarcable en un estudio comparativo. La dificultad tiene que ver en parte con el hecho de que pertenece a una familia jurídica diferente. Sin embargo, en los análisis como el emprendido por este ensayo, las principales dificultades se relacionan con el número limitado de las narrativas y su carácter escatológico. Para compensar de alguna manera estas limitaciones, el ensayo se centrará principalmente en lo que yo llamo escuela moderna de las leyes constitucionales. Estos enfoques doctrinales sobre el Derecho Constitucional tratan de proporcionar una clara comprensión contextual de la *devolution* del Reino Unido.

### III. LA DEVOLUTION DE ESCOCIA: LA SOBERANÍA DIVIDIDA DEL REINO UNIDO Y EL CUASI-FEDERALISMO

El objetivo de este artículo es realizar un análisis comparativo del referéndum consultivo para la independencia de Escocia 2014 y especular sobre las posibles repercusiones en España. En las secciones anteriores se explica la motivación pragmática que podría permitir a Escocia convertirse en un estado independiente y las dificultades generales de comparar el sistema constitucional del Reino Unido con el ordenamiento español. En esta sección, voy a introducir el concepto de soberanía parlamentaria del Reino Unido y explicar cómo ayuda a las aspiraciones secesionistas escocesas.

El principio de la soberanía legislativa parlamentaria explicado en pocas palabras, aunque de forma demasiado simple, coloca al Parlamento del Reino Unido en la cima de la jerarquía de las fuentes del Derecho. Este principio se ha mantenido virtualmente sin cambios desde su primera teorización por Dicey. «El principio de la soberanía parlamentaria significa ni más ni menos que esto, a saber, que el Parlamento así definido tiene, según la Constitución Inglesa, el derecho de hacer o deshacer cualquier ley y,

36 Las perspectivas similares en los Estados Unidos aparecen bien explicadas en ROSENFELD, M., *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven-Londres, 1991.

37 WALKER, N., «The Idea of Constitutional Pluralism», *Modern Law Review*, 65.3, 2002.

38 TIERNEY, S., *Constitutional Law and National Pluralism*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

además, que ley de Inglaterra no reconoce a ninguna persona o entidad el derecho a anular o dejar sin efecto las leyes del Parlamento»<sup>39</sup>. El principio tiene una interpretación lógica «positiva» y otra «negativa». La interpretación lógica positiva supone que el Parlamento del Reino Unido es la única institución que tiene el poder de adoptar un instrumento legal en el Reino Unido (y sus colonias). La interpretación lógica negativa supone que ninguna otra institución puede derogar o modificar una ley aprobada por el Parlamento del Reino Unido.

La «interpretación lógica negativa» del principio de la soberanía parlamentaria tiene un doble efecto sobre el referéndum escocés de 2014. En primer lugar, el poder judicial (en este caso la Corte Suprema del Reino Unido)<sup>40</sup> no puede alterar la Orden del Parlamento del Reino Unido (Sección 30 (2) de la Ley de Escocia de 1998), que permite al Parlamento escocés preparar el Referéndum de 2014. En segundo lugar, si la ley del Parlamento de Escocia que establezca el procedimiento para el referéndum entra dentro de los términos establecidos por la Orden antes mencionada, la Corte Suprema del Reino Unido no podía discutir los aspectos sustantivos de la consulta. En otras palabras, una vez de que la Orden ha sido aprobada por el Parlamento del Reino Unido (ex Sec. 30 (2)), la Corte Suprema del Reino Unido no puede evaluar si un referéndum sobre la independencia escocesa es compatible con los principios implícitos o explícitos del sistema constitucional del Reino Unido. Este sería el caso incluso si la ley escocesa y la Orden fuesen la puerta para la disolución de la Gran Bretaña.

Por ejemplo, la Corte Suprema del Reino Unido no puede adoptar una decisión análoga a la dictada por la Corte Suprema de Canadá sobre el referéndum de Quebec<sup>41</sup>. El Tribunal de apelación final en Canadá en «*Reference re Secession of Quebec*» explicó que la voluntad expresada por la mayoría de los quebequenses ha respetado los principios básicos de una democracia constitucional moderna: «el federalismo, la democracia, el constitucionalismo y el Estado de Derecho y el respeto de las minorías»<sup>42</sup>. La Corte Suprema de Canadá se refirió a los principios (algunos de ellos implícitos) para decidir en favor de la ilegitimidad de un referéndum sobre la secesión de Quebec. A diferencia del sistema constitucional canadiense, la doctrina británica sobre la soberanía parlamentaria impide que la Corte Suprema del Reino Unido pueda discutir la legitimidad de un referéndum que ha sido aprobado por una ley del Parlamento<sup>43</sup>.

Por lo tanto, está claro que el Parlamento tiene el poder de decidir los procedimientos a aplicar para disolver el Reino Unido; sin embargo, este análisis no explica los motivos que llevan a permitirlo. En particular, el principio de Dicey no nos ilustra sobre las

39 DICEY, A. V., *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Macmillan and co., Londres y New York, limited 1889, pág. 37.

40 Schedule 6, Scotland Act 1998.

41 Reference Re the Secession of Quebec. 1998. Supreme Court of Canada. Disponible en: [http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1998/vol2/html/1998scr2\\_0217.html](http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1998/vol2/html/1998scr2_0217.html).

42 *Ibid.* para.32

43 Este es un principio general que pudiera necesitar una mayor calificación. Por ejemplo, es importante tener en cuenta que los actos del Parlamento Escocés dentro de las competencias legislativas (ex s 28. Scotland Act 1998) no puede ser impugnados mediante revisión judicial. Sin embargo, el *Schedule 6* (Cuestiones sobre *devolution*) de la misma ley establece el procedimiento a utilizar para la revisión judicial de los actos escoceses que sean *ultra vires*.

razones por las que un parlamento poderoso, que en el momento de la redacción de este ensayo está gobernado por una coalición entre los dos partidos unionistas (el Conservador y el Liberal Demócrata), decidió otorgar la posibilidad al Gobierno de Escocia de seguir adelante con un referéndum que podría llevar a la disolución del Reino Unido.

A primera vista, el acuerdo del Primer Ministro con el Gobierno Escocés sobre la necesidad de un referéndum consultivo sobre la independencia es realmente ilógico. Permítanme detenerme en este punto. Si el Parlamento del Reino Unido fuese una institución tan poderosa, tal y como la representación de Dicey nos lleva a pensar, y si estuviera controlado por un gobierno compuesto por los partidos unionistas (no en coalición con los regionalistas, como a menudo ha ocurrido en España), el mismo habría tenido escaso o ningún interés en llegar a un acuerdo con el Gobierno Escocés.

Por ejemplo, el Parlamento del Reino Unido podría (y, en teoría, todavía puede) haber aprobado una ley explícita que impediría a los escoceses la organización de un referéndum. Recordemos que en el fundamento jurídico de la mencionada lectura lógica positiva de la doctrina de Dicey, el Parlamento del Reino Unido tiene el poder de disolver (o suspender la actividad de) el Parlamento de Escocia y de todas las instituciones escocesas creadas por la Scotland Act de 1998.

Podríamos, de hecho, especular sobre la posibilidad de un juego del «gato y ratón» entre el Primer Ministro del Reino Unido y el Primer Ministro de Escocia; sin embargo, éstas son especulaciones sin sentido. Mi argumento en este punto es, en cambio, que el Acuerdo de Octubre no se puede explicar a la luz del concepto de Dicey del «todopoderoso Parlamento del Reino Unido». Un análisis más convincente sugiere que la soberanía parlamentaria del Reino Unido es limitada. En particular, hay un análisis muy bien articulado, coherente con la doctrina judicial de la Cámara de los Lores y de la Corte Suprema del Reino Unido, que califica el poder atribuido a Escocia por la *devolution* escocesa como fuera del *imperium* del Parlamento del Reino Unido<sup>44</sup>.

La existencia de tal línea argumental proporciona una explicación más plausible sobre el Acuerdo de Octubre entre el Primer Ministro del Reino Unido y el Primer Ministro de Escocia. Se apoya en dos argumentos autónomos. El primero se refiere a la naturaleza histórica del Act of Union de 1707<sup>45</sup>. El segundo deriva de asumir la existencia de un particular límite en manos de Escocia sobre la soberanía parlamentaria del Reino Unido<sup>46</sup>. Los dos argumentos están relacionados entre sí pero que podrían ser discutidos de forma independiente.

### III.1. *La naturaleza del Act of Union de 1707: una perspectiva escocesa*

En cuanto al argumento histórico, hay dos lecturas distintas del Act of Union de 1707 y su relación con la actual Scotland Act de 1998<sup>47</sup>. El primero, que llamaremos el

<sup>44</sup> ANDERSON, G.W.; BELL, Ch.; CRAIG, S.; McHARG, A.; MULLEN, T.; TIERNEY, S. y WALKER, N., *The Independence Referendum, Legality and the Contested Constitution: Widening the Debate*, sin fecha.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> BOGDANOR, V., *The New British Constitution*, Hart, Oxford, 2009, pág. 115.

<sup>47</sup> El estatus constitucional de la Scotland Act de 1998 no se cuestiona. «The Scotland Act 1998 is in any view a monumental piece of constitutional legislation.» Justice Walker en *Martin V HM Advocate* (Scotland); *Miller V HM Advocate* (Scotland) All ER. UKSC 2010 at 44.

inglés, sugiere que en 1707, y como resultado de una serie de negociaciones entre los representantes de los dos parlamentos, el Escocés y el Inglés/Galés, éstos se fusionaron en un nuevo ente que ahora se conoce como el Parlamento del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte<sup>48</sup>. Escocia conservó su sistema jurídico (y la independencia de su iglesia establecida y de las instituciones educativas). Sin embargo, desde una segunda perspectiva, llamémosla la perspectiva escocesa, no se puede asumir pacíficamente que la unión geopolítica de los dos estados haya absorbido automáticamente el Parlamento escocés en una nueva entidad. Desde una perspectiva escocesa, las dos instituciones deliberativas han seguido actuando como una entidad unida hasta 1998, cuando algunas de las competencias legislativas del antiguo Parlamento escocés han regresado a Escocia<sup>49</sup>.

La distinción conceptual entre los dos parlamentos está cargada de implicaciones normativas, ya que podría servir como apoyo para diversos razonamientos. En primer lugar, podría servir de base de un argumento para limitar la soberanía del Parlamento del Reino Unido sobre competencias devueltas de una forma análoga a lo que ocurre en un sistema federal<sup>50</sup>. En segundo lugar, la perspectiva escocesa podría considerar las leyes del Parlamento escocés como expresión de una soberanía legislativa que Escocia habría mantenido. Esta hipótesis está apoyada por las prácticas actuales. Por ejemplo, durante los últimos catorce años, la afirmación explícita de una soberanía del Parlamento británico (ex Sec. 27) sobre Escocia ha sido en cierto modo pasada por alto en la actividad legislativa del Parlamento del Reino Unido. El ejecutivo británico siempre ha seguido el procedimiento establecido en el Memorando de Entendimiento (el llamado Convenio de Sewell) destinado a la recuperación de un consentimiento escocés previo sobre la actividad legislativa de Westminster<sup>51</sup>. En resumen, existen fuertes indicios de que los parlamentos tanto escocés como del Reino Unido han interpretado la Scotland Act de 1998 como el documento que estableció un sistema cuasi-federal en el que las competencias legislativas están asociadas con la asignación de una soberanía legislativa<sup>52</sup>.

### III.2. *La soberanía británica dividida en la actividad judicial de la Cámara de los Lores y de la Corte Suprema del Reino Unido*

Un observador ajeno podría considerar relevante, aunque no jurídicamente vinculante, un relato histórico y un análisis de cómo los parlamentos escocés y del Reino

48 Royal and Parliamentary Titles Act 1927 Sec 1 (1).

49 Para un análisis de la conexión historic-constitucional entre el Act of Union de 1707 y la Scotland Act de 1998 véase: Tierney, S., *Constitutional Law and National Pluralism*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pág. 112.

50 PICKER, C., «A Light Unto the Nations: The New British Federalism, the Scottish Parliament, and Constitutional Lessons Form Multiethnic States», *Tulane Law Review*, 77.1, 2002, págs. 1-91.

51 Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements Between the United Kingdom Government, Scottish Ministers, the Cabinet of the National Assembly for Wales and the Northern Ireland Executive Committee. Cm 5240, December 2001. En concreto véase: Section 4 (Communication and Consultation).

52 El proceso de separación entre el poder judicial y el Parlamento británicos se analiza en PICKER, C., «A Light Unto the Nations: The New British Federalism, the Scottish Parliament, and Constitutional Lessons Form Multiethnic States», *Tulane Law Review*, 77.1, 2002, págs. 17- 68.

Unido interactúan. En otras palabras, podría pensar que se trata de especulaciones con limitado recorrido legal. Sin embargo, la idea de una soberanía dual (escocesa y británica) aparece en la actividad judicial de la Cámara de los Lores del Reino Unido y de la Corte Suprema de Justicia.

Tierney afirma, por ejemplo, que: «[A] pesar de la estructura unitaria de la constitución del Reino Unido, y a pesar del abrumador peso dado a la ortodoxia de Dicey, se conserva sin embargo dentro de la tradición constitucional de Escocia la opinión de que la supremacía auto-asumida de Westminster no es ilimitada y de que, con la llegada de la *devolution*, esta supremacía está siendo contestada ahora más que en cualquier otro momento desde la Unión de los Parlamentos en 1707»<sup>53</sup>. Refuerza sus argumentos con el caso de *MacCormick v Lord Advocate* donde el Presidente Lord Copper hace una referencia judicial explícita a la existencia de una tradición de Derecho Público escocesa<sup>54</sup>: «*El principio de la soberanía ilimitada del Parlamento es un principio distintivo inglés, que no tiene equivalente en Derecho Constitucional Escocés (...) Teniendo en cuenta que la legislación de la Unión extinguió los parlamentos de Escocia e Inglaterra y los reemplazó por un nuevo Parlamento, tengo dificultad en ver por qué debe suponerse que el nuevo Parlamento de Gran Bretaña debe heredar todas las características peculiares del Parlamento inglés, pero ninguna del Parlamento escocés*».

De este modo, la Cámara de los Lores reconoce explícitamente que la doctrina constitucional escocesa es parte del sistema jurídico público británico y puntualiza claramente que la Ley escocesa no incluye la idea de un poder sin límites asignado al parlamento.

La existencia de una Tradición Constitucional Escocesa se ha reiterado recientemente en *Axa General Insurance Ltd, Petitioners* y *Jackson & Attorney General*. En *Axa* encontramos un reconocimiento de la existencia de una tradición constitucional escocesa distintiva y un argumento sobre las implicaciones contemporáneas de una tradición. «Lo importante en las condiciones modernas es que se habían establecido nuevas y coherentes soluciones mediante las cuales la soberanía del Parlamento del Reino Unido fue modificada por una serie de normas constitucionales que no pueden ser dero-

53 TIERNEY, S., *Constitutional Law and National Pluralism*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pág. 110.

54 «El principio de la soberanía ilimitada del Parlamento es un principio distintivo inglés, que no tiene equivalente en Derecho Constitucional Escocés [...]. Teniendo en cuenta que la legislación de la Unión extinguió los parlamentos de Escocia e Inglaterra y los reemplazó por un nuevo Parlamento, tengo dificultad en ver por qué debe suponerse que el nuevo Parlamento de Gran Bretaña debe heredar todas las características peculiares del Parlamento inglés, pero ninguna del Parlamento escocés, como si todo lo que pasó fue que los representantes escoceses fueron admitidos en el Parlamento de Inglaterra. Esto no es lo que se hizo [...] no he encontrado en la legislación de la Unión toda disposición que el parlamento de Gran Bretaña deben tener libertad para modificar el tratado a voluntad [...] «El principio de la soberanía ilimitada del Parlamento es un principio claramente Inglés, que no tiene equivalente en Derecho Constitucional escocesa [...] Teniendo en cuenta que la legislación de la Unión extinguió los parlamentos de Escocia e Inglaterra y los reemplazó por un nuevo Parlamento, tengo dificultad para ver por qué debe suponerse que la nuevo Parlamento de Gran Bretaña debe heredar todas las características peculiares del Parlamento Inglés, pero ninguno del Parlamento escocés, como si todo lo que hubiese ocurrido fuese que los representantes escoceses fueron admitidos en el Parlamento de Inglaterra. Esto no es lo que se hizo [...] no he encontrado en la legislación de la Unión disposición alguna según la cual el Parlamento de Gran Bretaña deben tener libertad para modificar el tratado a voluntad [...] *MacCormick v Lord Advocate* 1953 SC 396 411.

gadas implícitamente. En virtud de estas disposiciones, la supremacía de la legislación primaria era impugnables sólo en circunstancias limitadas que el propio Parlamento podría aprobar»<sup>55</sup>. Lord Steyn por su parte reflexiona sobre las consecuencias lógicas que pudiera tener para el orden constitucional del Reino Unido un reconocimiento explícito de una tradición constitucional escocesa<sup>56</sup>. Sostiene que la Scotland Act de 1998 ha dividido *de jure* la soberanía del Reino Unido en dos: «El acuerdo contenido en la Scotland Act de 1998 también apunta a una soberanía dividida»<sup>57</sup>. El efecto de esta división es para Lord Steyn evidente: mientras que en Inglaterra y Gales la doctrina Dicey mantiene su relevancia retórica, en Escocia no ocurre lo mismo.

Walker nos recuerda la importancia potencial del *obiter* de Lord Steyn para el sistema jurídico escocés. Sostiene, por ejemplo, que «cualquier cuestión que surja dentro de los límites territoriales de Escocia es un asunto del sistema judicial escocés, que se determinará de acuerdo con la ley escocesa»<sup>58</sup>. Existe la posibilidad de distinguir decisiones de Escocia dentro de la Corte Suprema del Reino Unido. Incluso en la actividad de la Cámara de los Lores, se ha preservado una distintiva interpretación escocesa a través de la composición del tribunal. «La Corte Suprema, al igual que la Cámara de los Lores, efectivamente actúa como Tribunal de Derecho Escocés en casos [civiles] escoceses, y existe una práctica bien asentada de asegurar que los miembros escoceses de la Corte, que en la práctica reciente han sido invariablemente al menos dos, tomen parte en la resolución de la gran mayoría de los casos de Escocia». Walker describe el planteamiento

55 «Esto refleja una clara tradición constitucional escocesa que, al menos en la época posterior a la Unión, se ha opuesto frontalmente a cualquier revisión de la legislación primaria. La decisión de Lord Jauncey en el caso *Edinburgh District Council* es consistente con este punto de vista, así como lo es la decisión de Lord Keith en el caso anterior de *Gibson v Lord Advocate* 1975 SC 136. El viejo concepto de soberanía ya no era una base satisfactoria para distinguir el Parlamento del Reino Unido del Parlamento escocés. Lo importante en las condiciones modernas es que se había establecido nuevas y coherentes soluciones mediante las cuales la soberanía del Parlamento del Reino Unido fue modificada por una serie de normas constitucionales que no pueden ser derogadas implícitamente. En virtud de estas disposiciones, la supremacía de la legislación primaria era impugnables sólo en circunstancias limitadas que el propio Parlamento podría aprobar. [La cursiva es mía] *Axa General Insurance Ltd, Petitioners*. [2010] 2 CSOH 179 2010 a 117.

56 «El acuerdo contenido en la Scotland Act de 1998 también apuntan a una soberanía dividida. Por otra parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, incorporado a nuestra legislación por la *Human Rights Act* de 1998, creó un nuevo ordenamiento jurídico. No hay que asimilar el CEDH con los tratados multilaterales del tipo tradicional. Se trata, por el contrario, de un ordenamiento jurídico en el que el Reino Unido asume la obligación de proteger los derechos fundamentales, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. Como puede comprobarse ahora, el relato clásico ofrecido por Dicey sobre la doctrina de la supremacía del Parlamento, planteado como puro y absoluto, está fuera de lugar en el moderno Reino Unido. Sin embargo, la supremacía del Parlamento sigue siendo el principio general de nuestra constitución. Se trata de una construcción del *common law*». [La cursiva es mía] *Jackson v General Attorney* [2005] UKHL 56 (13 de octubre de 2005) 102.

57 La idea de Steyn no tiene por qué significar que el planteamiento de Dicey ha muerto. En muchos sentidos, su papel simbólico aún conserva al menos un significado retórico en Inglaterra y Gales. Sobre un debate general sobre las implicaciones de la *devolution* para Inglaterra, véase: HAZELL, R., *The English Question*, Manchester University Press, *Devolution Series*, Manchester, 2006.

58 WALKER, N., *The Final Appellate Jurisdiction, the Scottish Legal System*, The Scottish Government, The Legal System Division, Edimburgo, 2011), pág. 39.

como una manifestación de «pluralismo jurídico interno»<sup>59</sup> pero el elemento relevante en el planteamiento de Walker es la persistencia en la actividad de la Cámara de los Lores de la cultura escocesa de Derecho Público previa a la Unión<sup>60</sup>.

El reconocimiento de la cuasi soberanía escocesa también está presente en Bogdanor. Para aclarar las implicaciones que implica tener tradiciones interpretativas de Derecho Público divergentes, especula sobre la posible reacción del Parlamento del Reino Unido ante una decisión de la Corte Suprema que declare *intra vires* las actividades legislativas del Parlamento escocés: «Si la Corte Suprema decidiese, en un asunto particular, que el Parlamento escocés estaba actuando *intra vires*, sería difícil, en la práctica, para Westminster anularla ya sea mediante el uso de su soberanía para legislar sobre asuntos internos de Escocia o mediante la alteración de la distribución de competencias»<sup>61</sup>.

La especulación de Bogdanor es de especial importancia en el debate sobre el referéndum de 2014. Muestra la importancia de una distribución histórica del poder y su reconocimiento por parte de la Cámara de los Lores y, ahora, de la Corte Suprema del Reino Unido. En otras palabras, en decisiones como Axa, la jurisprudencia de la Cámara de los Lores y de su sucesor, la Corte Suprema del Reino Unido, reconoce su obligación de asumir las diferencias y de no imponer una «idea de unidad constitucional».

#### IV. ESPAÑA: RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El argumento defendido en los apartados anteriores sugiere que la *devolution* escocesa podría ser considerada como un proceso cuasi federal de descentralización. En particular, los análisis históricos, institucionales y judiciales ofrecen una clara indicación de que la doctrina de la soberanía parlamentaria absoluta de Dicey es distintivamente inglesa. Por lo tanto, aunque el artículo 28 de la Scotland Act de 1998 (que afirma explícitamente la no exclusividad de las competencias legislativas del Parlamento escocés)<sup>62</sup>, no puede interpretarse como una afirmación de la indivisible concepción jerárquica de las fuentes jurídicas que se pueden encontrar en estados regionales como

59 En contra, véase por ejemplo, Lord President Inglis en *Virtue v Commissioners of Police of Alloa* (1874) 1 R 285 (IH) 296.

60 Existe un debate sobre la persistencia percibida de una Tradición Legal Escocesa en el derecho moderno. McQueen sugiere, por ejemplo, que algunos aspectos históricos del Derecho escocés como su combinación de tradiciones jurídicas normandas y romanas, se han reconstruido en beneficio de los contemporáneos en lugar de recuperarse desde fuentes históricas/legales. MacQUEEN, H., «Legal Nationalism: Lord Cooper, Legal History and Comparative Law», *Edinburgh Law Review*, 9.3, 2005.

61 BOGDANOR, V., *The New British Constitution*, Hart, Oxford, 2009, pág. 111. De nuevo un cambio de manos en el timón del Ejecutivo británico podría hacer de la especulación de Bogdanor una eventualidad real, pero el caso de una violación de la Corte Suprema del Reino Unido sobre las cuestiones «devueltas» por el Parlamento del Reino Unido sigue siendo tributaria de circunstancias excepcionales (por ejemplo, disturbios civiles).

62 «This section does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland.» Scotland Act 1998, 28 (7).

España<sup>63</sup>. Como argumentaré en este punto, es esta diferencia sustantiva entre la idea británica de soberanía legislativa y la idea española de jerarquía centralista de las fuentes jurídicas la que hace que el proceso de secesión de Escocia sea difícilmente repetible en España. Este es un punto delicado, por lo que debo tener cuidado. Mi argumento no quiere decir que los gobiernos regionales, como el catalán o el gallego, no tengan la oportunidad de llevar a cabo una consulta legítima sobre su independencia, sino que es poco probable que tal referéndum llegue a producirse como resultado de un proceso análogo al adoptado en Escocia.

Hay dos razones que fundamentan mi planteamiento. En primer lugar, el proceso que legitima un referéndum sobre la secesión, por lo que yo entiendo, podría requerir una reforma profunda de la Constitución Española. La Constitución Española de 1978, en comparación con la Constitución del Reino Unido, está escrita en términos rígidos, es larga y prevé una fuerte revisión judicial de constitucionalidad. Las diferencias en la longitud y la expresión semántica en las dos constituciones pueden tener poca relevancia en nuestro debate. Sin embargo, el diseño rígido de la española tiene el efecto de crear un sistema de gobernanza en el que las reformas radicales (tales como el proceso de secesión regional) requieren un proceso muy estricto. Así que, incluso si asumiésemos que el principio de indivisibilidad de la nación española que figura en la Constitución pudiera ser modificado (artículo 2), los procedimientos estrictos de reforma constitucional establecidos en los artículos 166 a 169 y en las Disposiciones Transitorias de la Constitución Española requerirían dos mayorías cualificadas en el Parlamento en dos legislaturas sucesivas<sup>64</sup>. Como contraste, el Parlamento del Reino Unido (si su intención se manifiesta en la nueva ley) puede derogar una norma constitucional anterior<sup>65</sup>. Por ejemplo, el Parlamento del Reino Unido podría reformar la disposición legal que regula la Corte Suprema del Reino Unido sin seguir un procedimiento especial<sup>66</sup>.

Es importante recordar que incluso las reformas aún relativamente menores del estatus constitucional de las Comunidades Autónomas españolas podrían requerir la aprobación de las Cortes Generales y el respeto a los procedimientos del Título X de la Constitución de 1978<sup>67</sup>. La reforma del Estatuto de Autonomía de las Comunidades Autónomas, por contra, exige un acuerdo bilateral entre las Comunidades Autónomas y las Cortes<sup>68</sup>. Estas restricciones reducen en gran medida la posibilidad de una futura reforma del artículo 2 en un sentido que pudiera permitir a las regiones como Cataluña convocar un referéndum sobre la independencia.

63 WALKER, N., *The Final Appellate Jurisdiction, the Scottish Legal System*, The Scottish Government, The Legal System Division, Edimburgo, 2010, págs. 37-40. Véase una clasificación similar en: GERSTON, L.N., *American Federalism: A Concise Introduction*, M.E. Sharpe, Armonk, N.Y., 2007.

64 COLINO, C. y DEL PINO, E. «15. Spain: The Consolidation of Strong Regional Governments and the Limits of Local Decentralization», en Loughlin, J. and others, *The Oxford Handbook of Local and Regional Democracy in Europe*, vol. 1, Oxford University Press, 1.ª ed, sin fecha, pág. 360.

65 Existe un debate sobre los límites a ese poder. Por ejemplo, no está claro si el Parlamento puede derogar ciertas leyes como la Act of Union de 1707 o la más reciente Human Rights Act de 1998.

66 Tierney 152-165.

67 Una Comunidad Autónoma puede solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de Ley, Art. 87.2 de la Constitución Española de 1978.

68 Art. 147.3, Constitución Española de 1978.

En segundo lugar, el sistema constitucional español contiene un potente sistema de control de constitucionalidad de las medidas legislativas de los parlamentos central y regionales. El efecto de este robusto tipo de control es una restricción legal sobre la viabilidad de un referéndum regional legítimo sobre la secesión como el que podría tener lugar en 2014 en Escocia.

Durante las últimas tres décadas, en el ámbito de la competencia legislativa del Estado regional y central el Tribunal Constitucional español ha sido un revisor eficaz de la constitucionalidad. Por ejemplo, Gallarín y Agranoff destacan que durante la década de los 80 el Tribunal Constitucional resolvió más de 100 casos presentados por las comunidades autónomas en contra de la legislación del Gobierno central. Un número similar de casos fueron presentados por el Gobierno central contra la legislación regional<sup>69</sup>.

Tras la década de los 80, período de intensa litigiosidad, el Tribunal ha dado muestra de su capacidad de mantener una posición judicial equilibrada, autónoma y bien razonada<sup>70</sup>. Tierney describe el efecto que tiene en la reputación del Tribunal una carga tan grande de casos. «El Tribunal Constitucional parece haber recorrido un camino cuidadoso pero del que ha emergido con una credibilidad considerable»<sup>71</sup>. Incluso las opiniones contrapuestas que suscitaron casos de perfil alto, como el que siguió a la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico de 1981 (la llamada LOAPA) y el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2005, el Tribunal ha mantenido una reputación interna e internacional por la calidad de sus decisiones.

Una vez más, Tierney ofrece una evaluación clara de la actividad del Tribunal Constitucional: «Las opiniones encontradas sobre la actividad del Tribunal Constitucional mantenidas por aquellos que apoyan el sistema de autonomía sugieren que el Tribunal Constitucional ha navegado en una especie de vía intermedia. Ha demostrado estar dispuesto a apoyar las acciones del gobierno central para adoptar políticas en el interés general, incluso cuando éstas se introducen en áreas que las comunidades autónomas han argumentado deben estar dentro de sus competencias exclusivas. Por otro lado, se ha restringido el uso de la competencia de armonización y se ha mostrado dispuesto a defender controvertidos esfuerzos de construcción nacional por parte de Cataluña»<sup>72</sup>.

Estas son palabras muy constructivas de un reputado observador externo (Agraanof y Gallarín llegan a conclusiones similares<sup>73</sup>).

En resumen, el Tribunal Constitucional español ha ido madurando (dentro de los límites de cualquier sistema político donde hay ganadores e irritados perdedores) una imagen de árbitro independiente y se ha ganado una reputación por la calidad de sus decisiones. En el proceso de «desactivar» casos de alto perfil, como el que siguió el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2005, también ha mostrado su intención

69 AGRANOFF, R. y RAMOS GALLARÍN, J.A., «Toward Federal Democracy in Spain: An Examination of Intergovernmental Relations», *Publius: The Journal of Federalism*, 27 1, 1997, págs. 16-17.

70 TIERNEY, S., *Constitutional Law and National Pluralism*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pág. 276.

71 *Ibid.*

72 *Ibid.*

73 AGRANOFF, R. y RAMOS GALLARÍN, J.A., «Toward Federal Democracy in Spain: An Examination of Intergovernmental Relations», *Publius: The Journal of Federalism*, 27 1, 1997, págs. 16-17.

TIERNEY, S., *Constitutional Law and National Pluralism*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pág. 276.

de defender la Constitución de 1978 en contra de un acuerdo entre las instituciones centrales y regionales<sup>74</sup>. Teniendo en cuenta la jurisprudencia anterior del Tribunal Constitucional, parece improbable que una comunidad autónoma, digamos Cataluña, pueda ser capaz de organizar un referéndum consultivo legítimo (es decir, un referéndum apoyado por una ley regional o central) sobre la independencia sin disparar un proceso de revisión constitucional. Cabe señalar que es así mismo esperable una revisión constitucional en caso de que el Parlamento español y el gobierno regional alcanzasen un acuerdo, de antemano, para convocar un referéndum. En casos concretos, como el Nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2005, el Tribunal puso claramente de manifiesto que los principios constitucionales como el que garantiza la unidad de España podrían hacerse valer en contra de una ley que fue el resultado de un acuerdo político entre las instituciones centrales y regionales/autonómicas.

Tal vez la solución más plausible, para las regiones subestatales con partidos nacionalistas que albergan aspiraciones secesionistas, sería considerar una reforma sustancial de la Constitución Española<sup>75</sup>. En particular, el principio de rigidez (del Título X de la Constitución de 1978) y la literalidad del artículo 2 que protege la unidad nacional, pueden requerir una reforma previa. La posibilidad de que, en un futuro próximo, tal reforma constitucional pudiera tener lugar vuelve a ser un tema de especulación. Es probable que si los escoceses recuperasen de nuevo su independencia, el debate sobre la secesión aumentase el impulso de los movimientos secesionistas en las Comunidades Autónomas españolas y en otros países europeos. Sin embargo, independientemente de la demanda popular de un referéndum consultivo sobre la independencia en las Comunidades Autónomas españolas, se puede decir con seguridad que ese referéndum estaría precedido por un proceso constitucional formal y no sólo por un acuerdo político, como ocurrió en el caso del referéndum de 2014.

## V. CONCLUSIÓN

El artículo discute la *devolution* británica y el reciente Acuerdo de Octubre entre el Primer Ministro escocés y el Primer Ministro del Reino Unido sobre la celebración de un referéndum consultivo de 2014 para la independencia. El acuerdo podría haber estimulado movimientos secesionistas en España. En particular, parece que los partidos políticos catalanes han reorientado sus aspiraciones secesionistas. Aunque queda fuera del ámbito de este artículo discutir las implicaciones políticas del nacionalismo subestatal, he sostenido que un análisis comparativo de los sistemas escocés y español de gobernanza revela sustantivas diferencias legales entre los dos sistemas constitucionales.

Por ejemplo, los parlamentos escocés y británico plantean un significado particular de la «soberanía legislativa» que podría calificar la *devolution* escocesa como cuasi federal. He explicado, por ejemplo, que las leyes del Parlamento escocés (en asuntos transferidos y respetuosos con la legislación de derechos humanos) así como los actos

74 TIERNEY, S., *Constitutional Law and National Pluralism*, Oxford University Press, Oxford, 2004, Cap. 7.

75 GUIBERNAU, M., «Calls for independence in Catalonia are part of an evolution of Spain's democracy that the country's constitution may have to accommodate», EUROPP', Octubre 2012.

del Parlamento del Reino Unido no son objeto de revisión judicial. La estricta separación entre los poderes legislativo y judicial británicos hace que la legislación basada en acuerdos políticos, como la que sirve de base jurídica para el referéndum consultivo sobre la independencia de Escocia de 2014, muy difícilmente pueda ser impugnada ante los tribunales.

He argumentado que un proceso similar es poco probable en España. En primer lugar, la Constitución de 1978 adoptó un modelo rígido para las reformas constitucionales. Uno de los principios fundamentales clave de dicho cuerpo normativo es la indivisibilidad de la nación. El principio de la indivisibilidad no puede ser superado por un acuerdo político entre los parlamentos central y regionales (como podría ocurrir en el Reino Unido). En particular, la estructura rígida de la Constitución Española impide que las instituciones centrales y regionales puedan establecer reformas que pudieran alterar radicalmente la estructura constitucional de la nación española.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional español dispone, a diferencia de la Corte Suprema del Reino Unido, de la facultad de revisar y derogar normas centrales y regionales que sean incompatibles con la Constitución y sus principios. En las últimas tres décadas, el Tribunal ha utilizado ese poder con sabiduría. Durante un período de intensa litigiosidad constitucional, el Tribunal ha madurado una sólida reputación por la calidad y la independencia de sus decisiones. Es muy poco probable que un referéndum legítimo sobre la independencia pudiera tener lugar sin una reforma constitucional previa -ya sea a través de una reforma constitucional *stricto sensu* o por una revisión derivada de las resoluciones del Tribunal Constitucional. En conclusión, el proceso en el que se basa el gambito escocés es poco probable que abra una secuencia de eventos similar en España.

\*\*\*

TITLE: *The Scottish Devolution and the 2014 referendum: What are the Potential Reverberations in Spain?*

ABSTRACT: *This article discusses the Scottish Devolution and the potential repercussion of the 2014 consultative referendum over Scottish independence in Spain. The 2014 referendum might be perceived as one of the many effects of the recent nationalist revival and its result is still a matter of speculations. However, the possibility of seeing the dissolution of one of the oldest western democracies as the result of a referendum is of great concern for constitutional lawyers in Spain. I would argue that a risk of an analogous referendum in Spain is low. The processes that were the proxy for the Scottish referendum over independence are the result of a pragmatic discourse that took place within a distinctively British constitutional history. For instance, both the Scottish and UK constitutional traditions consider their respective parliament the repository of sovereign constitutional power. The article is divided in three parts, preceded by an introduction and followed by a conclusion. The first part is a preliminary methodological discussion that explains the distinctive element of the UK Public Law System. The second explains the distinctive features of the Scottish Devolution. In particular, I will elucidate the effects of having two parliaments (the Scottish and the UK ) that hold on to two different concepts of legislative sovereignty. The third section compares the constitutional process required for the Scottish referendum and a putative referendum over a region secession in Spanish autonomous regions.*

RESUMEN: *En este artículo se analiza la devolution escocesa y la repercusión potencial en España del referéndum consultivo sobre la independencia de Escocia que tendrá lugar en 2014. Este referéndum podría ser percibido como uno de los muchos efectos del reciente resurgimiento nacionalista y su resultado es todavía objeto de especulaciones. Sin embargo, la posibilidad de asistir a la disolución de una de las más antiguas democracias occidentales como resultado de un referéndum es motivo de gran preocupación para los constitucionalistas en España. Se argumentará que el riesgo de un referéndum similar en España es bajo. Los procesos que han impulsado el referéndum sobre la independencia de Escocia son el resultado de un discurso pragmático que se produjo dentro de una historia constitucional específicamente británica. Por ejemplo, tanto las tradiciones constitucionales escocesa como británica consideran a sus parlamentos respectivos como los depositarios*

*del poder constitucional soberano. El artículo se divide en tres partes, precedidas por una introducción y seguidas de una conclusión. La primera parte contiene una discusión metodológica preliminar que explica el elemento distintivo del Sistema de Derecho Público del Reino Unido. La segunda explica las características distintivas de la devolution escocesa. En particular, se aclaran los efectos de tener dos parlamentos (el escocés y el del Reino Unido) que se aferran a dos conceptos diferentes de soberanía legislativa. En la tercera sección se compara el proceso constitucional a seguir para la celebración del referéndum escocés y un pretendido referéndum sobre la secesión de una de las Comunidades Autónomas españolas.*

KEY WORDS: *Devolution. Referendum. Independence. Nationalism. Ofself-determination.*

PALABRAS CLAVE: *Devolution. Referéndum. Independencia. Nacionalismo. Autodeterminación.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.11.2012.      FECHA DE ACEPTACIÓN: 12.02.2013.