

# La incidencia democrática de la nebulosa obligación de claridad del *Dictamen relativo a la secesión del Quebec*<sup>\*</sup>

## Democratic Impact of the vague Obligation of Clarity in the *Reference re Secession of Quebec*

François Rocher  
 Universidad de Ottawa  
[francois.rocher@uottawa.ca](mailto:francois.rocher@uottawa.ca)

Recibido / received: 21/06/2017  
 Aceptado / accepted: 12/08/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3804>

### Resumen

El artículo analiza los efectos que el Dictamen del Tribunal supremo de Canadá relativo a la secesión del Quebec genera desde una perspectiva democrática. Para ello se centra en dos aspectos. El primero propone una reflexión sobre los fundamentos del Estado de Derecho; sobre el alcance del constitucionalismo así como sobre las exigencias asociadas al imperio de la ley y a la comprensión del margen de discrecionalidad atribuido a los actores políticos. El segundo pone en evidencia la definición estrecha de la democracia constitucional propuesta por el Tribunal así como sus múltiples zonas de sombra.

### Palabras clave

Secesión, derecho de secesión, Imperio de la ley, *Rule of Law*, obligación de negociar, claridad.

### Abstract

*This article analyses the impact generated by the Reference re Secession of Quebec from a democratic perspective. Following that objective, it focuses on two aspects. The first one proposes a reflexion on the foundations of the Rule of Law, the range of constitutionalism as well as the requests associated to the supremacy of the law and to the understanding of the*

---

\* La versión francesa de este texto ha sido presentada para su publicación en Patrick Taillon (sous la direction de), *La démocratie référendaire dans les États plurinationaux*, Presses de l'Université Laval, Quebec (en prensa).  
 Traducción de José María Sauca.

*margin of discretion conferred to political agents. The second one shows up the narrow definition of constitutional democracy proposed by the Court as well as its large grey areas.*

### **Keywords**

*Secession, Right to secession, Supremacy of the law, Rule of Law, obligation to negotiate, clarity.*

**SUMARIO.** 1. Introducción. 2. Derecho y política, política y Derecho. 2.1. De la dimensión política de los fenómenos jurídicos a la dimensión jurídica de los fenómenos políticos. 2.2. La definición restringida del principio del imperio de la ley. 2.3. Del poder discrecional y del uso arbitrario del poder. 3. Sobre el lado claro-oscuro del Dictamen. 3.1. Una democracia constitucional que enmarca la voluntad popular. 3.2. Una cuestión clara: primera oscuridad. 3.3. Una mayoría clara: segunda oscuridad. 3.4. Los «actores políticos» y las «dos mayorías legítimas»: tercera oscuridad. 3.5. El objeto de las negociaciones: cuarta oscuridad. 4. Conclusión.

Si no podemos ver claro,  
al menos veamos mejor las oscuridades.  
Sigmund Freud, *Inhibición, síntoma y angustia* (1926)

## **1. Introducción**

El 20 de agosto de 1998, bajo un cielo encapotado, el Tribunal Supremo de Canadá (en adelante, el Tribunal) publicaba su Declaración relativa a la Secesión del Quebec<sup>1</sup>. A las 18 horas, llovía sobre la capital federal. Del lado de los portavoces federales se cantaba victoria ya que el cielo político venía a conocer una claridad esperada desde hacía dos años. El Tribunal establecía que el Gobierno del Quebec no podía declarar la secesión unilateralmente. A las 20.01 horas se imponía el crepúsculo. El Dictamen daba origen, en virtud de los principios del federalismo y de la democracia, a una «obligación recíproca para todas las partes que forman la Confederación de negociar las modificaciones constitucionales dirigidas a satisfacer al deseo expresado, una obligación de negociar un cambio del orden constitucional canadiense»<sup>2</sup>. El Tribunal transformaba una obligación política en una obligación jurídica (Monahan, 2012, p. 68; Taillon y Deschénes, 2012). El 21 de agosto, el cielo iba a seguir estando parcialmente nublado.

<sup>1</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

<sup>2</sup> *Id.*, p. 88.

Más allá de las respuestas dadas a las cuestiones sometidas por el Gobierno del Canadá, el Tribunal ha contextualizado su decisión y ha formulado consideraciones suplementarias de profundas consecuencias políticas y jurídicas. Destacamos tres. En primer lugar, ha señalado que un proyecto de secesión –o de modificación del orden constitucional canadiense- era legítimo si éste era fruto de la voluntad popular expresada en el marco de un referéndum sin ambigüedades relativo tanto a la cuestión planteada como a los resultados obtenidos de dicha consulta referendaria. Asimismo, por coherencia, el Tribunal añadía que la legitimidad democrática del proyecto secesionista imponía, en contraparte, una obligación constitucional de negociar por parte de Canadá. Finalmente, aspecto muy infrecuentemente subrayado por los comentaristas del Dictamen, el Tribunal no tenía intención de pronunciarse más sobre estas cuestiones y remitía a los actores políticos la responsabilidad de juzgar si las ambigüedades habían sido resueltas en función de su apreciación de las circunstancias.

El Tribunal fundamenta su resolución sobre la articulación de cuatro principios constitucionales subyacentes (el federal, el democrático, el constitucional y del Estado de Derecho y el de respeto a los derechos de las minorías) que funcionan en simbiosis. Precisa que «ninguno de estos principios puede ser definido en abstracción de los otros y ninguno de estos principios puede impedir o excluir la aplicación de ninguno de los demás»<sup>3</sup>. Esta resolución está fundada sobre consideraciones jurídicas relativas a la naturaleza de la Constitución y sobre las modalidades de su interpretación invocando especialmente el estado de Derecho. Pero entra de lleno en la esfera política cuando señala a los actores las condiciones de ejercicio de su autoridad y los límites de su margen de maniobra en función de principios que desbordan ampliamente la esfera jurídica.

¿Cuál es la significación política y jurídica de la redefinición de la democracia constitucional preconizada en el Dictamen? Ella plantea los asuntos fundamentales que suponen la forma en que la Constitución debe ser comprendida e interpretada. Recuerda el papel preeminente del Derecho en la consolidación de las relaciones de fuerza que promueven el orden establecido. Descansa sobre una aceptación particular y limitada de la noción de «imperio de la ley» y del modo de funcionar de la democracia constitucional canadiense que clava profundamente sus raíces en una tradición que remonta al siglo XIX. Pone por delante la necesidad de que los actores políticos que deseen modificar el orden constitucional sigan un proceso democrático que no deje lugar a ambigüedad alguna. En su tentativa de resolver la cuadratura del círculo, el Tribunal intenta mostrar como el principio del imperio de la ley (*Rule of Law*) puede desplegarse en una democracia constitucional en la que algunos actores políticos pueden, a pesar de ello, escapar a los límites impuestos por esta misma regla. Más precisamente, avanzamos el argumento según el cual el imperativo de claridad comporta importantes zonas de sombra, permitiendo a los actores políticos tomar decisiones arbitrarias y no razonables motivadas exclusivamente en función de los resultados buscados. En este sentido, el razonamiento pone en entredicho uno de los principios subyacentes que inspiran al conjunto de la Constitución canadiense, a saber: el imperio de la ley. Esto es lo que intentaremos demostrar.

Este artículo consta de dos partes. La primera propone una reflexión sobre los fundamentos del Estado de Derecho; sobre el alcance del constitucionalismo así como sobre las exigencias asociadas al imperio de la ley y a la comprensión del margen de discrecionalidad atribuido a los actores políticos. La segunda parte pone en evidencia la definición estrecha de la democracia constitucional propuesta por el

<sup>3</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., par. 49.

Tribunal así como sus múltiples zonas de sombra – por no decir de ambigüedad o de oscuridad- creadas por el Dictamen. La resolución de la cuadratura del círculo impuesta por la exigencia de imponer los principios jurídicos a las necesidades políticas pasa por una solución que deje a los actores políticos la oportunidad de definir arbitrariamente las condiciones de aceptabilidad de toda veleidad de modificación del orden constitucional canadiense.

## 2. Derecho y política, política y Derecho

El proyecto secesionista defendido por los soberanistas quebequenses amenaza el orden constitucional canadiense. Marca una ruptura en relación con el orden establecido y quebranta las bases del régimen político. El Gobierno federal, heredero y garante de este régimen, tenía el deber de recordar el hecho de que Canadá es un «Estado de Derecho» y que todos sus componentes debían operar en el seno del marco jurídico existente.

La estrecha victoria del «no» en el referéndum de 1995 produce un estado de *shock* en Canadá que estuvo a punto de asistir al desmembramiento del país<sup>4</sup>. Los federalistas liberales son señalados con el dedo por su debilidad estratégica. Los líderes de la comunidad anglófona del Quebec, sobre todo concentrada en Montreal, presionan al Gobierno federal para que les proporcione garantías de que no serán dejados a su suerte si un nuevo referéndum tuviese lugar y ganase el «sí». Otros se pronuncian en favor de la partición del Quebec, incluyendo la mitad de la isla de Montreal, reconociendo la soberanía, tal y como hacen los autóctonos (Inuits y Primeras Naciones) en la parte septentrional del Quebec. Algunos grupos se benefician de su «victoria» y se movilizan para reducir la extensión de la legislación lingüística que prohibía completamente la publicidad comercial en otra lengua diferente al francés (Young, 1999, pp. 73–76). En el resto de Canadá, los observadores remarcan que la victoria de los federalistas quebequenses no debía nunca traducirse en una apertura de negociaciones constitucionales que favorecieran al Quebec<sup>5</sup>. Varias voces se elevaron para exigir una regulación jurídica más estrecha en relación con la celebración de otro referéndum y las condiciones de acceso a la soberanía. Son reclamadas nuevas reglas, especialmente en relación con los aspectos siguientes: la necesidad de obtener el apoyo mayoritario de las naciones autóctonas a la secesión antes de autorizarla; la delimitación de las fronteras; la validez de la pregunta; la determinación de una mayoría cualificada (excluyendo el voto del 50% más un voto) (Monahan, Bryant y Coté, 1999, p. 244). En suma, para la mayoría de los canadienses, las reglas que gobernasen la secesión del Quebec no debían en lo sucesivo ser establecidas exclusivamente por los quebequenses.

El Gobierno federal habría podido contentarse con precisar las reglas que tenía intención de seguir ante la celebración de otro referéndum. Sin embargo, a la

<sup>4</sup> A pesar de que los sondeos realizados durante la campaña del referéndum daban a entender una victoria del Sí (53%), los quebequenses se pronunciaron, por una estrecha mayoría (1,16%), en favor del No que consiguió el 50,58 %. La tasa de participación fue muy elevada: 93,52% (Directeur Général des Élections du Québec, 2000, pp. 37-42). Ver también Rocher (2014).

<sup>5</sup> G. Feaver, politólogo de la Columbia Británica, observa que «la perspectiva actual en el Canadá inglés es que, en su incesante regateo con Ottawa desde los años sesenta, el Quebec ha ganado ya todo el control que necesita sobre sus asuntos internos. Ahora bien, mientras que una más amplia restitución de poder por el gobierno federal podría ser deseable en principio, ello debería ser una restitución aplicable igualmente a todas las diez provincias y no sólo al Quebec» (Feaver, 1995, pp. 45-46).

luz de las críticas formuladas al punto de vista estratégico de esperar acontecimientos adoptado durante la consulta popular de 1995, al déficit de legitimidad y a la pérdida de confianza en la clase política federal, se decidió a invitar al Tribunal a validar su interpretación de la Constitución solicitándole que dictase, en el marco de un Dictamen, una respuesta a la siguiente pregunta: «¿La Asamblea nacional, el parlamento, o el Gobierno del Quebec puede, en virtud de la Constitución de Canadá, proceder unilateralmente a la secesión del Quebec de Canadá?»<sup>6</sup> Así, el legislador ha pretendido obtener, a través del apoyo del Tribunal y de la normatividad jurídica de la que es garante, el indispensable soporte ideológico que asegure su propia legitimidad y ganar un apoyo práctico a su acción (Lajoie, 1997, p. 176-177).

## 2.1. De la dimensión política de los fenómenos jurídicos a la dimensión jurídica de los fenómenos políticos

El Dictamen se inscribe en esta lógica de preservación. La invocación del Estado de Derecho apela a un conjunto de principios tendentes a asegurar la permanencia de valores que fundan el orden social y político (Commaille, 2003, pp. 477-479). Mediante ello, lo jurídico confiere una dignidad a la política deviniendo un elemento constitutivo que nadie ignoraría. En una democracia liberal, el control de los asuntos políticos por el Derecho les confiere una lógica y una retórica teatralizada y codificada. Este «gran juego» es gestionado por los actores –los jueces– que algunos presumen neutros, imparciales, ponderados, prudentes e independientes. El enfrentamiento se desenvuelve en un espacio regulado por las reglas de juego del Derecho y queda en manos de los juristas que se presentan ante los litigantes para debatir sobre un conflicto eminentemente político, ocupando el lugar y posición de los actores políticos. Como remarcaba, con gran tino, el sociólogo Pierre Bourdieu, «ante los litigantes se erige un poder trascendente, irreductible al enfrentamiento de visiones del mundo particulares que no es otro que la estructura y funcionamiento de la especie socialmente instituida de este enfrentamiento» (Bourdieu, 1986, pp. 10). Así, el Derecho, una vez enunciado y fallado, se impone como un argumento de autoridad en el debate político, su valor no podría ser contestado y las normas y principios que dicta permiten apreciar las virtudes de la organización política» (Commaille, 2003).

Los conflictos que afectan a los fundamentos del régimen político y que amenazan el orden y la estabilidad de este último interpelan directamente a la Constitución. Los recursos al constitucionalismo responden a la misma lógica que la que justifica la preservación del Estado de Derecho. En este contexto, no hay nada de sorprendente en que el Tribunal enuncie simple y tautológicamente que «el

<sup>6</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., p. 2. El procurador general del Canadá también planteó otras dos preguntas al Tribunal: «¿La Asamblea nacional, el parlamento, o el Gobierno del Quebec posee, en virtud del Derecho internacional, el derecho de proceder unilateralmente a la secesión del Quebec de Canadá? En este sentido, en virtud del Derecho internacional, ¿Existe un derecho a la autodeterminación que atribuiría a la Asamblea Nacional, el parlamento, o al Gobierno del Quebec el derecho de proceder unilateralmente a la secesión del Quebec de Canadá? 3. ¿En caso de conflicto entre el Derecho interno y el Derecho internacional cuál tendría prelación entre ellos en Canadá en relación con el derecho de la Asamblea nacional, el parlamento, o el Gobierno del Quebec de proceder unilateralmente a la secesión del Quebec de Canadá?». Para Stéphane Dion, entonces ministro de Asuntos Intergubernamentales, dos razones explican por qué el Gobierno de Canadá se dirigió al Tribunal supremo después del referéndum de 1995: «La primera razón era que el gobierno independentista del Quebec pretendía tener el derecho de separarse unilateralmente. La segunda era que tras el referéndum de 1980, al igual que el de 1995, el Gobierno de Quebec había planteado una pregunta confusa, concebida para inflar artificialmente el apoyo al sí» (Dion, 2012, pp. 387, 295).

principio del constitucionalismo exige que los actos de gobierno sean conformes a la Constitución»<sup>7</sup>. Asimismo, recuerda que la política no puede escapársele y que la Constitución representa un recurso ineludible de los actores que pretenden debatir los asuntos que ligan a los miembros de la comunidad política subsumidos en el seno del Estado de Derecho.

Ahora bien, una constitución no puede ser un documento etéreo, abstracto y ahistórico. Organiza y limita el poder del Estado (Beaud, 2003, pp. 257 y 258; Chevallier, 1993, pp. 251-258; Le Divellec, 2010, p. 1). Más aún, ella delimita la manera en que la autoridad pública debe ser ejercida, identifica los miembros del cuerpo político, establece las instituciones y su modo de funcionamiento. Por añadidura, fija las normas adecuadas de la sociedad que regula así como las condiciones del debate legítimo. Como subrayaba Chris Thornhill, «las normas de una constitución son siempre *normas sociales* y ellas permiten a una sociedad que funcional y reflexivamente se ajuste a su proceso de diferenciación subyacente» (Thornhill, 2010, p. 52)<sup>8</sup>. En este sentido, las normas jurídicas son un «producto político» y traducen las relaciones de fuerza que provienen de los propios actores. Es lo que Jacques Chevallier calificaba de *dimensión política de los fenómenos jurídicos* (Chevallier, 1993, pp. 258 y 259). Sin embargo, estas mismas normas terminan por devenir autónomas por la fuerza «sacralizante» del Derecho y del orden que establecen y se esfuerzan en proteger. Esto nos lleva a hablar aquí de la *dimensión jurídica de los fenómenos políticos*. El rizo es así rizado y los jueces no se privan de recordarlo.

Las incesantes referencias a las normas jurídicas contribuyen a reforzarlas, a cosificarlas y les otorga un estatus de objetividad. El Derecho es así investido de una fuerza apremiante y los comportamientos políticos se someten voluntariamente. Todo rechazo o toda contestación de este orden jurídico serán considerados como un desafío al Estado de Derecho, a la primacía de este último, esto es, contra la propia constitución. En suma, la constitución no sólo sirve para describir el sistema de gobierno sino que vehicula una concepción normativa. Aunque adopte un lenguaje jurídico, la constitución presupone una percepción idealizada de las relaciones entre los individuos, los grupos, las colectividades y el Estado. Es así que la constitución puede ser percibida como una «metanorma» que organiza a las otras normas, sean éstas explícitas o implícitas. En este sentido, Olivier Beaud recuerda los dos sentidos posibles de la constitución normativa:

De una parte, la acepción *material* que es definida por el contenido de las normas que la conforman y en este caso, dice, las normas de la Constitución rigen la organización de los poderes públicos y/o protegen las libertades públicas [...] De otra parte, la Constitución en *sentido formal* permite aislar las normas como constitucionales en la medida en que sean dictadas o modificadas siguiendo un procedimiento determinado (Beaud, 2003, pp. 257 y 258).

Identificar y delimitar las normas constitucionales es lo que el Dictamen se esfuerza por realizar al enumerar los cuatro principios constitucionales subyacentes que, hasta 1998, estaban bien presentes y activos pero permanecían ocultos en la cultura político-jurídica canadiense: «Detrás del documento translucían los arraigados orígenes históricos que ayudan a comprender los principios constitucionales subyacentes. Estos principios inspiran y nutren el texto de la Constitución; ellos son las premisas implícitas»<sup>9</sup>. En este sentido, la Constitución conforma un conjunto de normas jurídicas pero también un marco de sentido del

<sup>7</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., nota pár. 72.

<sup>8</sup> NT: El autor cita el texto por su original en inglés, siguiendo el mismo criterio a lo largo del trabajo salvo que se señale lo contrario. En la traducción se ha optado por traducir también al español estas referencias.

<sup>9</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., pár. 49.

cual es posible extraer un margen de maniobra derivado de los principios que se ocupa de hacer resurgir en el caso y que no se basan en ninguna norma escrita.

Este salto mortal no se hace sin red. Los jueces son actores racionales conscientes de los riesgos a los que se exponen. En nombre de la preservación de su independencia, los tribunales redactan sus sentencias y sus dictámenes de manera que mantengan distancia con los *desiderata* de la clase política. Asimismo, son sensibles al clima social y a la coyuntura que determina la recepción de sus juicios (Radmilovic, 2010, pp. 846 y 847; Lajoie, 1997, p. 47). Como sostiene Andrée Lajoie:

La legitimidad de los jueces se debe menos al temor de los justiciables a los medios represivos de los que dispone el Estado, o incluso a la racionalidad y a la sabiduría probadas en las decisiones judiciales, que a la seguridad de que los jueces comparten sus valores o, al menos, quieren integrarlos en el Derecho (1997, p. 194).

En otros términos, los jueces deben asegurar que sus conclusiones o sus juicios contribuyen a mantener el prestigio del Tribunal al hacer aceptable el resultado de sus deliberaciones para la perpetuación del orden político-jurídico (McFalls, 2005, pp. 49-50 y 59-60)<sup>10</sup>. Es lo que Max Weber calificaba de *dominación legítima*, legítima porque

se obedece no a la persona en virtud de un derecho que le es propio, sino a la *norma* codificada que precisa a quién se le debe obedecer y en qué límites se le debe obedecer. En el momento en que emite una orden, aquel que dicta las órdenes obedece también a una regla: a la «ley» o al «reglamento», a una norma *formalmente* abstracta (Weber, [1922] 2014, pp. 291 y 292)<sup>11</sup>.

De esta manera, la sola legalidad no es, en sí misma, suficiente y debe conformarse a un conjunto de principios, de ideas o de valores que conformen una justificación moral de la ley o del reglamento. Es sobre esta base que se apoya en el consentimiento, fundamento de la legitimidad (Nevitte y Kani, 2002; Gilley, 2006, pp. 502 y 503).

En suma, el Dictamen debe reiterar el hecho de que Canadá es un Estado de Derecho y que, en virtud de ello, es imperativo respetar el principio conjunto del constitucionalismo y del imperio de la ley. La democracia constitucional canadiense, sobre la que volveremos más tarde, no se puede desplegar fuera del Derecho y de las instituciones que reconoce:

El asentimiento de los gobernados es un valor fundamental en nuestra concepción de una sociedad libre y democrática. Sin embargo, la democracia en el verdadero sentido del término no puede existir sin el principio del imperio de la ley. Es la ley quien crea el cuadro en el que la «voluntad soberana» debe ser determinada y puesta en funcionamiento. De últimas, las instituciones democráticas para ser legítimas deben descansar sobre bases jurídicas. Esto significa que deben posibilitar la participación del pueblo y la responsabilidad ante el pueblo por la intermediación de las instituciones públicas creadas en virtud de la Constitución. Sin embargo, es igualmente cierto que un sistema de gobierno no puede subsistir por el solo respeto del Derecho. Un sistema político debe tener también una legitimidad lo que exige, en nuestra cultura política, una interacción del imperio de la ley y del principio democrático.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> La legitimidad es un concepto escurridizo. Remite a la opinión pública y a un grado de aceptabilidad y de adhesión a un orden político, de sus elites o de políticas públicas particulares. McFalls pone en evidencia el razonamiento circular que lo anima: «Un orden tiene el derecho de existir porque es legítimo y es legítimo porque existe» (p. 49).

<sup>11</sup> Ver también Kauffmann (2014) y Simard (2005).

<sup>12</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., p. 67.

Sin embargo, cuando que el Tribunal hace referencia a «nuestra cultura política» y a su relación con el principio del imperio de la ley, lo hace en función de una lectura particular de este último principio. Así, es relevante descifrar el sentido.

## 2.2. La definición restringida del principio del imperio de la ley

En su formulación más elemental, el principio del imperio de la ley reenvía a una forma de gobierno en cuyo seno ningún poder puede ser ejercido sin recurrir a los procedimientos, los principios y las obligaciones establecidas por la ley. Los ciudadanos pueden interponer recursos contra cualquiera sin tener en cuenta su estatus e incluso contra los detentadores del poder político. Por ello, no es suficiente establecer una ley, es necesario también que los ciudadanos puedan asegurarse que será aplicada uniformemente y sin discriminación (Scruton, 2007, p. 611).

Esta forma de concebir este principio está profundamente influida por los escritos de Albert Dicey, jurista y académico inglés del siglo XIX que definía el *Rule of Law* en función de tres componentes: la supremacía de la ley por oposición a la influencia del poder arbitrario (que se manifiesta por la prerrogativa o por los amplios poderes discrecionales), la igualdad ante la ley y, finalmente, los principios generales (por ejemplo, la libertad individual o la libertad de asociación) que se derivan más de un conjunto de decisiones de los tribunales tomados a lo largo del tiempo que de reglas generales inscritas en una ley fundamental<sup>13</sup>.

Esta definición se amplía de tal forma que la noción de imperio de la ley corresponde, para algunos, al hecho de que la ley debe ser accesible, inteligible, previsible, no arbitraria, justa, de aplicación uniforme, debe proteger los derechos de la persona, resolver los conflictos sin costes prohibitivos y ser puesta en práctica en plazos razonables. Además, el poder judicial debe ejercerse de forma independiente de los poderes ejecutivo o legislativo y los jueces deben fundar sus decisiones únicamente sobre su interpretación de los hechos en función de su regulación jurídica (Stein, 2009, pp. 300 y 302; Kleinfeld Belton, 2005, p. 16).

En cualquier caso, parece haber un debate de los juristas entre aquellos que conciben el *Rule of Law* como un medio y ponen el acento sobre la presencia de un marco jurídico obligatorio para todos, a saber, un sistema de derechos y aquellos que insisten en los fines perseguidos por el imperio de la ley, especialmente la protección de los individuos (Botero y Ponce, 2010, p. 4 y 5; Tamanaha, 2012, pp. 233 y 234). Para los primeros, la sola existencia de un cuadro jurídico basta y está dissociada de la manera en que es aplicada<sup>14</sup>. Para los segundos, se trata sobre todo

<sup>13</sup> La cita exacta es la siguiente: «ello significa, en primer lugar, la supremacía absoluta o el predominio de la ley ordinaria como opuesta a la influencia del poder arbitrario y excluye la existencia de la arbitrariedad, de la prerrogativa o, incluso, de una autoridad ampliamente discrecional por parte del gobierno [...]. Ello significa, de nuevo, igualdad ante la ley o igual sometimiento de todas las clases a la ley ordinaria del lugar administrada por los tribunales ordinarios [...]. El "rule of law", finalmente, puede ser usado como fórmula para expresar el hecho de con nosotros el Derecho de la constitución no es fuente sino consecuencia de los derechos de los individuos tal y como son definidos y aplicados por los tribunales; en breve, los principios del Derecho privado han sido acompañados por la acción de los tribunales y del parlamento hasta el punto de determinar la posición de la Corona y de sus funcionarios; de este modo la constitución es el resultado de la ley ordinaria del lugar» (Dicey, 1893, pp. 191–193). Ver también Allan (1986, pp. 112 y 113), Lajoie (2000, pp. 33 y 34) y Zoller (2003, pp. 1379-1380).

<sup>14</sup> Por ejemplo, para Tamanaha: «El *Rule of Law* es una idea que se refiere a la *legalidad*. La democracia es un *sistema de gobierno*. Los derechos humanos son *normas y estándares universales* o, al menos, normas que reclaman aplicación universal. Dado que cada una de esas nociones tiene un significado que es adecuadamente comprendido, desde mi punto de vista, el insistir que las dos últimas son parte de la definición del *rule of law* da lugar a confusión. Cada una debe ser entendida y razonada en sus propios

de tomar en consideración aquello que permite el respeto del imperio de la ley, esto es, obviamente la preservación de la ley pero también el mantenimiento de la seguridad pública, la protección de las libertades individuales y el acceso equitativo a la justicia.

No es menos cierto que la referencia al principio del imperio de la ley constituye un *deus ex machina* que los tribunales invocan, como un sortilegio, para reiterar la importancia del constitucionalismo como forma de gobierno, colocándose entre aquellos que consideran este principio únicamente bajo el punto de vista de los medios (Allan, 1986, pp. 114 y 115). Este principio es central en virtud de las funciones que cumple. El Tribunal subraya especialmente el hecho de que transmite un sentido de orden, impone el sometimiento a las normas jurídicas conocidas previamente y recuerda la responsabilidad del ejecutivo ante a la autoridad legal. Inscribiéndose en la tradición de Dicey, el Tribunal añade que «el principio del imperio de la ley asegura a los ciudadanos y residentes una sociedad estable, previsible y ordenada donde desarrollar su actividad. Proporciona a las personas una muralla contra la arbitrariedad del Estado»<sup>15</sup>. Por el contrario, es más difícil para el Tribunal desarrollar una doctrina coherente para ir más allá de este simple enunciado e identificar las características propias que tengan relevancia constitucional. La definición que da el Tribunal de los elementos constitutivos del imperio de la ley es reveladora de esta posición:

[...] el Tribunal ha definido los elementos del imperio de la ley. Hemos subrayado, en primer lugar, la supremacía del Derecho sobre los actos del gobierno y de los particulares. En breve, hay una sola ley para todos. En segundo lugar, explicamos [...] que «el imperio de la ley exige la creación y el mantenimiento de un orden efectivo de Derecho positivo que preserve e incorpore el principio más general del orden normativo». [...] Un tercer aspecto del imperio de la ley [...] se refiere a que «el ejercicio de todo poder público debe, en último término, encontrar su fuente en una norma jurídica». En otras palabras, las relaciones entre el Estado y los individuos deben estar regidas por el Derecho. Tomados en conjunto, estos tres aspectos forman un principio de una profunda importancia constitucional y política.<sup>16</sup>

Así, el imperio de la ley corresponde simplemente a la supremacía del Derecho, impone el mantenimiento de las reglas que rigen la organización de los poderes públicos y el ejercicio de estos últimos de conformidad con el Derecho. En suma, el Derecho no reenvía más que a un conjunto de normas positivas y no vehicula ninguna concepción de la justicia más que la procedimental, a saber: el respeto al Derecho. Recurriendo a la lógica, no se puede ser más circular. Esta definición del imperio de la ley que retoma el razonamiento de la teoría positivista empírica, es menos rico que el propuesto por Dicey a fines del siglo XIX ya que se restringe a una parte del primer elemento: la sujeción de todos al *Rule of Law*<sup>17</sup>. Sin embargo, el imperio de la ley requiere también que la naturaleza y los límites de las injerencias de las autoridades públicas sobre los derechos y libertades de los ciudadanos y de las organizaciones/asociaciones de la sociedad civil –así como sobre la capacidad de gestionar las entidades federadas ya que se trata de la constitución de un Estado federal– sean claramente enunciadas previamente, con anterioridad a toda acción tomada contra ellos en nombre del Estado (Allan, 1986, p. 117). El Derecho debe ser conocido y previsible, a falta de lo cual es profundamente contradictorio reclamar el principio del imperio de la legalidad para impedir un acto,

---

términos. Son elementos distintos que se centran en diferentes aspectos del sistema político-legal que puede existir separadamente o en combinación» (2012, p. 234).

<sup>15</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., p. 70.

<sup>16</sup> *Id.*, p. 71.

<sup>17</sup> Luc B. Tremblay subraya que los constitucionalistas canadienses experimentan la dificultad de enunciar con certeza los postulados del *Rule of Law* aunque se adhieren implícitamente a una teoría positivista anglosajona de la ciencia jurídica. La misma afirmación podría aplicarse al Tribunal supremo (1994, pp. 104 y 105). Sobre la noción de imperio de la ley como justicia, consultar Tremblay (1997).

una elección, un comportamiento, una conducta, una decisión o una gestión. En efecto, ¿cómo declarar ilegal o inconstitucional una iniciativa si los límites a la acción no son conocidos previamente? En otros términos, el imperio de la ley deja de ser una muralla a la arbitrariedad estatal o a una ausencia de control. Al hacerlo, resulta posible planificar una acción ya que sus instigadores sabrán con anterioridad que los resultados no serán declarados inaceptables, ilegales o *ultra vires*.

En el párrafo precedente a la sección que describe los tres componentes del *Rule of Law*, Dicey subraya que «siempre que hay discrecionalidad hay espacio para la arbitrariedad y que en una república no menos que bajo una monarquía, la autoridad discrecional por parte del gobierno implica inseguridad para la libertad jurídica de parte de los sometidos al mismo» (1893, p. 191). En esta perspectiva, el poder discrecional es antinómico con el imperio de la ley en el primero de los sentidos que utiliza Dicey (Cartier, 2004, pp. 189 y 190). Ahora bien, hay que admitir que las normas jurídicas no pueden prever todo y que el Derecho no debe ser comprendido como marco de rigidez excesiva (Cartier, 2009, p. 325). El uso arbitrario del poder no podría confundirse con el margen de discrecionalidad del que disponen las autoridades públicas en los límites, indicaciones y controles impuestos por el Derecho. Incluso la aproximación positivista de Dicey acepta que el poder discrecional pueda ejercerse si se cumplen dos condiciones: debe ser objeto de una autorización legislativa formal y su ejercicio debe ser sometido a vigilancia por parte de los tribunales (Cartier, 2004, p. 190). Estos parámetros han dado lugar a una amplia literatura en Derecho administrativo que conduce a los fundamentos de este poder y a las modalidades de su aplicación<sup>18</sup>. El problema se plantea, sin embargo, cuando el poder discrecional no está delegado o transferido a las instancias administrativas sino que debe ser ejercido por los propios actores políticos.

### 2.3. Del poder discrecional y del uso arbitrario del poder

Todas las múltiples definiciones de la noción de poder discrecional presuponen que su ejercicio, aunque limitado por las normas jurídicas, acepta una cierta *libertad de elección* entre cursos de acción diferentes (Cartier, 2009, p. 314). El jurista belga, Michel van de Kerchove, recuerda que esta libertad de elección puede comprenderse en sentido «débil» o «fuerte». En el primer caso, se trata de un poder de apreciación que descansa sobre la necesidad de apelar al buen juicio en cuanto a la apreciación de los hechos, la significación de las normas y su aplicación. En un segundo sentido, que él también califica de «débil», el poder discrecional reside en la capacidad de una autoridad para tomar una decisión como última instancia, esto es, que no sea susceptible de ser objeto de un recurso o que su elección no será puesta en cuestión. Por demás, en su sentido «fuerte», el poder discrecional corresponde al hecho de que la autoridad que toma la decisión no esté sometida a normas preexistentes; se ejerce sin restricción y no está establecida previamente por una norma jurídica (Van de Kerchove, 1986, pp. 77 y 78). Como subraya Bernard Pachteau, «es la que no está controlada, es lo *que queda cuando todo ha sido controlado*» (Pachteau, 2003, p. 374)<sup>19</sup>. En esta segunda perspectiva, la discrecionalidad representa una forma de liberación para con la norma y con la autonomía de los actores en relación con esta norma. Contrariamente a la aceptación «débil», no se trata de adaptar las normas en función del caso o de readaptarlas de manera puntual en el marco de las intervenciones administrativas

<sup>18</sup> Davis (1969), Filion (1979), Lypsky (1980), Goodin, (1986), Bozeman y Rainey (1998), Houle (2001), Warren (2003), Garant (2010), Noreau, Houle, Issalys y Valois (2014).

<sup>19</sup> Las cursivas son del autor.

sino más bien de tomar una decisión sobre la base de una valoración que reconoce los límites del Derecho (Payet, 200, p. 108). En este sentido, como sostiene Jean Pierre Dubois, el poder discrecional se ejerce «cuando la valoración de las circunstancias de los hechos singulares de una situación particular, por la autoridad que aplica una norma general, es libre de toda referencia a criterios predeterminados» (Dubois, 2005).

Las elecciones se basan frecuentemente en consideraciones y criterios de naturaleza política donde el margen de apreciación de los legisladores es más amplio. Evidentemente, se encuentran sometidas al principio del imperio de la ley pero los tribunales quieren limitar su intervención sobre este tipo de decisiones puesto que, al hacerlo, se aventurarían en el terreno de la política. Para Geneviève Cartier:

En el terreno discrecional, la justificación de la no intervención judicial no se traduce en una actitud de deferencia, esto es, del reconocimiento de la legitimidad del ejecutivo en materia de interpretación del Derecho, sino una forma de abstención, esto es, de la necesidad de tener al poder judicial alejado de las decisiones que eran vistas como adoptadas sobre la base de consideraciones ajenas al Derecho (2004, p. 198).

Este razonamiento nos conduce a subrayar que la discrecionalidad en su sentido «fuerte» existe no porque los actores políticos están liberados de las restricciones formales del Derecho sino más bien porque los tribunales aceptan implícitamente (y en ocasiones, explícitamente) que ellos deben mantenerse alejados de las consideraciones políticas que constituyen el fundamento de algunas elecciones discrecionales. En este caso, los tribunales eligen no intervenir invocando el poder reconocido al poder ejecutivo. La posición adoptada por los jueces en el Dictamen es diferente en la medida en que estos últimos conceden al poder político un margen de discrecionalidad anticipadamente a toda acción o decisión. Se trata de un margen discrecional otorgado por delegación.

Así, el reconocimiento de la existencia de un margen de apreciación permite a los actores políticos no estar sometidos a una interpretación demasiado restrictiva del principio del imperio de la ley. Esto no significa que por ello todo este permitido, que sea concebible reintroducir subrepticamente la posibilidad de hacer elecciones arbitrarias, esto es, de manera irrazonable, caprichosa, inverosímil o inaceptable. Si este es el caso, estaría justificada la intervención de los tribunales y que recuerden los límites a respetar a fin de sancionar toda forma de abuso o de desviación de poder.

Este es el mismo problema que el aludido cuando se plantea el tema de la noción de legitimidad. Podemos pensar que cualquier cosa es razonable porque es admisible y compatible con el interés general. Como subrayaba el eminente jurista, Chaïm Perelman:

El carácter irrazonable de una decisión que apela a criterios que son menos jurídicos que sociológicos: es irrazonable lo que la opinión general no puede aceptar, aquello que ella siente como manifiestamente inadecuado a la situación o contrario a la equidad (1978, p. 421).

El uso del poder deviene irrazonable cuando se dirige a dañar a los demás. Incluso así, no es siempre fácil fijar la frontera entre aquello que es perjudicial y aquello que no lo es. Por ejemplo, ¿es irrazonable que un Estado quiera conscientemente perjudicar a un grupo o a un territorio que persiga una secesión? Para algunos, estaría plenamente justificado ya que es necesario, ante todo, preservar la integridad institucional y territorial. Pocas constituciones reconocen el derecho a la secesión. Los individuos que militan en su favor pueden ser acusados de conspirar actividades sediciosas o contrarias a las leyes en vigor. Para otro, no

es tan simple. La respuesta depende, evidentemente, de los medios utilizados para conseguir este objetivo. En una democracia liberal, está generalmente admitido que encarcelar a los individuos sobre la base de sus opiniones políticas, manipular el sistema electoral o prohibir ciertas publicaciones o formaciones políticas pacíficas son medios irrazonables. La medida de lo razonable deviene teleológica: depende el grado de aceptación de los medios implementados por la mayoría.

A la luz de lo antecedente, ¿es posible reconciliar el poder discrecional de los actores políticos con el principio del imperio de la ley? La respuesta simple consistiría en adoptar una aproximación positivista y en limitar la solución a las acciones previamente reguladas por el Derecho. Sin embargo, como hemos subrayado, el poder discrecional de los actores políticos se ejerce precisamente ahí dónde el Derecho es consciente de sus propios límites. Una respuesta más adecuada sería sostener que el poder discrecional de los actores políticos está menos vinculado por el marco jurídico que condicionado por él. Dicho esto, la discrecionalidad no podría ser confundida, repitámoslo, con la arbitrariedad, la buena voluntad o los caprichos de los actores políticos.

La mejor manera de evitar que una decisión sea calificada de arbitraria, de injusta y de imprevisible consistiría, para los actores políticos, en adoptar una concepción dialógica de la discrecionalidad. Ella impone la necesidad de tomar en consideración la representación que la otra parte tiene de sus intereses. Según Geneviève Cartier, las partes deben intentar trascender sus posiciones particulares y explotar el margen de maniobra que les ofrece la discrecionalidad con el fin de favorecer la deliberación sobre las normas y los valores que deberían ser examinados. No se trata de que compartan información sino, sobre todo, de un proceso que permita crear y articular las normas y los valores a los que los actores aceptan adherirse. Siguiendo a Cartier, el interés público y el bien común son servidos mejor en un contexto donde:

La discrecionalidad es delegada, el decisor debe usar su margen de maniobra no como un instrumento de creación unilateral y articulación de valores sino, más bien, como un intersticio para la comunicación y una invitación para establecer esas normas y articular esos valores con la participación de todas las partes afectadas (2009, pp. 321 y 322).

La deliberación se presenta pues como un sólido antídoto al unilateralismo ya que este último es, por su parte, un importante vector de arbitrariedad. Así, el recurso al poder discrecional se aleja del argumento de autoridad para inscribirse en un proceso donde las partes buscan encontrar una vía a la vez compartida y razonable.

Podemos pensar que esta es la vía privilegiada por el Tribunal. En efecto, ¿no había recordado que

nuestras instituciones democráticas necesariamente permiten un proceso continuo de discusión y de evolución, como acredita el derecho reconocido por la Constitución a cada uno de los participantes en la federación de tomar la iniciativa para realizar modificaciones constitucionales?<sup>20</sup>

Sin embargo, la decisión no hace más que enunciar la obligación de comprometerse en las discusiones *después* de que uno de los participantes haya manifestado su intención de modificar el orden constitucional. No dice nada sobre las normas o los procedimientos que los actores tendrían la obligación de respetar (Courtois, 2014, p. 67). Incluso, cuando se pronuncia sobre la necesidad de plantear una «pregunta clara», no invita a las partes a entenderse *previamente* sobre los

<sup>20</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., p. 150.

términos de esta última. Lo único que precisa es que, una vez la pregunta haya sido formulada y los resultados referendarios hayan sido conocidos, «[s]ólo los actores políticos tendrían la información y la pericia para juzgar el momento en el que estas ambigüedades serían resueltas en uno u otro sentido, así como de las circunstancias en las que ellas se producirían»<sup>21</sup>. Esto no permite comprender, contrariamente a aquello que desea el filósofo Stéphane Courtois, que las negociaciones relativas a un acuerdo de secesión precederían a un eventual referéndum<sup>22</sup>. Algunos pueden, evidentemente, reclamarlas resueltamente pero la decisión no crea una obligación. Al hacerlo, no cierra la puerta a una acción unilateral por parte de uno de los participantes, como le permitiría el lado claro-oscuro del Dictamen.

### 3. Sobre el lado claro-oscuro del Dictamen

Como en todos los casos que le son sometidos, el Tribunal ha sido llamado a interpretar la Constitución canadiense y a responder a las cuestiones sometidas a su examen por el procurador general de Canadá. Su decisión participa de la elaboración y evolución del Derecho. Las circunstancias particulares de que se ha ocupado el Dictamen han llevado a los jueces, más que nunca, a intentar conciliar el texto de la Constitución con los desafíos planteados en una ocasión concreta<sup>23</sup>. Deben demostrar que sus conclusiones no solamente son compatibles con las interpretaciones anteriores que reposan sobre una toma en consideración aceptable de los hechos y de la trama histórica que han dado lugar al litigio, sino que también resultan de un método interpretativo reconocido (LeClair, 2002, pp. 427 y 428). Por demás, esto es lo que hace cuando afirma, antes de identificar los cuatro principios constitucionales fundamentales, que «estas normas y principios provienen de la comprensión del propio texto constitucional, de su contexto histórico y de las diversas interpretaciones ofrecidas por los tribunales en materia constitucional»<sup>24</sup>. Así, estos son los principios constitucionales subyacentes que nutren el razonamiento. Como veremos, no son definidos de manera abstracta y algunos son estrechamente circunscritos. Ciertamente, una vez enunciadas, las opiniones, los parámetros y las obligaciones identificadas en la decisión confieren un sentido no equívoco, incluso único, a la Constitución (Van de Kerchove, 1988, pp. 296 y 297). En este sentido, el Tribunal precisa que los principios subyacentes, aunque implícitos y no escritos, «son obligaciones imperativas en virtud de la Constitución de Canadá»<sup>25</sup>. Nada podría anularlos ya que son «imperativos» y de ahora en adelante están inscritos en el Derecho. Tomando en cuenta la importancia atribuida a estas obligaciones, el texto tiene el deber de utilizar un lenguaje preciso –o que lo parezca– a fin de evitar la duda en cuanto a su aplicación. En otros términos, la interpretación del Derecho no debe dar lugar a una indeterminación sobre su aplicación. Ahí es donde está el problema.

#### 3.1. Una democracia constitucional que enmarca la voluntad popular

<sup>21</sup> *Id.*

<sup>22</sup> *Id.*, 69–70.

<sup>23</sup> Sobre los desafíos relacionados con la interpretación constitucional, ver Delpérée (1978, p. 187) y Dumont (2007, p. 477).

<sup>24</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., p. 32.

<sup>25</sup> *Id.*, p. 153.

El Dictamen responde de manera no equívoca a las cuestiones planteadas por el procurador general de Canadá. Confirma que el Gobierno del Quebec no podría, en virtud de la Constitución canadiense, declarar unilateralmente su independencia. Sin embargo, el Tribunal identifica una nueva esfera jurídica hasta entonces ausente de la Constitución canadiense. A falta de contener una disposición formal que permita a una de sus unidades constitutivas realizar la secesión mediante un proceso previamente definido, la decisión señala que la Constitución no es un obstáculo y que el principio constitucional subyacente es que la democracia no permite a las autoridades políticas hacer oídos sordos a un manifiesto deseo de cambio, incluso si es radical:

*La Ley constitucional de 1982* dispone este principio confiriendo a cada participante de la Confederación el derecho de tomar la iniciativa de una proposición de modificación constitucional. A nuestro juicio, la existencia de este derecho impone a los otros participantes de la Confederación la obligación recíproca de asumir los debates constitucionales que tengan en cuenta la expresión democrática de un deseo de cambio de otras provincias<sup>26</sup> y de darles respuesta. Esta obligación es inherente al principio democrático que es un precepto fundamental de nuestro sistema de gobierno<sup>27</sup>.

Las conclusiones del Dictamen, y especialmente aquellas que hayan dado lugar a la obligación de negociar, se basan en principios constitucionales subyacentes que deben iluminar la comprensión del texto constitucional. Uno de estos principios es, así, el de la democracia constitucional. Si, en teoría política, el poder legislativo deriva del consentimiento del pueblo, no es lo mismo en una perspectiva jurídica. En Canadá, como en el Reino Unido, la soberanía popular se materializa en el seno del parlamento y, más concretamente, en el seno de la Cámara de los comunes compuesta por representantes electos. En el marco de la monarquía parlamentaria<sup>28</sup>, es el parlamento quien otorga, reconoce y establece los límites a los poderes del ejecutivo. Este último debe rendir cuentas al parlamento y obtener su respaldo. El poder ejecutivo debe suscribir sin reserva la regla nuclear del gobierno responsable. La referencia al principio democrático no podría ser comprendida de otra manera. No se trata de avalar la noción de soberanía del pueblo sino más bien de recordar que el poder legislativo deriva del consentimiento de la población que se expresa en el momento de las elecciones generales. Es el parlamento quien es supremo y su autoridad no está limitada más que por el constitucionalismo y el imperio de la ley. El Dictamen define el principio constitucional subyacente que sería la democracia procedimental y sustantiva simultáneamente.

En el capítulo de las instituciones –dimensión procedimental– la democracia constitucional se basa en los seis componentes siguientes: (1) cuerpos legislativos representativos, libremente elegidos, en el nivel federal y provincial<sup>29</sup>; (2) estos gobiernos están sometidos al principio de las mayorías mediante el ejercicio del

<sup>26</sup> NT. La provincia en Canadá es la denominación empleada para referirse a los estados participantes en la federación a los que se suman los denominados territorios autónomos.

<sup>27</sup> *Id.*, pág. 69.

<sup>28</sup> NT. El autor utiliza el término «monarquía constitucional» para designar la estructura del poder político en el Canadá. Según el uso de este término en esta tradición, la Corona encarna la permanencia del Estado y constituye el principio orgánico de unidad institucional. Se encuentra a la cabeza de las tres ramas del poder: el Ejecutivo en la que el primer ministro es el consejero principal; el Legislativo que la reconoce como parte constitutiva del Parlamento, actuando con el consentimiento del Senado y la Cámara de los comunes y del Judicial ya que todas las decisiones de los tribunales de justicia penal son dictadas en nombre de la Reina. A pesar de estas singularidades, en el contexto lingüístico de la revista, se estima más adecuado traducirlo por «monarquía parlamentaria».

<sup>29</sup> *Id.*, pág. 62: «Los jueces de la mayoría han confirmado que “la estructura fundamental de nuestra Constitución establecida por la *Ley constitucional de 1867* toma en cuenta la existencia de ciertas instituciones políticas como los cuerpos legislativos libremente elegidos en los niveles federal y provincial».

sufragio universal<sup>30</sup>; (3) ellos operan en función del principio de gobierno responsable<sup>31</sup>; (4) garantizan los derechos de los ciudadanos a participar en el proceso político tanto como electores como candidatos<sup>32</sup>; (5) descansan sobre el asentimiento de los gobernados<sup>33</sup>; (6) no pueden derogar el principio del imperio de la ley que constituye la esencia misma de la democracia constitucional<sup>34</sup>.

En suma, el Dictamen suscribe el principio de la democracia representativa y excluye toda otra forma de expresión democrática. El pueblo puede manifestar sus preferencias por la vía de la consulta popular pero su puesta en marcha no puede pasar más que por la vía (y los votos) de los representantes elegidos y de las orientaciones adoptadas por el poder ejecutivo. Este último aspecto es importante. En la tradición parlamentaria de tipo *Westminster*, el ejecutivo –o el gobierno– está formado por el partido que ha obtenido más escaños en las elecciones generales. Así, no refleja la pluralidad de preferencias del electorado ni incluso la elección de una mayoría de ciudadanos<sup>35</sup>.

Por demás, el principio democrático se despliega en el marco de una federación. En este sentido, el Tribunal recuerda que los gobiernos provinciales pueden democráticamente intentar proteger y promover su autonomía así como su identidad particular<sup>36</sup>. Sin embargo, no podrían imponer una modificación constitucional apoyándose en los resultados de un referéndum ya que iría contra la democracia constitucional como fue definida más arriba, esto es, la democracia representativa<sup>37</sup>. La soberanía no se ejerce por el pueblo sino a través de sus representantes a condición de que ellos respeten la regla del imperio de la ley.

<sup>30</sup> *Id.*, pág. 63: «Por democracia se entiende comúnmente un sistema político sometido a la regla de la mayoría».

<sup>31</sup> *Id.*, pág. 65.

<sup>32</sup> *Id.*: «La democracia, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal, significa el modo de funcionamiento de un gobierno representativo y responsable y el derecho de los ciudadanos a participar en el proceso político en tanto que electores».

<sup>33</sup> *Id.*, pág. 67: «El asentimiento de los gobernados es un valor fundamental en nuestra concepción de una sociedad libre y democrática» y «un sistema político debe también tener una legitimidad, lo que exige en nuestra cultura política, una interacción del imperio de la ley y del principio democrático».

<sup>34</sup> *Id.*: «Sin embargo, la democracia en el verdadero sentido del término no puede existir sin el principio del imperio de la ley. Es la ley quien crea el marco en el que la “voluntad soberana” debe ser determinado y puesto en aplicación. Para ser legítimas, las instituciones democráticas deben reposar, en definitiva, sobre bases jurídicas. Esto significa que deben permitir la participación del pueblo y la responsabilidad ante el pueblo por la intermediación de instituciones públicas creadas en virtud de la Constitución».

<sup>35</sup> El sistema electoral canadiense contribuye a este fenómeno. Por ejemplo, de las 23 elecciones generales canadienses celebradas desde 1945, el gobierno no ha obtenido el apoyo de una mayoría absoluta de electores más que en dos ocasiones (1958 y 1984). No es raro que un partido forme el gobierno con menos del 40% de los sufragios emitidos, este fue el caso once veces desde 1945 así como en seis de las últimas diez elecciones que se han celebrado entre 1984 y 2015.

<sup>36</sup> *Id.*: «La democracia no atañe simplemente a mecanismos gubernamentales. Bien al contrario [...], la democracia está fundamentalmente vinculada a objetivos esenciales como, de forma muy especial, la promoción de la autonomía gubernamental. La democracia respeta las identidades culturales y colectivas [...]. Dicho de otra manera, un pueblo soberano ejerce su derecho a la autonomía gubernamental a través del proceso democrático.» (pág. 64) y «[...] una constitución puede poner en marcha un reparto de poderes que distribuya el poder político entre diferentes niveles de gobierno. Este objetivo no puede ser alcanzado si uno de estos niveles de gobierno democráticamente elegido puede usurpar los poderes de otro simplemente ejercitando su poder legislativo para atribuirse a sí mismo, unilateralmente, poderes políticos suplementarios» (pág. 74).

<sup>37</sup> *Id.*, pág. 75: «El argumento según el cual se puede legítimamente sortear la Constitución apoyándose en un voto mayoritario obtenido en un referéndum provincial es superficialmente convincente, en gran parte, porque parece apelar a ciertos principios que sustentan la legitimidad de la propia Constitución como la democracia y la autonomía gubernamental. En breve, se adelanta que, como la noción de soberanía popular sustenta la legitimidad de nuestros pactos constitucionales actuales, entonces esta misma soberanía popular que ha dado nacimiento a la Constitución actual debería también permitir al “pueblo”, en el ejercicio de la soberanía popular, realizar la secesión por un voto simplemente mayoritario.

Pero la comprensión del principio democrático rebasa el mero marco formal del gobierno representativo y responsable. El Tribunal también ha extendido su definición incluyendo dimensiones menos tangibles, dimensiones sustantivas. Estas características son las siguientes: (1) la democracia es un estado permanente de deliberación, de discusión, de debate, de expresión de opiniones, de compromisos y de negociaciones<sup>38</sup>; (2) impone la necesidad de tomar en consideración las voces disidentes y de darles respuesta en las leyes<sup>39</sup>; (3) el derecho de proponer modificaciones constitucionales se traduce en la obligación de comprometerse en un debate para tomar en consideración la expresión democrática de un deseo de cambio pudiendo ser expresado por una o varias provincias<sup>40</sup>.

Esta definición de la democracia constitucional se completa con los principios del constitucionalismo y del imperio de la ley. El primero hace referencia a la Constitución de Canadá y a la necesidad de que los actos de gobierno sean conformes a ella, fuente última de autoridad, destronando de paso la supremacía parlamentaria. El segundo, el imperio de la ley, repitémoslo, «asegura a los ciudadanos y a los residentes una sociedad estable, previsible y ordenada donde conducir sus actividades. Ella proporciona a las personas una muralla contra la arbitrariedad del Estado»<sup>41</sup>. En suma, el recurso al principio de la soberanía popular no puede, por sí solo, ser invocado para justificar los cambios del orden constitucional, llegando hasta la secesión, puesto que los representantes políticos deben actuar en el marco prescrito por el orden constitucional existente. Esto no es, sin embargo, una cortapisa en la medida en que los cambios pueden ser aportados a la Constitución si los últimos obtienen el apoyo de una «mayoría ampliada»<sup>42</sup>.

Pero, al fin y a la postre, la democracia que se expresa a través de la voluntad popular (especialmente por vía del referéndum) y, más generalmente, por la elección de representantes, no podría ir en contra de los principios del imperio de la ley y de la democracia constitucional que no se desarrolla más que en el seno de las instituciones parlamentarias a escala federal y provincial. La interacción entre el imperio de la ley –que fortalece el orden y la estabilidad política– y el principio democrático –que gestionaría potencialmente la secesión si las condiciones enunciadas por el Tribunal estuviesen satisfechas– está jerarquizada en favor del primero (Lajoie, 2000, p. 41). Esto no es nada sorprendente en la medida en que aquello que es objeto de la decisión, a saber la constitucionalidad de una secesión *unilateral*, pone en tela de juicio la integridad del Estado y la sostenibilidad de la Constitución. Ahora bien, el mandato del Tribunal es proteger al uno y al otro y, al hacerlo, de asegurar su propia razón de ser. En suma, el recurso al principio del imperio de la ley (*Rule of Law*) no debería sorprender si se comprende que el razonamiento tiene como objetivo, entre otros, reforzar el orden existente del que el propio Tribunal constituye un engranaje importante. Aquí, no hay ninguna ambigüedad ya que la vía de la secesión unilateral no está regulada por la Constitución canadiense.

---

Sin embargo, un análisis más pausado revela que este argumento está mal fundamentado porque desconoce el sentido de la soberanía popular y la esencia misma de una democracia constitucional».

<sup>38</sup> *Id.*, p. 68: «La necesidad de constituir mayorías, tanto a nivel federal como a nivel provincial, por su misma naturaleza, entraña compromisos, negociaciones y deliberaciones. Nadie tiene el monopolio de la verdad y nuestro sistema reposa sobre la creencia de que, en el mercado de las ideas, ellas llevarán a las mejores soluciones de los problemas públicos».

<sup>39</sup> *Id.*: «Habrá inevitablemente voces disidentes. Un sistema democrático de gobierno está obligado a tomar en consideración estas voces disidentes y a intentar tenerlas en cuenta y darles una respuesta en las leyes que todos los miembros de la colectividad deben respetar».

<sup>40</sup> *Id.*, p. 69.

<sup>41</sup> *Id.*, p. 70.

<sup>42</sup> *Id.*, p. 77.

El Dictamen debe, sin embargo, ser considerado a la luz de las múltiples imprecisiones, silencios y ambigüedades que contiene. Estas conciernen más específicamente a las condiciones a respetar para iniciar el proceso inscribiéndose en la obligación de negociar que sigue a la expresión de la voluntad de la población de realizar la secesión.

En este capítulo, el Tribunal circunscribe las dos condiciones que dan efecto a esta obligación. Emite la decisión según la cual:

El proceso de negociación que deriva de una decisión de una *mayoría clara de la población* del Quebec en favor de la secesión, en respuesta a una *pregunta clara*, exigiría la conciliación de diversos derechos y obligaciones por los representantes de las dos mayorías legítimas, a saber una clara mayoría de la población del Quebec y una clara mayoría del conjunto de Canadá cualquiera que ella sea. No se puede admitir que una u otra de estas mayorías acabe con la otra<sup>43</sup>.

Este pasaje, uno de los más importantes del Dictamen desde el punto de vista de los mecanismos a aplicar y a cumplir para dar efecto a la secesión, plantea cuatro preguntas: (1) ¿Qué es una cuestión clara?; (2) ¿Qué es una mayoría clara?; (3) ¿Quién decide sobre la claridad de una y de otra?; ¿Quién representa a las dos mayorías legítimas en las negociaciones? (4) ¿Qué será objeto de negociación?

Estas cuestiones son fundamentales a la luz del ejercicio al que se presta el Tribunal. Este último recuerda la importancia del respeto del principio constitucional subyacente del imperio de la ley, escudo contra la arbitrariedad, garante del orden, en el marco de una sociedad estable y previsible. Busca, entonces, establecer las reglas o los principios que eliminarían las decisiones fundadas sobre consideraciones arbitrarias que no atiendan a la razón pero, sobre todo, a la subjetividad de los actores políticos. Es, por demás, lo que sostiene cuando escribe que «[l]a tarea del Tribunal era clarificar el marco jurídico en el que las decisiones políticas deber ser adoptadas “en virtud de la Constitución” y no de usurpar las prerrogativas de las fuerzas políticas que actúan en el interior de dicho marco»<sup>44</sup>. En suma, esta decisión debería servir de guía y aportar las respuestas precisas relativas a las normas a seguir para ajustarse a los múltiples imperativos vinculados a la «claridad». Sin embargo, esto es lo que no hace.

### 3.2. Una cuestión clara: primera oscuridad

El Tribunal no define por ningún lado lo que entiende por una cuestión clara. Al contrario, la claridad tiene una geometría variable según la naturaleza de los asuntos a tratar. Más concretamente, considera que una pregunta planteada por el gobierno en el caso de revisión no debe ser «demasiado imprecisa o ambigua»<sup>45</sup>. Esto es, lo puede ser un poco pero no demasiado. Un cierto nivel de imprecisión es aceptable. Por el contrario, no es lo mismo en el caso de una pregunta referendaria relativa a la secesión, esta pregunta debe estar desprovista «de toda ambigüedad»<sup>46</sup>. En otros términos, todos los actores políticos y todos los

<sup>43</sup> *Id.*, pág. 93 [cursiva añadida].

<sup>44</sup> *Id.*, pág. 153.

<sup>45</sup> *Id.*, pág. 30 et 31.

<sup>46</sup> *Id.*, par 87.

ciudadanos deben interpretar en último término de la misma manera el significado de la pregunta<sup>47</sup>.

¿Cómo juzgar la ausencia de toda ambigüedad? El Tribunal no responde a esta cuestión. Esta ausencia de definición de lo que constituye una «pregunta clara», como también de las condiciones necesarias para establecer esta «claridad» no resultan sorprendentes ya que es imposible encontrar una que sea satisfactoria<sup>48</sup>. Las acepciones son múltiples y quizá incluso antinómicas. Para unos, es claro lo que es inteligible, lo que se puede captar por el pensamiento o por la inteligencia. Para otros, la claridad significa que un término, una expresión o un texto se comprenden fácilmente y no dan lugar a ninguna interpretación divergente. Algunos oponen claridad y complejidad, sosteniendo que una idea unidimensional basada en un conjunto limitado de elementos y de información, es más «clara» que aquella que reclama un esfuerzo de diferenciación y de análisis. El mundo pintado en blanco y negro es menos confuso que otro con tonos y matices (Owens, 2011, pp. 1038–1039). En suma, es claro aquello que es unívoco, simple, explícito, evidente, neto o preciso. En definitiva, la claridad se mide por el hecho de que no hay más que una sola interpretación posible y que ésta sea compartida por todos.

Esta manera de concebir la claridad descansa sobre una lógica positivista según la cual el lenguaje es aprehendido, siguiendo los términos de Perelman, «como un instrumento de comunicación *efectivo*, no dando lugar a ningún malentendido, a ningún desacuerdo [adecuándose] a las exigencias planteadas por la construcción de una lengua formalizada» (1978, pp. 3 y 4). El problema radica en que una lengua no tiene un solo uso y no es un instrumento perfecto de comunicación exento de ambigüedades o de controversias. Las expresiones y los textos no son nunca totalmente claros. Todo término contiene una pluralidad de significados y su sentido no puede ser comprendido, bien que de manera imperfecta, más que en función de su doble contexto de formulación y de aplicación, esto es, tomando en consideración las situaciones a las que se aplica. Una palabra, una expresión, un texto no son jamás claros «por ellos mismos», fuera del contexto en el que se formulan y de la aplicación a la que son destinados. Por su naturaleza, una lengua de uso y el uso de una lengua necesitan que los locutores (re)interpreten los términos en un movimiento constante de ida y vuelta, de verificación y contraverificación. Como decía Ludwig Wittgenstein, «es *el uso* el que determina el significado y no el significado el que determina el uso» (citado en Bernatchez, 2015, p. 252). La determinación de la «claridad» o de la «oscuridad» de los términos o de los textos presupone así una interpretación que puede ser previa a su formulación, lo que apela a un argumento de autoridad o al resultado de una deliberación – necesariamente contextual- en cuanto a su significado y su concreto alcance.

<sup>47</sup> Esta posición era compartida también por la Comisión Electoral del Reino Unido que, en el caso del referéndum escocés de 2014, precisa en sus directivas que «una pregunta debiera ser clara y simple, esto es, fácil de entender; concreta y no ambigua. También debería ser neutral, lo que significa que debería no promover a los votantes a considerar una respuesta más favorable que otra o confundir a los votantes», citado en Verrelli y Cruickshank (2014, p. 210).

<sup>48</sup> Nosotros no podemos más que subrayar la ironía de esta cuasi-orden relativa a la claridad ya que el Derecho mismo es reconocido por su imprecisión. A título de ejemplo, el artículo 10 del Código procesal civil del Quebec precisa que los tribunales «no tendrán que pronunciarse sobre cuestiones teóricas o en los casos donde el juicio no pueda poner fin a la incertidumbre o a la controversia planteada, pero no pueden renunciar a juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley» (*Code de procédure civile*, RLRQ, c. 25.01, art. 10, al. 3). El Tribunal exige la «claridad» de parte de los actores políticos ya que el Derecho se caracteriza, en muchos aspectos, por su indeterminación semántica. En otros términos, impone a los demás aquello que el Derecho no está en condiciones de respetar por sí mismo. Sobre esta cuestión, ver Bernatchez (2015).

A fin de evitar el recurso al argumento de autoridad, el jurista Michel van Kerchove formulaba la siguiente propuesta:

Por consiguiente, consideramos racional o al menos razonable afirmar que un texto es *claro*, en un contexto de formulación y de aplicación dado, cuando «todas las interpretaciones razonables que podrían darse del mismo conducen a la misma conclusión» y que los criterios de interpretación aplicados se formulan de forma suficientemente explícita para prestarse al control ajeno (1988, p. 314)<sup>49</sup>.

Sin embargo, una interpretación razonable puede dar lugar a variadas soluciones que aparecen, a su vez, plenamente razonables. Esto nos lleva a formular la proposición de la siguiente forma: debe producirse un amplio acuerdo sobre el uso irrazonable de un término en función de las consecuencias percibidas como inaceptables o intolerables (Perelman, 1978, p. 15). Dicho de otra forma, si es imposible eliminar el recurso a nociones confusas por el simple hecho de su polisemia, es posible proscribir su uso si lleva a inducir a error, confundir o a abusar de la confianza de los interlocutores (*ibid.*, p. 17). Esta postura evita la tentación de quedarse con un solo criterio de interpretación —o la subjetividad de un solo intérprete— para tomar en consideración de un conjunto de elementos que tienen en cuenta la posición de los actores, el contexto y los efectos producidos por la adopción de un modo de aprehensión o de comprensión sin dar prioridad a uno sobre los demás. Es entonces irrazonable, sobre todo apelando a un argumento de autoridad, determinar anticipadamente o atribuir el poder de determinar lo que está claro y lo que no lo está, a una sola autoridad. Sería también totalmente irrazonable imponer a todos los intervinientes la obligación de compartir una misma interpretación del sentido que se ha de dar a los términos utilizados. Importa asegurar sobre todo que la elección de los términos o de las expresiones o la formulación de una pregunta referendaria no sean hechas por los actores políticos que actúen con duplicidad, recurran a falsos prejuicios o tiendan a disimular sus intenciones.

Sin embargo, el Tribunal ha propuesto esta falsa dicotomía poniendo de espaldas claridad y ambigüedad<sup>50</sup>. Esta oposición es incluso contradictoria con la concepción de la democracia defendida por el Dictamen. En efecto, la democracia implica un proceso continuo de deliberación, de diálogo, de discusión y de debate. Como recuerda el Tribunal, «Nadie tiene el monopolio de la verdad y nuestro sistema reposa sobre la creencia de que, en el mercado de las ideas, ellas llevarán a las mejores soluciones de los problemas públicos. Inevitablemente habrá voces

<sup>49</sup> Las cursivas son del autor.

<sup>50</sup> El Tribunal suscribe más bien la aproximación defendida por el gobierno federal que ha subrayado constantemente el carácter presuntamente ambiguo de las preguntas formuladas en los referendums quebequeses de 1980 y de 1995. En este sentido, Stéphane Dion escribía que «[l]os líderes independentistas rechazaban admitir que las preguntas formuladas en 1980 y en 1995 eran confusas [...]. Hoy, nadie habla de mezclar una pregunta sobre la secesión con una eventual cooperación o una asociación política y económica con Canadá. Esto constituye una enorme ganancia desde el punto de vista de la claridad. En 1995, un elector de cada dos, según los sondeos, creía infundadamente que la conclusión de una cooperación era una condición necesaria de la soberanía» (Dion, 2012, p. 399).

Esta última afirmación es, como poco, sorprendente. Después de 15 años de debates constitucionales, los electores estaban menos «confusos» o «ignorantes» sobre el alcance de la soberanía. No obstante, el 23 % de los quebequeses creyeron siempre que después de una victoria del Sí, el Quebec seguiría siendo una provincia de Canadá. Por demás, menos de un tercio sabían que el Quebec devendría un Estado independiente incluso si las negociaciones con el resto del Canadá fracasaban. Esta confusión jugaba a favor de los soberanistas. Los sondeos demostraban que el hecho de saber que la soberanía sería declarada incluso si las negociaciones fracasaban reducía el apoyo al Sí en un 5%. Finalmente, un poco más de un cuarto de los electores (26%) afirmaban querer votar Sí para gestionar los cambios en el federalismo y no estaban motivados por el deseo de ver acceder al Quebec a la soberanía. Estos electores estaban generalmente menos escolarizados y se declaraban menos interesados por la política. Sobre este tema, ver Pinard (1997, pp. 348-352). Más recientemente, Dion (2014) precisaba que una pregunta era clara cuando su interpretación no daba lugar a ninguna duda.

disidentes»<sup>51</sup>. Obviamente, el sentido de las palabras no está dado de una vez para siempre. En la arena política en particular, todos los términos son necesariamente equívocos y las voces disidentes se harán oír inevitablemente. La comprensión de los términos y las palabras está en función del contexto en el que son utilizados.

Ahora bien, la deliberación política lleva indudablemente a cuestiones complejas de múltiples ramificaciones. Exige no solamente un esfuerzo por parte de los actores políticos para que su punto de vista sea bien comprendido sino, igualmente, un esfuerzo por parte de los ciudadanos para comprender los asuntos debatidos. El sentido del mensaje debe ser también interpretado por aquellos a los que va destinado. Les corresponde a ellos determinar si creen comprender los términos del debate (o la claridad de una cuestión) y no a otros a los que no se les dirige el debate o la cuestión (Lajoie, 1999, p. 4). En este sentido, una situación o un asunto pueden ser a la vez complejos e inteligibles a condición de que se haga un esfuerzo en este sentido. Imponer una «obligación de claridad» con antelación al debate y a las deliberaciones públicas vuelve a plantear que todos los miembros de la comunidad política deben compartir la misma interpretación, dar la misma definición a los términos utilizados, lo que es, a la vez, irreal, impracticable, incluso contradictorio con el ejercicio mismo de aquello en que consiste debatir.

Es incluso posible sostener que esta obligación define la democracia en términos prepolíticos. En efecto, la democracia debe ser considerada como un espacio de deliberación abierto donde las ideas y las nociones no son necesariamente percibidas de manera uniforme. Los debates políticos son necesariamente equívocos, el significado de los términos utilizados puede ser interpretado de diferentes maneras según los auditorios, los lugares, los contextos, el momento de su expresión. La obligación *previa* de claridad elimina la posibilidad de debatir sobre el sentido a dar a la pregunta. Al hacerlo, niega uno de los fundamentos de la democracia, el de debatir sobre la acepción de las palabras.

Finalmente, la imposición de esta «obligación de claridad» se inspira en una visión maniquea del político. Sin embargo, el proceso político implica actores que pretenden destacar los objetivos, las orientaciones que contienen siempre una parte confusa, sobreentendida, permitiendo así varias interpretaciones de un mismo discurso. Los episodios de renovación de la Constitución han demostrado, por demás de manera elocuente, que las interpretaciones contradictorias se han manifestado a propósito de las intenciones gubernamentales. Por ejemplo, de 1987 a 1992, la noción de «sociedad distinta», aunque «clara» para unos, parecía que no podía ser más nebulosa para los otros. Esto no impidió al gobierno federal de la época celebrar un referéndum sobre un conjunto de propuestas constitucionales altamente complejas y que notoriamente habrían tenido dificultad en cumplir «la obligación de claridad», tal y como fue planteada ante el Tribunal, si hubiera sido necesario que todos los actores políticos se pusiesen de acuerdo sobre el significado a darle.

En suma, nos parece que lo que está en juego es menos el debate de la denominada «claridad» de una eventual pregunta referendaria que el asegurarnos de que su formulación no se dirija a confundir o a abusar de las personas a las que está destinada en primer lugar. Para hacerlo, el debate político es indispensable a fin de aclarar las consecuencias derivadas de una respuesta en vez de la otra. En este contexto, no es importante que la pregunta sea más o menos larga, que contenga tal o cual palabra. Lo que importa es la comprensión que sus destinatarios tengan de ella y el uso que los participantes en el debate hagan de ella.

<sup>51</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., p. 68.

### 3.3. Una mayoría clara: segunda oscuridad

El mismo imperativo de claridad se impone sobre la interpretación a dar a la mayoría que pondría en marcha la obligación de negociar. En el Dictamen, el Tribunal utiliza la expresión «mayoría clara» más de una decena de veces. Especialmente afirma lo siguiente:

El principio democrático definido más arriba exigiría conceder un peso considerable a la expresión clara de la población del Quebec de su voluntad de realizar la secesión de Canadá aunque un referéndum, por sí mismo y sin más, no tendría ningún efecto jurídico y no podría por sí solo realizar una secesión unilateral. Nuestras instituciones políticas están basadas en el principio democrático y, por consiguiente, la expresión de la voluntad democrática de la población de una provincia tendría peso, en este sentido de que confiere legitimidad a los esfuerzos que realizaría el gobierno del Quebec para embarcarse en un proceso de modificación de la Constitución con la perspectiva de realizar la secesión por vías constitucionales. En este contexto, nosotros hablamos de mayoría «clara» en un sentido cualitativo.<sup>52</sup>

Un referéndum no puede tener más que naturaleza consultiva. No puede más que atribuir una cierta legitimidad al gobierno que desearía realizar la secesión. En este caso, el Tribunal considera que esta legitimidad podría ser contestada argumentando el hecho de que la población esté intensamente dividida o indecisa. Los actores políticos podrían justificadamente no sentirse vinculados por los resultados que juzgarían insuficientes para conducir negociaciones fructíferas. La decisión privilegia la obtención de una mayoría clara «en el sentido cualitativo» pero no por ello precisa el sentido a dar a esta expresión. No utiliza el término, por demás común, de mayoría «cualificada» que habría tenido el efecto de imponer un umbral que iría más allá del 50 por ciento más uno de los votos emitidos. Así, es posible someter a diferentes fórmulas que permitirían concluir la expresión de una mayoría clara «condicional». Un gobierno podría fijar *anticipadamente* un umbral mínimo de participación en una consulta popular (por ejemplo, el 75% de los electores inscritos); podría también establecer que el umbral del 50% más un voto de los electores inscritos en el censo electoral<sup>53</sup>. La mayoría así despejada podría ser considerada como clara «en sentido cualitativo» si estos criterios previamente determinados fuesen respetados.

El Dictamen refuta el argumento según el cual una provincia podría sortear la Constitución apoyándose en un simple voto mayoritario obtenido en un referéndum. Las normas y convenciones constitucionales a las que los gobiernos provinciales deben someterse:

Definen la mayoría que debe ser consultada a fin de modificar el equilibrio fundamental en materia de reparto del poder político (incluyendo las esferas de autonomía garantizadas por el principio del federalismo), de derechos de la persona y de derechos de las minorías en nuestra sociedad.

Dicho esto, el Tribunal no identifica el umbral de la mayoría necesaria para ajustarse a las reglas, a los principios subyacentes y a las convenciones constitucionales en vigor. Se limita a rechazar el recurso a la «mayoría simple», sin más.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., p. 87.

<sup>53</sup> Esto es lo que propone el politólogo Massicotte (1992, p. 117).

<sup>54</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., p. 76.

A título de comparación, el Tribunal toma el cuidado de recordar que una enmienda constitucional se ubica más allá de la regla de la simple mayoría. Por ejemplo, el procedimiento normal de modificación prevé no solamente el acuerdo del Parlamento canadiense sino de, al menos, dos tercios de las provincias representando, al menos, el cincuenta por ciento de la población (fórmula 7/50). Esta mayoría cualificada está justificada por la necesidad de proteger, en primer lugar, los derechos y libertades fundamentales, en segundo, los derechos y garantías reconocidas a los grupos minoritarios vulnerables y, finalmente, los gobiernos contra una transferencia unilateral de los poderes legislativos<sup>55</sup>. Este ejemplo es significativo ya que el Tribunal reconoce la importancia de estar informado de las reglas *antes* de proceder a una modificación constitucional así como las razones que justifican el recurso a una mayoría cualificada.

Las autoridades federales han comprendido el margen de maniobra que les era así ofrecido. El exministro canadiense de Asuntos Intergubernamentales celebraba la virtud de esta imprecisión voluntaria afirmando que «[h]ay aquí una decisión muy sabia del Tribunal. El examen de la claridad de una mayoría tiene una dimensión cualitativa que demanda una evaluación política con pleno conocimiento de las circunstancias concretas» (Dion, 2014, p. 11)<sup>56</sup>. Añadía que fijar anticipadamente el umbral de la mayoría sería un ejercicio peligroso ya que el resultado podría, teóricamente, ser objeto de un recuento judicial de votos o de un reexamen de las papeletas rechazadas que pondría a Canadá en una situación calificada de insostenible y absurda. En otros términos, es preferible que los actores políticos vuelvan a adoptar una evaluación política subjetiva, quizá arbitraria, formulada después de la celebración del referéndum en el que ellos habrían tenido una parte activa.

### 3.4. Los «actores políticos» y las «dos mayorías legítimas»: tercera oscuridad

A pesar del hecho de que el principio democrático impone una obligación recíproca de negociar, la obtención de una mayoría clara tras una pregunta clara constituye dos condiciones previas a las negociaciones para realizar la secesión. Sin embargo, el Tribunal no identifica «quién» tendría la autoridad de pronunciarse sobre la celebración de las eventuales discusiones dirigidas a llegar a un acuerdo. Se contenta con volver a plantear a la vasta categoría de «actores políticos» y de «representantes democráticamente elegidos de los participantes en la Confederación»<sup>57</sup>. Por añadidura, afirma que:

El papel de nuestro Tribunal en este Dictamen se limita a identificar los aspectos pertinentes de la Constitución en su sentido más amplio. Nosotros hemos interpretado las decisiones como referidas al marco constitucional en el que las decisiones políticas pueden, en último análisis, ser adoptadas. En el interior del marco, los engranajes del proceso político son complejos y no pueden ser determinados más que por medio de juicios y de evaluaciones de orden político. El Tribunal no tiene ningún papel de vigilancia que jugar sobre los aspectos políticos de las negociaciones constitucionales. Incluso, la incitación inicial a la negociación, a saber: una mayoría clara en favor de la secesión en respuesta a una cuestión clara, no está sometida más que a una evaluación de orden político y ello con toda la razón. El derecho y la obligación correspondiente de negociar no pueden reposar sobre una presunta expresión de voluntad democrática si esta expresión está, ella misma, cargada de ambigüedades. Solo los actores políticos tendrían información y pericia para juzgar sobre el

<sup>55</sup> *Id.*, p. 74.

<sup>56</sup> Este retoma los argumentos presentados por el politólogo Jean-Pierre Derriennic (1998, p. 3).

<sup>57</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., p. 88.

momento en que las ambigüedades estarían resueltas en uno u otro sentido, así como de las circunstancias en las que ello se haría<sup>58</sup>.

El «margen de apreciación» no está reglamentado y los jueces se remiten simplemente a la buena fe de los participantes. Así, son los actores políticos, probablemente –pero no necesariamente– constituidos por representantes del gobierno federal y de los gobiernos provinciales, quienes determinarían si las condiciones previas de claridad han sido cumplidas o no. El Dictamen no precisa si estas condiciones deben ser enunciadas antes o después de la celebración de la consulta popular.

Una vez las dos primeras condiciones se han cumplido, las negociaciones podrían comenzar ¿Quién las desarrollará? El Tribunal permanece nebuloso en cuanto a los portavoces que actuarían en nombre de Canadá. Se limita a decir que estas discusiones serán conducidas «por los representantes de las dos mayorías legítimas, a saber: una clara mayoría de la población del Quebec y una clara mayoría del conjunto de Canadá, cualquiera que ella sea»<sup>59</sup>. El Dictamen no precisa cómo hay que comprender la noción de «clara mayoría del conjunto del Canadá» y si se aplicarían las mismas condiciones que han sido enunciadas para juzgar la respuesta mayoritaria a un pregunta referendaria. Para ser legítimas ¿las «dos mayorías» deben reconocerse mutuamente como tales? ¿Podrían los representantes del gobierno del Quebec rechazar negociar los términos de la secesión – y proceder unilateralmente invocando irónicamente el Dictamen- si juzgasen que los portavoces de la mayoría canadiense no son «claramente» representativos?

### 3.5. El objeto de las negociaciones: cuarta oscuridad

Para ser conformes a la Constitución canadiense, la secesión de una provincia debe realizarse por vía de negociación con las otras partes que permanecen, por el momento, indefinidas. El objeto de las discusiones no está precisado. Estos intercambios serían desde luego difíciles y sin garantías de resultado pero deberían imperativamente «ocuparse de los intereses del gobierno federal, del Quebec y de las otras provincias, de otros participantes así como de los derecho de todos los canadienses al interior y al exterior del Quebec»<sup>60</sup>.

El Tribunal insiste sobre la complejidad de los temas a abordar tomando en cuenta la imbricación de los intereses económicos y las poblaciones potencialmente afectadas. Entre los temas que podrían ser tratados, identifica, solamente a título de ejemplo, la deuda nacional, las fronteras territoriales, las minorías lingüísticas y culturales y los pueblos autóctonos<sup>61</sup>. De nuevo, se remite a los actores políticos para determinar el contenido de estas negociaciones así como el proceso que debería seguirse. En esta etapa, los tribunales no tendrían que jugar ningún rol de vigilancia<sup>62</sup>.

Las negociaciones deben, evidentemente, ser tomadas en serio por cada una de las partes y llevadas adelante de buena fe. Pero más allá de esa orden general, en el estricto sentido jurídico, varios elementos permanecen

<sup>58</sup> *Id.*, pág. 100.

<sup>59</sup> *Id.*, pág. 93.

<sup>60</sup> *Id.*, pág. 92.

<sup>61</sup> *Id.*, pág. 96.

<sup>62</sup> *Id.*, pág. 154.

particularmente vagos. Por un lado, la buena fe de los actores políticos está sometida a la apreciación de todas las partes. Por otro, no conduce necesariamente a la obtención de un acuerdo si los intereses de unos y otros son irreductibles. Puede ser tentador juzgar la buena fe de cada uno en función de los compromisos aceptados. Pero ante los objetivos políticos contradictorios, especialmente la secesión contra el mantenimiento del orden constitucional canadiense, es posible que ningún compromiso sea satisfactorio sin que por ello las negociaciones estén desarrolladas en un contexto marcado por la mala fe.

Paralelamente, el Tribunal permanece en silencio sobre aquello que podría suceder en caso de *impasse* en las negociaciones y ello incluso en el caso de que estas últimas se desarrollasen en pleno respeto de los principios constitucionales fundamentales. En un contexto así, Quebec podría, de forma ilegal, declarar unilateralmente la secesión rompiendo el orden constitucional canadiense o decidir conformarse al marco constitucional existente y mantenerse en el seno de Canadá.

A falta de entendimiento, correspondería a la comunidad internacional juzgar la legitimidad de una secesión unilateral en la medida en que no existen, en último término, recursos jurídicos para impedirlo.

Si contra toda expectativa, el gobierno del Quebec tuviese éxito en que se acepte la validez de la pregunta referendaria, que la mayoría obtenida fuese juzgada suficiente por los «actores políticos» del resto del Canadá y que las negociaciones fuesen concluidas a satisfacción de las «dos mayorías legítimas», el problema del procedimiento constitucional a seguir para realizar esta secesión queda pendiente por entero. Aun cuando el Tribunal comente extensamente las condiciones a respetar para evitar una secesión unilateral, permanece voluntariamente mudo sobre esta cuestión eminentemente jurídica: «Según la regla de la prudencia requerida en materia constitucional, nosotros nos abstenemos de toda conclusión en cuanto a la aplicación posible de un procedimiento preciso para realizar la secesión en tanto que no existen suficientes hechos claros que eleven una cuestión justificable»<sup>63</sup>. El resultado de las negociaciones y las modificaciones constitucionales que se derivarían ¿deberían ser ratificadas siguiendo el procedimiento normal de modificación<sup>64</sup>, por consentimiento unánime del Parlamento canadiense y de las legislaturas provinciales<sup>65</sup> o por un simple acuerdo bilateral<sup>66</sup>?

Para algunos juristas y actores políticos, la unanimidad sería necesaria<sup>67</sup>. Por un lado, porque el artículo 54 (3) precisa que «[l]a Constitución de Canadá no puede ser modificada más que conforme a los poderes conferidos por ella». La secesión tendría incidencia directa sobre los elementos para los que se impondría el consentimiento del Senado, de la Cámara de los Comunes y de la Asamblea legislativa de cada provincia y el recurso a los artículos 41 d) y 42 (1) d). A título de ejemplo, la retirada del Quebec tendría por consecuencia modificar la composición del Tribunal Supremo. Incluso, habría también que revisar el artículo 41 e) que afecta el procedimiento de modificación que forma la parte V de la *Loi constitutionnelle de 1982* (Woehrling, 1991, p. 12; MacLauchlan, 1997, p. 170; Webber, 1997, pp. 314-318; Dawson, 1999, p. 5). Para otros, como Guy Tremblay, el Dictamen acredita más bien la existencia de un procedimiento especial que no

<sup>63</sup> *Id.*, pár. 105.

<sup>64</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, art. 38 et 42.

<sup>65</sup> *Id.*, art. 41.

<sup>66</sup> *Id.*, art. 43.

<sup>67</sup> Retomamos aquí un argumento presentado en Rocher y Casanas Adam (2016, p. 905).

requeriría el acuerdo de las Cámaras federales y de las asambleas legislativas de, al menos, dos tercios de otras provincias representando más del cincuenta por ciento de su población (Tremblay, 1998, p. 423; Brun, Tremblay y Brouillet, 2014, pp. 242 y 243). El tal procedimiento permitiría respetar las vías del Tribunal que sostenían que el resultado del proceso de negociación debía recibir el asentimiento de una mayoría clara (y no la unanimidad) del conjunto de Canadá. Esta mayoría sería obtenida por la aprobación formal vía de las resoluciones de las asambleas legislativas y del Parlamento canadiense. Cualquiera que sea, es muy probable que un nuevo dictamen sería solicitado al Tribunal a fin de que determine –o improvise– el procedimiento de modificación que debería ser utilizado.

#### 4. Conclusión

El Tribunal dictó una decisión que ha contribuido a fijar los parámetros que rigen el marco institucional así como el proceso de deliberación y de negociación sorteando un cambio constitucional solicitado por un gobierno provincial. En este sentido, para retomar la fórmula propuesta por Chevallier, esta decisión ilustra de manera elocuente la síntesis entre las dimensiones políticas de los fenómenos jurídicos y las dimensiones jurídicas de los fenómenos políticos. El Tribunal se esfuerza por llegar a identificar los principios constitucionales subyacentes hasta ahora escondidos en la Constitución canadiense. Si estos principios se imbrican y no pueden estar aislados los unos de los otros, su interpretación debe realizarse de forma coherente. Los múltiples silencios del Dictamen minan, sin embargo, esta aparente cohesión. Ciertamente, la decisión invita a las partes, en el marco de una democracia estrechamente definida, a debatir pero sin precisar las normas y los procedimientos que deberían ser respetados. Será posible ver el reconocimiento del poder discrecional de los actores políticos. Es, en efecto, ilusorio prever el tenor de las deliberaciones y aún menos predecir los resultados. Sin embargo, los silencios y las zonas de sombra que enturbian la argumentación presentada por los jueces hacen mucho más que ilustrar la deferencia del tribunal para con los actores políticos. Ellos introducen la posibilidad real de favorecer las decisiones fundadas en criterios arbitrarios que no reposan más que sobre la interpretación subjetiva de los actores en función de sus intereses y preferencias<sup>68</sup>. En este sentido, crean un desequilibrio entre los actores que son con todo convocados a los debates y a las negociaciones.

El Dictamen se apoya, no obstante, en el principio medular del imperio de la ley que se dirige a limitar la arbitrariedad y a recordar las reglas del juego a las que todos los actores políticos deben conformarse. El Tribunal consigue disminuir el margen de maniobra del Quebec, especialmente retirándole el poder de definir los términos de la pregunta referendaria y de asegurar que se comprende bien en su contexto de formulación y de aplicación, esto es, el Quebec y los quebequenses que eventualmente deberían responderla. El Tribunal establece igualmente que una

<sup>68</sup> Es, por demás, lo que el gobierno está deseoso de hacer al adoptar su *Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec*, L.C. 2000, c. 26. Sobre esta cuestión, ver los trabajos de Courtois (2000, p. 58), Turp (2001, p. 138), Rocher y Verrelli (2003, p. 207), Lajoie (2003, p. 175), Taillon (2014, p. 14) y Rocher y Casanas Adam (2016, p. 905).

mayoría simple no sería suficiente para entablar las negociaciones pero sin precisar la fórmula que convendría y que sería justa, equitativa y legítima. Peor aún, la decisión avala la posibilidad de un rechazo arbitrario e imprevisible de un resultado referendario después de su celebración sobre la base de reglas desconocidas. Nada permite limitar este «poder de perjuicio», más que la opinión que se impondría en la comunidad internacional para con una acción que sería juzgada desleal o inequitativa. Nosotros podemos preguntarnos si semejante determinación sería el fruto de una combinación de cálculos geopolíticos, de intereses financieros y comerciales –y de presiones del Estado potencialmente desmembrado– inscribiéndose en la *realpolitik*, o reposaría sobre un juicio fundado sobre una evaluación de la moralidad de la secesión. Es lícito dudar de que la segunda aproximación gane sobre la primera como demuestran las tentativas recientes de reconocimiento internacional de Estados creados tras una secesión<sup>69</sup>. Por el contrario, el Dictamen reintroduce el recurso a la arbitrariedad para los actores políticos del resto del Canadá –categoría por demás indefinida– por las numerosas zonas que deja, voluntariamente o no, en la sombra. En este sentido, ilustra la fragilidad de los principios subyacentes a la Constitución que buscar ardientemente proteger.

## Bibliografía

- ALLAN, T.R.S. (1985), “Legislative Supremacy and the Rule of Law: Democracy and Constitutionalism”, *Cambridge Law Journal*, 44 (1), pp. 111-143.
- BEAUD, O. (2003), “Constitution et droit constitutionnel”. En: ALLAND, D. y RIALS, S. (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses universitaires de France, París.
- BERNATCHEZ, S. (2015), “Briser la loi du silence sur le silence de la loi : de l’interprétation sémantique à l’application pragmatique du droit”, *Les Cahiers de droit*, 56 (3-4), pp. 233–255.
- BOTERO, J.C. y PONCE, A. (2010), *Measuring the Rule of Law*, The World Justice Project—Working Paper Series, núm. 001.
- BOURDIEU, P. (1986), “La force du droit”, *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64 (1), pp. 3-19.
- BOZEMAN, B. y RAINEY, H. G. (1998), “Organizational Rules and the ‘Bureaucratic Personality’”, *American Journal of Political Science*, 42 (1), pp. 163-189.
- BRUN, H., TREMBLAY, G. y BROUILLET, E. (2014), *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville.
- CARTIER, G. (2004), “Le contrôle de l’exercice du pouvoir discrétionnaire: le difficile passage de la théorie à la pratique”. En: CONFÉRENCE DES JURISTES DE L’ÉTAT, *Actes de la XVI<sup>e</sup> Conférence des juristes de l’État*, Éditions Yvon Blais, Cowansville.
- CARTIER, G. (2009), “Administrative Discretion and the Spirit of Legality: From Theory to Practice”, *Canadian journal of law and society*, 24 (3), pp. 313–335.

<sup>69</sup> Sobre este tema, ver Hillgruber (1998), Orakhelashvili (2008), Van der Linden (2009), Worster (2009), Ryngaert y Sobrie (2011), Gökçe (2013).

- CHEVALLIER, J. (1993), "Science du droit et science du politique. De l'opposition à la complémentarité". En: CURAPP, *Droit et politique*, Presses universitaires de France, Paris.
- COMMAILLE, J. (2003), "Droit et politique". En: ALLAND, D. y RIALS, S. (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses universitaires de France, Paris.
- COURTOIS, S. (2000), "Entre légitimité et stabilité: le débat sur la majorité requise dans l'éventualité d'un troisième référendum", *Arguments*, 2 (2).
- COURTOIS, S. (2014), "En quel sens peut-on affirmer que l'avis de la Cour suprême sur la sécession du Québec "constitutionnalise" la sécession?", *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 6, pp. 47-71.
- DAVIS, K.C. (1969), *Discretionary Justice, A Preliminary Inquiry*, Louisiana State University Press, Baton Rouge.
- DAWSON, M. (1999), "Reflections on the Opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference", *National Journal of Constitutional Law*, 11 (2), pp. 5-48.
- DELPÉRÉE, F. (1978), "La Constitution et son interprétation". En: VAN DE KERCHOVE (dir.), M., *L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, Faculté universitaire Saint-Louis, Bruselas.
- DERRIENNIC, J.P. (1998), "Majorité claire: mode d'emploi", *Cité libre*, 26 (9).
- DICEY, A.V. (1893), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 4<sup>a</sup> ed., Macmillan, Londres/Nueva York.
- DION, S. (2012), "La sécession et les vertus de la clarté", *Revue de droit d'Ottawa*, 44 (2).
- DION, S. (2014), "Le Renvoi relatif à la sécession du Québec: des suites positives pour tous", *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 6, pp. 3-20.
- DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS DU QUÉBEC (2002), "Le référendum de 1980", *La consultation populaire au Canada et au Québec*, 3<sup>a</sup> ed., Directeur général des élections du Québec, Quebec.
- DUBOIS, J.P. (2005), *Pouvoir discrétionnaire* [s.l.]. Disponible en línea; <http://users.unimi.it/ferminio/ParteSpecialeAP2015/DuboisJP2015%20%20Pouvoir%20discr%C3%A9tionnaire.pdf>
- DUMONT, H. (2007), "Les spécificités de l'interprétation constitutionnelle au seuil du XXI<sup>e</sup> siècle". En: ANDERSEN, R., DÉOM, D., LEURQUIN-DE VISSCHER, F., RASSON-ROLAND, A., RENDERS, D., VERDUSSEN, M., *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraire d'un constitutionnaliste*, Bruylant/L.G.D.J., Bruselas/Paris.
- FEAVER, G. (1995), "Canadian Political Miscalculation? Quebec's Referendum 95", *Government and Opposition*, 30 (2), pp. 45-61.
- FILION, M. (1979), "Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercé sous forme de normes administratives: les directives", *Les Cahiers de droit*, 20 (4), pp. 855-899.
- GARANT, P. (2010), *Droit administratif*, 6<sup>a</sup> ed., Éditions Yvon Blais, Cowansville.
- GILLEY, B. (2006), "The meaning and measure of state legitimacy: Results for 72 countries", *European Journal of Political Research*, 45 (3), pp. 499-525.
- GÖKÇE, Y. (2013), "Recognition of External Right to Self Determination and Syria Case", *Law & Justice Review*, 4 (2), pp. 277-300.
- GOODIN, R.E. (1986), "Welfare, Rights and Discretion", *Oxford Journal of Legal Studies*, 6 (2), pp. 232-261.
- HILLGRUBER, C. (1998). "The Admission of New States to the International Community", *European Journal of International Law*, 9 (3), pp. 491-509.
- HOULE, F. (2001), *Les règles administratives et le droit public aux confins de la régulation juridique*, Éditions Yvon Blais, Cowansville.
- KAUFFMANN, E. (2014), "'Les trois types purs de la domination légitime' de Max Weber: les paradoxes de la domination et de la liberté", *Sociologie*, 5 (3), pp. 291-302.

- KLEINFELD BELTON, R. (2005), *Competing Definitions of the Rule of Law. Implications for Practitioners*, Carnegie Papers, núm. 55.
- LAJOIE, A. (1997), *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, Presses universitaires de France, París.
- LAJOIE, A. (1999), *Avis juridique le sens de l'expression « question claire » dans le renvoi relatif à la sécession du Québec*, [s.n.], [s.l.].
- LAJOIE, A. (2000), "La primauté du droit et la légitimité démocratique comme enjeux du Renvoi sur la sécession du Québec", *Politique et Sociétés*, 19 (2-3), pp. 31-41.
- LAJOIE, A. (2003), "La loi sur la Clarté dans son contexte". En: GAGNON, A-G. (dir.), *Québec: État et Société*, Québec Amérique, Montreal.
- LE DIVELLEC, A. (2010), "L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution", *Jus Politicum Revue internationale de droit politique*, 4.
- LECLAIR, J. (2002), "Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles", *Queen's Law Journal*, 27, pp. 389-443.
- LYPSKY, M. (1980), *Street-level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*, Russell Sage Foundation, Nueva York.
- MACLAUCHLAN, H. W. (1997), "Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference", *The Canadian Bar Review*, 76, pp. 155-185.
- MASSICOTTE, L. (1992), "La réforme de la procédure référendaire québécoise : la réflexion sur quelques enjeux". En: CÔTÉ, P.F. (dir.), *Démocratie et référendum : la procédure référendaire. Actes du colloque du département de science politique de l'Université de Montréal*, Université de Montréal, Montreal.
- MCFALLS, L. (2005), "L'État bâtard : illégitimité et légitimation chez Max Weber". En: COUTU, M. y ROCHER, G. (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Presses de l'Université Laval, Quebec.
- MONAHAN, P. J. (1999), "The Public policy role of the Supreme Court of Canada in the Secession Reference", *National Journal of Constitutional Law*, 11, pp. 65-105.
- MONAHAN, P.J., BRYANT, M.J. y COTÉ, N.C. (1999), "Coming to Terms with Plan B: Ten Principles Governing Secession". En: CAMERON, D.R. (dir.), *The Referendum Papers. Essays on Secession and National Unity*, University of Toronto Press, Toronto.
- NEVITTE, N. y KANJI, M. (2002), "Authority orientations and political support: A cross-national analysis of satisfaction with governments and democracy", *Comparative Sociology*, 1, pp. 387-412.
- NOREAU, P., HOULE, F., ISSALYS, P. y VALOIS, M. (2014), *La justice administrative: entre indépendance et responsabilité. Jalons pour la création d'un régime commun des décideurs administratifs indépendants*, Éditions Yvon Blais, Cowansville.
- ORAKHELASHVILI, A. (2008), "Statehood, Recognition and the United Nations System: A Unilateral Declaration of Independence in Kosovo". En: VON BOGDANDY, A. y WOLFRUM, R. (dirs.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 12, Martinus Nijhoff Publishers, Londres.
- OWENS, R.J. (2011), "Justices and Legal Clarity: Analyzing the Complexity of U.S. Supreme Court Opinions", *Law & Society Review*, 45 (4), pp. 1027-1061.
- PACTEAU, B. (2003), "Discrétionnarité". En: ALLAND, D. y RIALS, S. (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses universitaires de France, París.
- PAYET, J.P. (2008), "Le "caractère" du fonctionnaire. Sur les conditions ordinaires de la reconnaissance". En: PAYET, J.P. y BATTEGAY, A. (dirs.), *La reconnaissance à l'épreuve. Explorations socio-anthropologiques*, Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve d'Ascq.
- PERELMAN, C. (1978), "L'usage et l'abus des notions confuses", *Logique & analyse*, 21 (81), pp. 3-17.

- PERELMAN, C. (1978), "La motivation des décisions de justice, essai de synthèse". En: PERELMAN, C. y FORIERS, P. (dirs.), *La motivation des décisions de justice*, Émile Bruylant, Bruselas.
- PINARD, M. (1997), "Les déterminants psychosociaux". En: PINARD, M., BERNIER, R. y LEMIEUX, V. (dirs.), *Un combat inachevé*, Presses de l'Université Laval, Sainte-Foy.
- RADMILOVIC, V. (2010), "Strategic Legitimacy Cultivation at the Supreme Court of Canada: Quebec Secession Reference and Beyond", *Canadian Journal of Political Science*, 43 (4), pp. 843-869.
- ROCHER, F. (2014), "Self-determination and the Use of Referendums. The Case of Quebec", *International Journal of Politics, Culture, and Society*, 27 (1), pp. 25-45.
- ROCHER, F. y CASANAS ADAM, E. (2016), "L'encadrement juridique du droit de décider : la politique du confinement judiciaire en Catalogne et au Québec". En TAILLON, P., BROUILLET, E. y BINETTE, A. (dirs.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Éditions Yvon Blais, Cowansville.
- ROCHER, F. y VERRELLI, N. (2003), "Questioning Constitutional Democracy in Canada: From the Canadian Supreme Court Reference on Quebec Secession to the Clarity Act". En GAGNON, A-G., GUIBERNAU, M. y ROCHER, F. (dirs.), *The Institutional Accommodation of Diversity*, Institute for Research on Public Policy, Montreal.
- RYNGAERT, C. y SOBRIE, S. (2011), "Recognition of States: International Law or Realpolitik? The Practice of Recognition in the Wake of Kosovo, South Ossetia, and Abkhazia", *Leiden Journal of International Law*, 24 (2), pp. 467-490.
- SCRUTON, R. (2007), *The Palgrave Macmillan Dictionary of Political Thought*, Palgrave Macmillan, Nueva York.
- SIMARD, A. (2005), "Légalité et légitimité (d')après Max Weber", *Aspects sociologiques*, 12 (1), pp. 159-188.
- STEIN, R. (2009), "Rule of Law: What Does it Mean?", *Minnesota Journal of International Law*, 18, pp. 293-203.
- TAILLON, P. (2014), "De la clarté à l'arbitraire : le contrôle de la question et des résultats référendaires par le Parlement canadien", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals (REAF)*, 20, pp. 13-59.
- TAILLON, P. y DESCHÊNES, A. (2012), "Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien: L'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels", *Les Cahiers de droit*, 53 (3), pp. 461-522.
- TAMANAH, B. Z. (2012), "The History and Elements of the rule of Law", *Singapore Journal of Legal Studies*, pp. 232-247.
- THORNHILL, C. (2010), "Legality, legitimacy and the constitution: A historical-functional approach". En: THORNHILL, C. y ASHENDEN, S. (dirs.), *Legality and Legitimacy: Normative and Sociological Approaches*, Nomos, Baden-Baden.
- TREMBLAY, G. (1998), "La procédure implicite de modification de la Constitution du Canada pour le cas de la sécession du Québec", *Revue du Barreau* 58, pp. 423-437.
- TREMBLAY, L.B. (1994), "La théorie constitutionnelle canadienne et la primauté du droit", *Revue de droit de McGill*, 39, pp. 101-143.
- TREMBLAY, L.B. (1997), *The Rule of Law, Justice and Interpretation*, McGill-Queen's University Press, Montreal.
- TURP, D. (2001), "Le Droit du Québec à l'autodétermination et à l'indépendance : La loi sur la Clarté du Canada et la Loi sur les droits fondamentaux du Québec en collision". En: LABOUZ, M.F. (dir.), *Intégration et identités nord-américaines vues de Montréal, 1995-2000*, Bruylant, Bruselas.

- VAN DE KERCHOVE, M. (1986), "Fondement et limites du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Aux confins de la légalité", *Sociologie et sociétés*, 18 (1), pp. 77-96.
- VAN DE KERCHOVE, M. (1988), "Le sens clair d'un texte : argument de raison ou d'autorité?". En: VASSART, P., HAARSCHER, G., INGBER, L. y VANDER ELST, R. (dirs.), *Arguents d'autorité et arguents de raison en droit*, Éditions Nemesis, Bruselas.
- VAN DER LINDEN, C. (2009), "Secession: Final Frontier for International Law or Site of Realpolitik Revival?", *Journal of International Law and International Relations*, 5 (2), pp. 1-10.
- VERRELLI, N. y CRUICKSHANK, N. (2014), "Exporting the clarity ethos: Canada and the Scottish independence referendum", *British Journal of Canadian Studies*, 27 (2), pp. 195-117.
- WARREN, K.F. (2003), "Administrative Discretion". En: RABIN, J. (dir.), *Encyclopedia of Public Administration and Public Policy*, Marcel Dekker, Nueva York.
- WEBBER, J. (1997), "The Legality of a Unilateral Declaration of Independence under Canadian Law", *McGill Law Journal*, 42, pp. 281-318.
- WEBER, M. ([1922] 2014), "Les trois types purs de la domination légitime (Traduction d'Elisabeth Kauffmann)", *Sociologie*, 5 (3), pp. 291-302.
- WOEHLING, J. (1992), "Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec", *Revue québécoise de droit international*, 7 (1), pp. 1-110.
- WORSTER, W. T. (2009), "Law, Politics, and the Conception of the State in State Recognition Theory", *Boston University International Law Journal*, 27 (1), pp. 115-172.
- YOUNG, R.A. (1999), *The Struggle for Quebec. From Referendum to Referendum*, McGill-Queen's University Press, Montréal-Kingston.
- ZOLLER, E. (2003), "Rule of Law". En: ALLAND, D. y RIALS, S. (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses universitaires de France, Paris.

## Textos Jurídicos

*Code de procédure civile*, RLRQ, c. 25.01.

*Loi constitutionnelle de 1982*.

*Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec*, L.C. 2000.

*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998].