

ISSN 2014-931X

Nota d'Actualidad N° 2/2022

**LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO DEL REINO UNIDO
RELATIVA A LA
CONVOCATORIA DE UN
REFERÉNDUM SOBRE LA
INDEPENDENCIA DE ESCOCIA.**

JOAQUÍN TORNOS MAS

Catedrático de Derecho Administrativo
Universitat de Barcelona

Título

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL REINO UNIDO RELATIVA A LA CONVOCATORIA DE UN REFERÉNDUM SOBRE LA INDEPENDENCIA DE ESCOCIA.

Autor

Joaquín Tornos Mas.

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universitat de Barcelona

Los trabajos académico publicados en la Colección “Notas de Actualidad” no reflejan en ningún caso la opinión del Observatorio de Derecho Público, ni la de su equipo de dirección ni de sus miembros.

Colección “Notas de Actualidad”, Núm 2/2022.

I S S N 2 0 1 4 - 9 3 1 X

Observatorio de Derecho Público Noviembre 2022.

Disponible en <https://idpbarcelona.net/publicaciones/> Observaciones, comentarios o sugerencias: idp@ub.edu

**LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL REINO UNIDO RELATIVA A LA
CONVOCATORIA DE UN REFERÉNDUM SOBRE LA INDEPENDENCIA DE ESCOCIA**

Joaquín Tornos Mas

Catedrático de Derecho Administrativo, Universitat de Barcelona

Sumario

I. Introducción.....	1
II. El referéndum de 2014. Debate previo y legalidad del mismo	2
III. BREXIT, crisis económica y nueva reivindicación para celebrar un referéndum sobre la independencia	12
IV. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2022.....	13
V. ¿Qué hacer tras la sentencia?	17

I. Introducción

El 23 de noviembre de 2022, la Suprema Corte del Reino Unido, presidida por Lord Reed, dictó sentencia sobre la cuestión planteada por el Abogado del Gobierno Escocés, el Lord Advocate, consistente en preguntar si el Parlamento Escocés era competente para convocar un referéndum sobre la independencia de Escocia.

La sentencia, claramente estructurada, examina en primer lugar si la cuestión planteada es una “devolution question” y si por tanto debe ser o no admitida por el Tribunal (el Abogado General para Escocia, Abogado del Reino Unido se oponía a la admisión). La cuestión fue planteada por el Lord Advocate al amparo de los establecido en el apartado 34 del Anexo 6 de la Scotland Act. Admitida la cuestión, se exponen los argumentos del Lord Advocate a favor de la competencia del Parlamento escocés para convocar el referéndum, a continuación los argumentos del Abogado General del Reino Unido, contrarios a la competencia del Parlamento escocés, apartados 55-83, y, finalmente, los argumentos del Scottish National Party, SNP, apartados 84-91, para concluir que la convocatoria de un referéndum sobre la independencia de Escocia forma parte de las materias reservadas al Parlamento del Reino Unido y, por tanto, el Parlamento de Escocia no puede llevar a cabo la convocatoria.

Para comprender las razones que llevaron a plantear esta consulta al Tribunal Supremo, y los argumentos del mismo para denegar la competencia del Parlamento escocés, es bueno recordar los antecedentes inmediatos, esto es, la convocatoria de un referéndum el año 2014, que dio como resultado el voto mayoritario a favor del no a la independencia. Muchas de las cuestiones jurídicas que se plantean en la sentencia de 2022 ya estuvieron en el debate del referéndum de 2014.

II. El referéndum de 2014. Debate previo y legalidad del mismo¹

El Scottish Nationalist Party, SNP, fue adquiriendo paulatinamente una presencia destacada dentro de Escocia y del Reino Unido a finales de los años 60 del siglo pasado. Este hecho se explica en buena medida porque Escocia estaba sumida en una profunda crisis económica por la crisis de sus industrias tradicionales, minería, acero y sector naval. Los ciudadanos empiezan a perder su confianza en el partido laborista y no acuden a los conservadores, sino al SNP, que se presenta como el partido que defenderá los verdaderos intereses de los escoceses frente al predominio de los intereses de los ingleses en el Parlamento de Westminster.

El Gobierno laborista de los años 1974 a 1979 promulgó la Scotland Act de 1978 en virtud de la cual se llevaba a cabo una limitada devolución de poderes a favor de Escocia. La ley se sometió a referéndum, y a pesar de obtener la aprobación del pueblo escocés, no se obtuvo el número de votos exigido para que la ley entrara en vigor. La ley exigía un mínimo de votos favorables que representaran el 40 por ciento del censo electoral. Si bien votó a favor de la ley el 52 por ciento de los votantes no se alcanzó el mínimo de votos exigido.

El olvido de la cuestión territorial por parte de los grandes partidos no impidió que la reivindicación autonomista escocesa se mantuviera viva. Por el contrario, le dio mayor fuerza interna. Desde Escocia se impulsa una campaña a favor de un Parlamento escocés y se aprueba el documento Claim of Right for Scotland, 1988. Se crea un movimiento que pretende ser transversal, la Scottish Constitutional Convention, impulsado en este caso por los laboristas, pero de nuevo no logra contar con el apoyo ni de conservadores ni del SNP.

Esta campaña se sustenta en tres ideas básicas. Se parte del reconocimiento de la singular identidad nacional de Escocia, ya admitida en el Acts of Union de 1707, principio que debe entenderse incluido en la práctica constitucional británica. También se admite que esta realidad nacional reconocida en 1707 ha sido desconocida por la práctica constitucional posterior y el predominio de la Unión estatal. Por último, el

¹ Este apartado es un resumen de mi libro De Escocia a Cataluña. Referéndum y reforma constitucional, Iustel, Madrid 2015, págs.34 a 94.

documento reconoce el derecho al autogobierno de Escocia en base a su carácter de nación y el inherente derecho a la autodeterminación.

La vuelta al poder del Gobierno laborista en 1996 va a suponer la recuperación de la idea de la Devolution.

La reforma que impulsaba el Gobierno laborista fue sometida a referendum con una doble pregunta: ¿Estás de acuerdo en establecer un Parlamento escocés? ¿Estás de acuerdo en dar al Parlamento escocés la competencia para modificar el tipo básico del impuesto sobre la renta?

La participación fue del 60,4 por ciento. La primera pregunta obtuvo un 74,3 por ciento de votos a favor, y la segunda un 63,5 por ciento de votos favorables. Con este amplio resultado favorable a las reformas el 7 de diciembre de 1998 se aprobó la Scotland Act, y en mayo de 1999 se constituyó el Parlamento escocés. El diputado del SNP que procedió a la apertura de las sesiones afirmó: "el Parlamento escocés, suspendido el 25 de marzo de 1707, es recuperado en virtud de este acto".

La creación de un Parlamento escocés con competencia legislativa dio lugar a un amplio debate constitucional, ya que de hecho suponía una reforma constitucional, pues en el sistema del RU se ha defendido siempre la soberanía radical del Parlamento de Westminster, esto es, su monopolio absoluto de un poder legislativo por otro lado no fiscalizable.

No obstante, esta pretendida reforma constitucional es de hecho limitada, pues el reconocimiento de competencias propias a favor del Parlamento escocés no ha supuesto la pérdida de soberanía del Parlamento de Westminster, que puede seguir legislando sobre todas las materias.

La articulación de esta difícil relación (reconocer competencias propias a un Parlamento regional electo y a la vez mantener la competencia plena del Parlamento central) se ha solventado a través de una convención, una regla paccionada, lo que es una clara manifestación del inteligente pragmatismo anglosajón.

La llamada Sewell Convention supone la creación de un principio de relevancia constitucional en virtud del cual el Parlamento de Westminster manifiesta que no legislará en materias que sean competencia propia del Parlamento escocés sin el consenso previo de dicho Parlamento. De este modo, por vía convencional, el propio Parlamento soberano se autovincula con el fin de hacer un uso limitado de su plena soberanía. Como se ha dicho, tras la Devolution Westminster mantiene su plena soberanía, pero encontrará serias dificultades para legislar en contra de la voluntad del Parlamento escocés. También es cierto que la práctica ha demostrado que se ha

intentado evitar la conflictividad tratando de alcanzar acuerdos puntuales no formales sobre el respectivo ejercicio de las competencias dando así contenido indirecto al fin perseguido por la Sewell Convention.

Por otra parte, el ejercicio del poder legislativo por parte del Parlamento escocés se sujeta a un procedimiento previo que trata de garantizar que se hará un uso correcto de los poderes normativos recibidos. El artículo 29.2 de la SA establece que el ministro que propone una ley debe justificar que su contenido está dentro de las competencias del Parlamento escocés. Con el fin de poder determinar cuándo se hace un buen uso de las competencias propias el mismo artículo 29.2 identifica con carácter general los supuestos de posible "ultra vires", esto es, de leyes que se situarían fuera del ámbito de las competencias del Parlamento Escocés.

Sin duda el contenido sustancial de la Devolution es el reparto de poderes entre el Estado central, el Reino Unido (RU) y Escocia, la nación sub-estatal. Este reparto de poderes no se establece, según el modelo clásico de los Estados compuestos o federales, en una Constitución escrita que determina la organización territorial del conjunto del Estado, sino en una ley del Parlamento estatal. Ley que, por otro lado, como hemos señalado, carece de fuerza pasiva de resistencia, de modo que puede ser modificada por una ley posterior del mismo Parlamento del Estado. La garantía de la estabilidad de este reparto de poderes, como también hemos expuesto anteriormente, la ofrece la Sewel Convention. De este modo una Convención constitucional protege el contenido de la Scotland Act y los poderes atribuidos al Parlamento escocés.

La Scotland Act atribuye poderes absolutos a favor del Parlamento escocés para legislar excepto en relación con una larga lista de materias reservadas, que pasan a ser las competencias del Parlamento de Westminster. Se establece así una lista única, de competencias propias del Parlamento de Westminster, y de hecho una cláusula residual general a favor del Parlamento Escocés.

De esta forma lo determinante es conocer qué materias son materias reservadas, ya que como establece el artículo 29 de la SA, "una Resolución (Act) del Parlamento escocés no es ley siempre que alguna disposición de la Resolución se sitúe fuera de las competencias del Parlamento.

Tras la aprobación de la Scotland Act de 1998 se pusieron en marcha algunas iniciativas para tratar de ordenar todas las actuaciones que impulsaba el nuevo marco legal. De acuerdo con el Parlamento escocés el Gobierno del RU aceptó la creación de una Comisión independiente que estableciera el procedimiento de aplicación del proceso de Devolution. El 25 de marzo de 2008 se nombró a Sir Kenneth Calman presidente de la Comisión on Scottish Devolution. En esta Comisión no participó el SNP ya que la misma excluyó expresamente incluir el tratamiento de la independencia de Escocia.

El 15 de junio de 2009 la Comisión emitió su informe *Serving Scotland Better. Scotland and the UK in the 21th Century*, cuyo objetivo central era “revisar las promesas de la *Scotland Act* de 1998 a la luz de la experiencia y recomendar los cambios necesarios mediante un nuevo acuerdo constitucional que permita al Parlamento escocés servir mejor al pueblo de Escocia, mejorar su responsabilidad financiera y continuar asegurando la permanencia de Escocia del RU”.

El Gobierno del RU respondió al informe Calman con el *White Paper Scotland’s Future in the UK* el 29 de noviembre de 2009, en el que se daba cuenta de las recomendaciones que se aceptaban y se proponía un calendario para llevarlas a efecto.

El Gobierno escocés, por su parte, recibió el informe y urgió al Gobierno del RU a llevar adelante las recomendaciones contenidas en el mismo, si bien también expresó sus reservas en relación con las propuestas en materia de financiación (documento *The Scottish Government responds to the recommendations of the Comisión on Scottish Devolution*, noviembre 2009).

En mayo de 2010 las elecciones generales dieron paso a la formación del Gobierno de coalición entre conservadores y liberales. El nuevo Gobierno manifestó su voluntad de dar contenido a las propuestas de la Comisión Calman, y el 30 de noviembre de 2010 presentó el proyecto de ley *The Scotland Bill*. En la medida en que el contenido de esta norma afectaba a competencias del Parlamento escocés la misma debió someterse al acuerdo con dicho Parlamento, según lo dispuesto en la *Sewell Convention*.

El Gobierno escocés, reforzado en las elecciones al Parlamento escocés del 2011, insistió en reivindicar más poderes y autonomía fiscal. Especial hincapié se hizo en el tema fiscal, reclamando mayores competencias sobre el impuesto de la renta, capacidad recaudatoria sobre otros impuestos y mayor capacidad de endeudamiento.

Finalmente se aprobó la *Scotland Act* en 2012 por la que se reformó la ley del mismo nombre de 1998 y en la que se recogieron buena parte de las propuestas de la Calman Comisión. Las modificaciones se contienen en cuatro grandes apartados: el Parlamento y sus poderes, los ministros y sus poderes, finanzas y asuntos varios.

La crisis general de los partidos clásicos (conservadores y laboristas), especialmente grave por lo que se refiere a la crisis del laborismo escocés, llevó a una clara victoria del SNP en las elecciones del año 2011 al Parlamento escocés, donde obtuvo una holgada mayoría absoluta.

El SNP había hecho patente su clara vocación independentista en sus programas electorales, y había reivindicado la celebración de un referéndum para que el pueblo escocés se manifestara sobre esta cuestión. En el año 2007 su propuesta se formuló en el documento *Chossing Scotland’s Future. A National Conversation*, y estas mismas

ideas se reafirmaron el año 2009 en el documento *Your Scotland, Your Voice*. En las elecciones del año 2011 su programa electoral contenía el compromiso de celebrar un referéndum en el nuevo periodo parlamentario.

La victoria indiscutible del SNP en las elecciones del 2011, y el creciente auge del independentismo, llevaron al Gobierno del RU a afrontar la nueva realidad política ofreciendo la celebración de un referéndum. Esta decisión, que asumen los dos líderes del Gobierno de coalición, Cameron y Clegg, tiene un gran significado político y jurídico.

El Gobierno del RU exige el respeto al marco legal, a los principios de su Constitución no escrita y al contenido de la *Scotland Act* de 1998, norma de naturaleza constitucional. Pero a su vez entiende que la voluntad del pueblo escocés a favor de la celebración del referéndum requiere una respuesta política sin que se pueda oponer a la legítima reivindicación del referéndum una interpretación cerrada e inamovible de los principios constitucionales y de la *Scotland Act* de 1998.

La respuesta del Gobierno del RU se contiene en un documento de gran relevancia política. Se trata del informe presentado al Parlamento por el secretario de Estado para Escocia, por encargo de su majestad, en enero del año 2012 con el título *Scotlands Constitutional future. A consultation on facilitating a legal, fair and decisive referendum on whether Scotland should leave UK*.

La respuesta política a un problema político se contiene en el prefacio del documento. Así, se dice, en un breve texto firmado por CAMERON y CLEGG lo siguiente: “creemos profundamente en el RU y somos conscientes de los beneficios que ha reportado a todos sus ciudadanos. Durante más de 300 años el RU ha permitido al conjunto de todo el pueblo vivir en el más exitoso Estado multinacional que el mundo ha conocido. Queremos permanecer todos juntos en el RU. Pero reconocemos que el Gobierno escocés tiene otro punto de vista. En mayo de 2011 el SNP obtuvo la mayoría absoluta en el Parlamento escocés. Fue una victoria significativa, que el Gobierno del RU ha entendido en todo su significado. El SNP se presentó en las elecciones de 2011 con un programa con el compromiso de un referéndum sobre la independencia... el Gobierno del RU no cree que la independencia sea conveniente para Escocia ni para el resto del RU, pero no vamos a interponernos en el camino hacia el referéndum sobre la independencia: el futuro de Escocia dentro del RU debe ser decidido por el pueblo de Escocia mediante votación”.

A lo que de inmediato se añade: “pero en todo caso el referéndum debe ser legal, equitativo, y decisivo”.

Adoptada la decisión política se lleva a cabo el desarrollo del aspecto jurídico. La voluntad política es que el referéndum se celebre dentro del marco legal. Por tanto, lo que procede es conocer cuál es el marco legal y si este marco debe modificarse

previamente a través de los oportunos mecanismos de la reforma de las leyes, aunque estas tengan naturaleza constitucional. El documento elaborado por el secretario de Estado analiza el marco legal y propone las reformas necesarias para que el referéndum sea legal, equitativo y decisivo.

El problema legal se centra fundamentalmente en la cuestión relativa a la competencia para celebrar el referéndum. La posibilidad de celebrar referéndums sobre cuestiones constitucionales fundamentales no se discute, ya que en la “singular Constitución” del RU no hay precepto alguno que se ocupe de establecer si cabe o no complementar la democracia representativa con la democracia directa. Si existe en cambio una norma legal de naturaleza constitucional, la Scotland Act de 1998, en la que se distribuyeron las competencias entre el RU y el Parlamento escocés. Por tanto, la referencia a la legalidad del referéndum obliga a determinar si su convocatoria y regulación corresponde al Parlamento del RU o al Parlamento escocés.

Centrada así la cuestión el informe del secretario de Estado empieza por rebatir los argumentos del Gobierno escocés a favor de su competencia para la celebración del referéndum, argumentos que se expusieron en el proyecto “Referendum Bill Consultation” del año 2010. Para el Gobierno escocés la Scotland Act de 1998 podría interpretarse de forma flexible de modo tal que amparase la competencia del Parlamento escocés para regular un referéndum sobre la independencia de Escocia. La línea argumental se basaba en afirmar que las competencias del Parlamento escocés pueden ser ampliadas de acuerdo con lo dispuesto en la sección 30 de la Scotland Act. Por tanto, el Parlamento escocés podría regular un referéndum en el que se pregunte al pueblo escocés acerca de una ampliación de las competencias del Parlamento.

El informe del secretario de Estado rechaza este argumento al señalar que el referéndum pretende preguntar sobre el logro de la independencia, ya que la ampliación de competencias persigue esta finalidad. Por tanto, el proyecto de ley que pretende aprobar el Gobierno escocés entra de lleno en una materia reservada al RU, pues corresponde al RU legislar en relación a las cuestiones que afecten a la unidad del Estado. La conclusión es que “el Gobierno del RU entiende que toda norma tramitada por el Parlamento escocés que trata de hecho de regular un referéndum sobre la independencia de Escocia estará fuera del ámbito material de las competencias de dicho Parlamento y, si fuera impugnada, las Cortes la anularían”.

Pero como políticamente se quiere dar una respuesta legal a la demanda de celebrar un referéndum, el secretario de Estado busca la fórmula para poder llevar a cabo un referéndum legal, equitativo y decisivo, en el marco de la Scotland Act de 1998.

Las dos opciones en principio posibles son las de regular el referéndum en una ley del Parlamento del RU, o aprobar una norma que atribuya al Parlamento escocés la competencia para regular el referéndum.

La opción que se defiende es la segunda. El fundamento jurídico es el recurso a la sección 30 de la Scotland Act que permite aumentar los poderes del Parlamento escocés mediante una "Order" que amplía el ámbito competencial y establece el marco normativo de la legislación que pueda aprobar el Parlamento escocés. Esta Order debe ser acordada por los Gobiernos de Escocia y el RU y aprobada por los dos Parlamentos, en el caso del RU por las dos Cámaras. El informe afirma que "el Gobierno del RU cree que con el recurso a esta Order se establece el marco para llevar a cabo un referéndum legal sobre la independencia. Es sensible a establecer reglas que permitan aprobar una norma sobre el referéndum presentada por el Gobierno escocés, ya que es el Gobierno escocés el que desea modificar el estatus constitucional de Escocia".

El anexo del informe contiene el modelo de Order en la que se recogen los principios que se consideran esenciales para lograr que el futuro referéndum no solo sea legal sino además equitativo y decisivo.

La postura del Gobierno escocés se contiene en el documento Your Scotland, Your Referendum de 25 de enero de 2014. El documento defiende la competencia del Parlamento escocés. En la presentación de dicho documento Alex Salmond hace una defensa tajante de esta competencia. Así, afirma que "el pueblo que vive en Escocia es el pueblo idóneo para tomar decisiones sobre el futuro de Escocia. Este pueblo otorgó al Gobierno de Escocia una rotunda mayoría en el 2011 basada en la valoración de un buen Gobierno, una clara visión del futuro y la promesa de un referéndum sobre la independencia. El referéndum se debe llevar a cabo este otoño de 2014 del mismo modo que se llevan a cabo las elecciones en Escocia, con los mismos principios y las mismas garantías de imparcialidad. Nosotros decidiremos nuestro futuro mediante votación, lo que está fuera de toda discusión o duda".

El documento del Gobierno escocés reitera sus argumentos a favor de la competencia del Parlamento escocés para regular y convocar un referéndum en el que se pregunte sobre la ampliación de poderes de dicho Parlamento. Pero se añade que si surgen dudas sobre la competencia para regular y convocar un referéndum en el que se pregunte sobre la independencia, el Gobierno escocés estará dispuesto a trabajar con el Gobierno del RU para que un referéndum con esta pregunta se pueda llevar a cabo de forma legal, siempre que se reconozca al Parlamento escocés la competencia final para organizar el referéndum.

Así las cosas, a pesar de la existencia de posturas claramente divergentes en los aspectos legales, al existir por ambas partes una clara voluntad política de que el referéndum se celebrara, el 15 de octubre de 2012 se firmó por David Cameron, jefe del Gobierno del RU, Alex Salmond, jefe del Gobierno escocés, Michael Moore, Secretario de Estado para Escocia y Nicole Sturgeon, delegada del presidente del Gobierno de Escocia, el acuerdo de Edimburgo, en virtud del cual se dispone que a

finales del 2014 se celebrará un referéndum sobre la independencia de Escocia con una única pregunta.

El acuerdo establece que el referéndum deberá respetar 4 principios básicos:

- El referéndum debe tener un fundamento legal indiscutible.
- El referéndum será regulado por el Parlamento escocés.
- El referéndum debe regularse de modo que obtenga la plena confianza de los Parlamentos, el Gobierno y el pueblo.
- El referéndum debe sustentarse en una norma equitativa, que permita la expresión determinante de las diversas opciones de los escoceses y que dé lugar a un resultado que nadie discuta.

La base legal del referéndum se encuentra en la sección 30 de la Scotland Act, que permite ampliar las competencias del Parlamento escocés mediante una orden acordada por ambos Gobiernos y votada por ambos Parlamentos. El uso de la sección 30 debe entenderse que no supone la renuncia de la titularidad de la competencia sobre esta materia por parte del Parlamento del RU. Lo que se hace es habilitar al Parlamento escocés para que dicte una ley de caso concreto.

Se acuerda también la remisión supletoria a la ley electoral general, la Political Parties, Elections and Referendum Act 2000, y que la Comisión electoral del RU supervise el proceso general, si bien la celebración de la consulta y la publicación de los resultados se atribuyen al Electoral Management Board escocés.

Por lo que se refiere a la pregunta, finalmente se acuerda formular una única pregunta de contenido claro y preciso.

En enero de 2013 la Comisión electoral estableció la pregunta: “should Scotland be an independent country?”.

Sobre la base de diversos extensos y fundados informes y documentos del gobierno del Reino Unido y del de Escocia, se desarrolló una campaña electoral muy intensa y con una amplia participación de los futuros electores. La campaña puso de manifiesto una tendencia común en ambas partes a buscar el centro, esto es, evitar la radicalidad de sus propuestas. Se trató de buscar la racionalidad de las respuestas y una correcta forma en su expresión, evitando el recurso a mensajes catastrofistas o diseños de paraísos de felicidad. Por parte de SALMOND se insistió en que muchas cosas permanecerían igual, la corona, la moneda, Europa, las relaciones internacionales, y que el día después de la independencia la vida seguiría en buena medida igual. Por parte de los unionistas se trató de evitar una campaña inicial centrada en el miedo y en mensajes negativos, impulsando en la parte final del debate la campaña del BETTER TOGETHER y el ofrecimiento de una nueva DEVOLUTION dentro de un RU que se mantendría como un Estado común. Las amenazas de la salida de Escocia de los

principales Bancos que tenían allí su sede, o del incremento de los precios en los supermercados, así como la pérdida de prestaciones propias del Estado de bienestar pasaron a un segundo plano.

Finalmente llegó el día de la votación. Cuatro millones de escoceses acudieron a las urnas, el 84,59% del censo electoral. El 55,3% votó NO a la independencia, y el 44,7% voto SI a la independencia. Una significativa diferencia de más de 7 puntos a favor del BETTER TOGETHER.

Se abría así una nueva etapa. El NO había ganado claramente, pero también quedó claro que el pueblo escocés había querido participar activamente en la decisión sobre su futuro, como lo demuestra el 85% de participación. El NO había ganado, pero no se podía olvidar la promesa formal de una mayor DEVOLUTION. Al día siguiente SALMOND dimitió como presidente del Gobierno, y su puesto lo ocupó NICOLE STURGEON, su más directa colaboradora.

Con el referéndum no todo quedó cerrado. De hecho, se abría un nuevo periodo de intensas negociaciones con nuevos retos y notables incertidumbres.

El resultado del referéndum abrió el paso a su valoración y a la formulación de propuestas de actuación. El NO a la independencia había ganado claramente, lo que dio de inmediato un claro respiro a los partidos unionistas y al primer ministro CAMERON. El RU permanecería unido. Pero el altísimo nivel de participación, el 84,65% (el nivel más alto de participación en una elección desde que se introdujo el sufragio universal en el RU), y el significativo voto a favor del sí exigían una lectura pausada del resultado en su conjunto.

La amplia participación, junto con el proceso de amplio debate y discusión que procedió a la votación, legitimaron el recurso al referéndum como forma de democracia directa. El pueblo escocés demostró, en todo caso, que quería participar activamente en la resolución de una cuestión constitucional que entendían afectaba directamente a sus vidas. Por otro lado, el mayoritario voto a favor del NO no era un voto al status quo, y mucho menos aún un voto a favor del proceso de recentralización. La campaña del NO se centró en su último tramo en la propuesta de abrir un proceso de mayor devolución de poderes. El hecho de que la pregunta final del referéndum solo permitiera un SI o un NO a favor de la independencia no impidió que todos los actores políticos identificaran el voto del NO como un voto que expresaba dos voluntades: mantener la unidad del RU pero a su vez reforzar el autogobierno de Escocia.

Poco antes del referéndum, los partidos habían avanzado sus propuestas, y los unionistas se comprometieron expresamente en ampliar los poderes de Escocia en materia fiscal y en diversos ámbitos de actuación, con especial atención a las cuestiones que afectan más directamente al Estado de bienestar.

La solución adoptada fue crear una Comisión a la que se encomendó únicamente proponer qué nuevos poderes debían otorgarse a Escocia. Además, se impuso a la Comisión un breve plazo para presentar sus conclusiones, antes de final de año, con el fin de poder iniciar el proceso electoral de mayo de 2015 con una propuesta gubernamental completa. El 19 de septiembre de 2014 el primer ministro nombró a LORD SMITH OF KELVIN presidente de una Comisión que debía proponer los nuevos poderes que debían otorgarse a Escocia. La Comisión se integró por dos representantes de cada uno de los 5 partidos presentes en el Parlamento escocés, el SNP, laboristas, conservadores, liberal-demócratas y verdes. La composición de la Comisión motivó que de hecho funcionara como un lugar de encuentro y debate entre partidos políticos, y no como una Comisión independiente que ofrece un documento a los partidos políticos.

La Comisión abrió un periodo de alegaciones a un amplio elenco de entidades políticas y sociales, pero dentro de un breve plazo de tiempo (el día final del plazo fue el 31 de octubre). Se recibieron un total de 405 escritos y finalmente el 27 de noviembre de 2014, en poco más de dos meses, la Comisión entregó su informe, firmado por todos los partidos.

El informe, y su concreción posterior en el documento del Gobierno de enero de 2015, "SCOTLAND IN THE UK: AN ENDURING SETTLEMENT", son sin duda documentos de gran valor político. La Comisión elaboró su informe estructurado en tres grandes ámbitos dentro de los que poder desarrollar los concretos acuerdos:

- Primero. Articular un duradero y adecuado acuerdo constitucional para el Gobierno de Escocia.
- Segundo. Favorecer la prosperidad, una economía sana, el trabajo y la justicia social.
- Tercero. Reforzar la responsabilidad fiscal del Parlamento de Escocia.

El documento del Gobierno del RU de enero de 2015, "SCOTLAND IN THE UK: AN ENDURING SETTLEMENT" siguió a grandes rasgos el esquema de la SMITH COMMISSION articulando las propuestas en base a los siguientes epígrafes: cuestiones constitucionales; marco fiscal; impuestos; bienestar; organismos públicos, agencias ejecutivas y la corona; protección civil; transporte; empresa; nuevos pasos y borrador de textos a aprobar.

En este marco se celebraron las elecciones generales de 2015. Lo cierto es durante la campaña electoral el tema relativo a la organización territorial del RU, y la cuestión concerniente a una posible reforma constitucional en la que se abordara esta última cuestión, tuvo una presencia muy escasa. El SNP mantuvo durante la campaña en estas elecciones que la cuestión territorial no era el tema central de la misma y que su propuesta electoral lo que pretendía era obtener el máximo número de escaños en el

Parlamento de Westminster para poder imponer en el mismo políticas favorables al Estado del bienestar y acabar con los recortes. Sin renunciar a la independencia, el SNP dejaba aparcado el tema del referéndum y se proponía incidir en las políticas generales para todo el RU. Por primera vez los diputados del SNP se presentaban a unas elecciones sin el compromiso electoral de un referéndum para la independencia.

El sistema mayoritario (the first past the post) dio la mayoría absoluta a los conservadores con un 36,9% de votos, mientras que el SNP con un 50% de los votos en Escocia obtuvo 56 de los 59 escaños en juego. CAMERON y STURGEON salían fortalecidos mientras que otros actores políticos desaparecían por la derrota personal sufrida dentro de sus partidos. Al día siguiente de las elecciones CAMERON manifestó: “Gobernaré un RU como una nación, en interés de todo el pueblo”, pero a su vez tendió la mano al SNP consciente de su indiscutible éxito electoral. CAMERON promete que hará de Escocia el Gobierno con mayor descentralización política del mundo (“the strongest devolved government anywhere in the world”), con importantes poderes en materia fiscal.

STURGEON celebra su triunfo y reconoce que las elecciones no suponen un mandato para un nuevo referéndum, pero sí exige que se cumplan de forma generosa las promesas realizadas a favor de llevar a cabo una DEVO MAX y señala a CAMERON que no debe aplicar en Escocia las políticas de austeridad de su programa electoral.

En todo caso se recuerda que el NO del referéndum de 2014 no puso fin a los problemas de organización territorial que debía resolver el RU, y que debe asumirse que la celebración del referéndum y su resultado fue un acontecimiento de enorme relevancia constitucional que exige una respuesta de naturaleza constitucional.

La falta de una Constitución escrita, como un documento único donde se establecen los principios fundamentales con fuerza suprallegal, puede permitir acudir para llevar a cabo esta reforma a una “convención constitucional”. Un gran acuerdo político y social para reforzar la Unión reconociendo a su vez su carácter plurinacional.

Se extiende de este modo la percepción de que el futuro del RU requiere una propuesta general que no sea el simple fruto de un acuerdo entre partidos, sino que cuente con un gran apoyo parlamentario. Los ciudadanos del RU necesitan conocer las reglas básicas de la organización territorial de su Estado, y constatar que estas reglas son coherentes, estables y eficaces.

III. BREXIT, crisis económica y nueva reivindicación para celebrar un referéndum sobre la independencia

El 2019 se celebran nuevas elecciones generales en un marco político diferente. El resultado del Brexit, que fue contrario a la opinión mayoritaria de los escoceses, y la crisis económica, van a provocar que el SNP adopte de nuevo la reivindicación de

celebrar un segundo referéndum independentista. Su éxito electoral refuerza esta reivindicación.

Un militante independentista planteó ante el más alto tribunal civil de Escocia una consulta sobre si el Parlamento escocés podría convocar un referéndum de independencia sin la autorización del Gobierno del Reino Unido. El Tribunal, en febrero de 2021, rechazó la consulta al considerarla “hipotética, académica y prematura”, al no existir ninguna proposición de ley a considerar.

Mientras tanto el SNP entró en un periodo de fuertes turbulencias internas por la violenta ruptura entre Salmond y Sturgeon al frente del partido. Sturgeon salió reforzada y Salmond, que crea un nuevo partido, ALBA, pasó a defender una postura más radical frente a Londres, aunque quedó en franca minoría.

La victoria del SNP en las elecciones regionales de mayo de 2021, se quedó a un escaño de la mayoría absoluta, llevaron a Sturgeon a reiterar con más fuerza su voluntad de llevar adelante un nuevo referéndum, y anunció su celebración en octubre de 2023.

La vía del acuerdo, reiterar el Pacto de Edimburgo, parecía cerrada. Si bien es cierto que en dicho pacto no se establecía un límite temporal a la celebración de un nuevo referéndum (Cameron actuó con notable ligereza al convocar el referéndum de 2014), desde Londres se insistía en la complejidad del momento y en que debería esperarse al menos a que fuera una nueva generación la llamada a una nueva consulta, y se recordaba que la competencia para acordar un referéndum era del Parlamento del Reino Unido, tal y como quedó ya establecido al convocar el de 2014.

La apuesta por la vía legal llevó a Sturgeon a tomar una decisión arriesgada: consultar al Tribunal Supremo del Reino Unido planteándole la cuestión relativa a si el Parlamento escocés podía o no convocar un referéndum consultivo sobre la cuestión de su independencia. Importa destacar que se propone convocar un referéndum consultivo. De esta forma, en lugar de aprobar una ley en el Parlamento escocés que, sin duda, hubiera sido impugnada ante el Tribunal del Reino Unido, se optó por consultar a dicho Tribunal sobre la competencia del Parlamento escocés para aprobar la ley. El 22 de noviembre de 2022 el Tribunal Supremo, por unanimidad de sus cinco miembros, dictó sentencia.

IV. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2022

La sentencia comienza por recordar los Antecedentes del caso, centrados en la celebración del referéndum de 2014. En aquella ocasión la Order in Council de 2013 modificó la Scotland Act para establecer que la celebración de un referéndum sobre la independencia de Escocia no formaba parte de las materias reservadas al Parlamento del Reino Unido, siempre que se cumplieran determinadas condiciones. Esta reforma legal permitía la celebración del referéndum. Pero la orden in Council, se añade, ya no está en vigor.

El marco legal a tener en cuenta es, por tanto, la Scotland Act, sin tener en cuenta la Order in Council de 2013. Dentro de este marco legal se señala que el Gobierno de Escocia quiere celebrar un nuevo referéndum, pero en esta ocasión el Gobierno del Reino Unido no quiere aprobar una nueva Order in Council que lo permita.

En esta situación, la consulta formulada al Tribunal Supremo obliga a determinar si el gobierno de Escocia es competente para convocar el referéndum que desea llevar a cabo. Dado que las competencias legislativas del Parlamento escocés están establecidas en la Scotland Act, procede analizar el alcance de las mismas, pues, como dice la sentencia, las competencias de dicho Parlamento son limitadas y cualquier norma del mismo carece de validez si se dicta fuera de su ámbito competencial.

En este punto la sentencia recuerda que la Scotland Act establece cinco supuestos en los que el Parlamento escocés no puede legislar. Son las materias reservadas al Parlamento del Reino Unido, las “reserved matters”.

De esta forma la consulta se centra en determinar si un referéndum sobre la independencia forma parte de alguna de las materias reservadas, en concreto las relativas a la “unión de los Reinos de Escocia e Inglaterra” o la materia “el Parlamento del Reino Unido”, es decir, la soberanía del Parlamento.

El Tribunal admite la consulta que se le formula. En esta ocasión existe un proyecto de regulación del referéndum. La petición, se dice, se ha realizado con el fin de obtener una decisión determinante sobre una cuestión que tiene gran relevancia práctica. La respuesta que se de en el referéndum tiene consecuencias políticas relevantes. Nuestra decisión determina si el proyecto de norma se llevará o no al Parlamento Escocés. Por tanto, la consulta no es hipotética, académica ni prematura, y por ello debe admitirse.

Tras concluir que el Tribunal Supremo es competente para analizar la cuestión planteada, se fija el objeto de la consulta y de su decisión: determinar: “whether legislation providing for a referendum on Scottish independence would relate to a reserved matter”(apartado 56). Esto es, determinar si la legislación para organizar y convocar un referéndum sobre la independencia de Escocia forma o no parte de las materias reservadas, aquellas sobre las que no tiene competencia el Parlamento escocés. Añadiéndose que esta cuestión debe analizarse teniendo en cuenta los efectos de la propuesta atendiendo a todas las circunstancias, es decir, los efectos en sentido amplio y no sólo los directamente legales. Precisión que como veremos posee una especial importancia para la resolución del caso.

El representante del Reino Unido sostiene que el referéndum forma parte de las materias reservadas en base a los siguientes argumentos. Se trata de un asunto que afecta al Reino Unido en su conjunto en tanto afecta a su integridad. Por otro lado, afecta de modo directo a la materia reservada y, por último, el objetivo final del

referéndum es lograr la independencia respecto del Reino Unido. A ello se añade una última consideración de singular relevancia: a pesar de que el referéndum propuesto es consultivo y que por tanto no tendrá un efecto legal directo, su efecto práctico será políticamente significativo, y supondrá una presión política sobre el Gobierno y el Parlamento del Reino Unido, pues será difícil ignorar una decisiva expresión de la opinión pública manifestada con ocasión del referéndum. Se afirma que un voto favorable a la independencia se utilizará para construir un “momentum” que permita poner fin a la unión del Reino Unido, ya que el proyecto de ley se ha redactado con esta finalidad.

Por todo ello, el proyecto de ley afecta a la Unión del Reino Unido y a la soberanía de su Parlamento, pues un resultado favorable a la independencia le impediría seguir legislando sobre Escocia.

El Lord Advocate, que actúa en defensa de los intereses del Gobierno de Escocia, sostiene, por el contrario, que la celebración del referéndum no forma parte de las materias reservadas. Su argumento central es que se trata de un referéndum consultivo, por lo que su resultado no implica directamente sacar de las manos del Parlamento de Westminster la cuestión sobre la unidad del Reino Unido. En este mismo sentido se afirma que al ser el referéndum consultivo no existe una relación directa y estrecha con las materias reservadas al Parlamento del Reino Unido, debiendo también considerarse que la finalidad del referéndum es conocer la opinión del pueblo de Escocia, no imponer la separación. Se añade que no puede especularse con los posibles efectos del referéndum, y no se puede tratar de adivinar cuál sería la respuesta del Parlamento inglés. Por tanto, se concluye que un referéndum consultivo no afecta directamente a la unidad del Reino Unido ni al Parlamento del Reino Unido, y por ello no forma parte de las materias reservadas.

Expuestos los argumentos de las partes enfrentadas, el Tribunal funda su decisión en los argumentos que expone en los apartados 70 a 83 de la sentencia, recordando que la cuestión que debe resolver es si un referéndum consultivo sobre la independencia de Escocia forma o no parte de las materias reservadas, materias que no son competencia de Escocia, según lo establecido en la sección 29 de la Scotland Act.

El Tribunal rechaza los argumentos del Lord Advocate. Afirma que los efectos de la celebración de un referéndum no deben analizarse únicamente desde la estricta perspectiva legal, en el sentido de concluir que al ser consultivo no tendrá efectos legales directos. Por el contrario, deben analizarse los efectos del referéndum desde todas las perspectivas posibles, teniendo en cuenta también las consecuencias prácticas el mismo. Añade que la norma que se pretende aprobar no debe modificar la ley relativa a las materias reservadas, la Scotland Act, para concluir que se trata de una materia reservada.

A continuación, establece el test que debe aplicarse en el análisis de la norma que trata de establecer el referéndum. Test que reduce a dos preguntas: a. ¿Cuál es la finalidad que se persigue al establecer un listado de materias reservadas?; b. Teniendo en cuenta el caso concreto, y atendiendo a los efectos del proyecto de ley en sentido amplio ¿la regulación de un referéndum forma parte de las materias reservadas?

Para dar respuesta a las preguntas la sentencia se centra en el hecho de estar ante un referéndum consultivo. Como hemos señalado el Lord Advocate puso especial énfasis en sus alegaciones en este dato, para sostener que al ser un referéndum meramente consultivo no había afectación recta a la Unión del Reino Unido ni a la soberanía del Parlamento.

La sentencia, en su apartado 78, afirma que aún siendo un referéndum consultivo no se trata de una mera consulta pública o encuesta sobre la opinión pública. El referéndum supone llevar a cabo un proceso democrático de conformidad con la ley para obtener el punto de vista del electorado sobre una concreta cuestión de relevancia política en un concreto momento. Su importancia queda acreditada por su carácter oficial y formal. Se requiere una norma que regule todas las cuestiones relevantes para que pueda llevarse a cabo y que permita el recurso a fondos públicos para su celebración. La existencia de una norma que establezca la autoridad competente para llevarlo a cabo y la exigencia de un procedimiento formal establecido normativamente, dan una especial legitimidad al resultado.

Este marco legal del referéndum se añade, es relevante ya que un referéndum legal es una actividad de especial importancia en el ámbito de la política, aunque no tenga consecuencias legales inmediatas.

En este mismo sentido se afirma que un resultado claro, cualquiera que fuera el resultado, tendría una especial autoridad en un sistema constitucional basado en la democracia, en la expresión democrática del electorado escocés. De esta forma reforzaría o debilitaría la legitimidad democrática de la Unión. Por tanto, este referéndum tiene importantes consecuencias sobre la Unión del Reino Unido y su Parlamento.

Por ello, a la pregunta de si el referéndum que se propone celebrar afecta de modo directo a las materias reservadas relativas a la unión del Reino Unido y a la soberanía de su Parlamento, para el Tribunal la respuesta no ofrece dudas, y concluye que el referéndum propuesto si forma parte de las materias reservadas, pues es un evento político con consecuencias políticas directas sobre la unión del Reino Unido y la soberanía de su Parlamento.

Por último, en los apartados 84 a 91, el Tribunal entra a valorar los argumentos del SNP a favor de la competencia del Parlamento de Escocia para organizar el

referéndum, argumentos basados en el derecho de autodeterminación en el derecho internacional y el principio de legalidad en el ordenamiento interno.

El Tribunal rechaza los argumentos del SNP y admite los argumentos de contrario del Abogado General, según los cuales el principio de autodeterminación del derecho internacional no es aplicable en el Reino Unido. Para ello se remite a la sentencia de la Corte Suprema del Canadá sobre la secesión el Quebec, de la que cita el apartado en el que dijo que el derecho internacional sobre la autodeterminación sólo es aplicable, en su caso, como un derecho a ejercer por las antiguas colonias, en las que el pueblo está oprimido, por ejemplo, en virtud de una ocupación extranjera, o donde se prohíba a un colectivo acceder al gobierno o defender sus ideales. Estas circunstancias, se añadió, son manifiestamente inaplicables en el caso de Quebec, y para el Tribunal de Londres, se puede decir lo mismo.

El Tribunal también rechaza el argumento del SNP según el cual el derecho de autodeterminación debería llevar a una interpretación más estricta del alcance de las materias reservadas, para permitir una mayor autonomía del Parlamento escocés. Para el Tribunal la Scotland Act establece una correcta distribución de competencias entre el Parlamento del Reino Unido y el de Escocia, y no procede llevar a cabo interpretaciones con el fin de ampliar o limitar la devolución de poderes que llevó a cabo la Scotland Act. Por estas mismas razones, añade, en modo alguno la distribución de poderes contenida en la Scotland Act vulnera el principio de legalidad.

Las conclusiones, apartado 92, son concisas. El referéndum propuesto en el que quiere preguntar si Escocia debe ser un país (country) independiente, forma parte de las materias reservadas. En particular, forma parte de lo relativo a la Unión de los Reinos de Inglaterra y Escocia, y del Parlamento del Reino Unido.

V. ¿Qué hacer tras la sentencia?

La decisión el Tribunal Supremo ha sentado cuatro ideas básicas, algunas de las cuales ya se habían apuntado antes de la celebración del referéndum de 2014. Primera, la celebración de un referéndum sobre la independencia de Escocia forma parte de las materias reservadas y por tanto no es competencia el Parlamento escocés. Segunda, un referéndum consultivo tiene una incidencia política determinante sobre la Unión del Reino Unido, por lo que también forma parte de las materias reservadas. Tercera, la única posibilidad de celebrar un referéndum sobre la independencia de Escocia es en virtud de una reforma pactada de la Scotland Act, que excluya al referéndum de las materias reservadas, como se hizo en el caso del referéndum de 2014. Cuarta. El derecho internacional no contempla el derecho de autodeterminación del pueblo escocés, por lo que no ampara el derecho del Parlamento escocés a organizar un referéndum ni obliga a interpretar la Scotland Act en sentido favorable a la competencia del Parlamento escocés.

La sentencia ha supuesto, por tanto, un duro golpe para el independentismo escocés y para la estrategia de su líder, Sturgeon, que había anunciado que se convocaría un nuevo referéndum en el 2023. Su estrategia de proponer un referéndum consultivo, con el fin de sacar esta convocatoria de las materias reservadas, ha sido rechazada de plano. La negativa de los líderes conservadores, Johnson, Truss y Sunak, ha acordar un referéndum ha quedado amparada por el Tribunal. Para estos líderes la situación de crisis en la economía, sanidad, educación y otras funciones propias del Estado no permiten celebrar un referéndum cuando la pandemia sigue provocando dificultades y la guerra de Ucrania afecta a la economía mundial. Por otra parte, dicen que un referéndum de esta naturaleza, en su caso, debe celebrarse una vez por generación.

La afirmación que se contiene en la sentencia de que el referéndum es una expresión democrática del electorado, con especial relevancia en un sistema constitucional basado en la democracia, legítima no obstante a Sturgeon a seguir reivindicando su celebración. Pero ya no podrá olvidar lo que claramente dice la sentencia: la convocatoria del referéndum es competencia del Parlamento del Reino Unido y, por tanto, sólo con un acuerdo que permita dar cobertura en una ley del Parlamento del Reino Unido podrá llevarse a cabo un nuevo referéndum.

El SNP se enfrenta ahora a su división interna sobre la estrategia a seguir, gradualismo y paciencia, o radicalidad y unilateralidad. Sturgeon mantiene las riendas, y afirma que “debemos encontrar y encontraremos otro medio democrático, legal y constitucional por el que el pueblo escocés pueda expresar su voluntad. En mi opinión eso sólo puede ser una votación”. De este modo apela a convertir las próximas elecciones en un plebiscito a favor de la independencia. Apuesta de nuevo arriesgada. El plebiscito requiere para ganarse obtener una amplia mayoría, más del 50% de los votos del censo electoral, lo que es difícil que pueda alcanzarse. Y si se gana, habría que ver como se fuerza la resistencia del gobierno de Londres. Y si se pierde, el independentismo quedará frenado por unos cuantos años. Veremos como se desarrollan los acontecimientos.

Observatorio de Derecho Público - IDP Barcelona 

@idpbarcelona 

IDP Barcelona 

@idpbarcelona 

Observatorio de Derecho Público - IDP Barcelona

Avda. Diagonal, 684

Edificio Ilerdense Despacho 103-104

idp@ub.edu

08034 Barcelona Tel. (+34) 93 403 45 35

IDP OBSERVATORIO
DE DERECHO PÚBLICO