

COMPETENCIAS DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA SOBRE REGULACIÓN Y CONVOCATORIA DE CONSULTAS POPULARES

Pau Bossacoma i Busquets

Doctorando en el Área de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Democracia participativa como submodelo de democracia representativa. - 3. Las competencias de la Generalitat en la regulación y convocatoria de consultas populares. - 4. La autorización estatal de las consultas populares por vía de referéndum. - 5. Límites materiales a las consultas de carácter soberanista: comentario de la inconstitucionalidad material de la Ley vasca 9/2008. - 6. Las competencias de la Generalitat sobre consultas populares “en el ámbito de sus competencias”.

1. Introducción

Los objetivos de este trabajo son múltiples: (1) Presentar una breve evolución y clasificación de las democracias con el fin de observar que las consultas populares y/o referéndums deben entenderse dentro del paradigma de la democracia liberal representativa. (2) Mostrar cómo numerosas federaciones democráticas occidentales admiten diferentes mecanismos de participación sobretodo en los niveles subestatales de gobierno. (3) Abordar la distribución competencial entre Estado y Generalitat en cuanto a las consultas populares referendarias como en las no referendarias. (4) Tratar el acto estatal de autorización de las consultas referendarias del art. 149.1.32 CE. (5) Explorar la inconstitucionalidad material de ciertas consultas con motivo de un pretendido ejercicio del derecho a la autodeterminación y, en sintonía con los debates Actuales, exponer cómo la Generalitat podría formular una consulta popular, de carácter soberanista o por un nuevo pacto fiscal, respetuosa con el ordenamiento constitucional español.

Agradecemos sinceramente los consejos de los doctores Antoni Bayona i Rocamora, Enric Argullol i Murgadas, Carles Viver i Pi-Sunyer, Mercè Corretja Torrens, Hèctor López Bofill y de los evaluadores anónimos del IEA.

2. Democracia participativa como submodelo de democracia representativa

Durante el nacimiento de los estados liberales modernos, los debates entre democracia representativa y democracia directa se plantean como antagónicos e irreconciliables. Las democracias antiguas, generalmente las griegas se consideran las pioneras, son democracias eminentemente directas y totalizantes en las cuales la asamblea de ciudadanos plenipotenciaria delibera reunida públicamente, aprueba las leyes, elige de entre sus miembros a sus magistrados y jueces (a menudo por sorteo obligatorio y eludiendo un principio de especialización) y disfruta de formidables competencias de control de estos cargos políticos (recordamos la institución del ostracismo).¹ Aristóteles, buen conocedor de estas constituciones democráticas, se postula tímidamente a favor de una constitución mixta entre la democracia y la aristocracia. El autor, influenciado en buena medida por las objeciones platónicas al igualitarismo democrático, inicia un debate en pro de una concepción diferente de la democracia que no llega a cuajar hasta la Ilustración. Aristóteles pretende diferenciar entre la capacidad de escoger y la de ser escogido de los ciudadanos en virtud de su nobleza, pericia, capacidad intelectual y moral.²

El paso por los sistemas de representación de los brazos medievales influye en las nuevas teorías liberales y democráticas florecientes. Basado en el principio de especialización y de separación de poderes, es durante la Ilustración que se desarrolla teóricamente un modelo de democracia representativa o mediata, concediendo a los ciudadanos la capacidad de escoger periódicamente a sus representantes sin someterse estos últimos a mandato imperativo. A finales del s. XVII, Locke defiende un Estado liberal y de derecho que reconozca y ampare los derechos naturales inalienables del hombre a partir de una rudimentaria separación de poderes. Para Locke, la renuncia de la libertad natural del hombre cuando consiente el contrato social debía implicar que la sociedad y los gobiernos civiles surgidos del pacto se rigieran por la voluntad de la mayoría.³ Asentando las bases teóricas de la Gloriosa Revolución inglesa de 1688, Locke defiende que el gobierno civil debería ser encabezado por un Parlamento (*Westminster*) que reuniera los representantes del pueblo. A mediados del s. XVII, Montesquieu defiende un sistema moderado con una separación de poderes a partir de una forma mixta de gobierno, en el cual los poderes y contrapoderes reunirán elementos monárquicos, aristocráticos y democráticos. Más concretamente, a partir de la elección de sus representantes, la ciudadanía ostentaría parte del poder legislativo en concurrencia con la cámara nobiliaria y el principio monárquico.⁴ A partir de esta constitución mixta, Montesquieu pretende llegar a un estado liberal y de derecho que proteja la libertad de los ciudadanos frente a las razias absolutistas o tiranas. En este sentido, el estado liberal (basado en las nociones de estado de derecho, derechos

¹ Vid. Requejo, F., *Las democracias*, Barcelona, Ariel, 1990, primera parte.

² Aristóteles, *Política*, Madrid, Alianza Editorial, 2001. Libro III. Los elementos democráticos que podría contener la constitución de Aristóteles serían las potestades de los ciudadanos de participación en las deliberaciones, de elección de sus magistrados y de rendición de cuentas de estas magistraturas.

³ Locke, *Assaig sobre el Govern Civil* precedido de la *Carta sobre la Tolerància*, Barcelona. Laia, 1983. "Assaig sobre el Origen, els Límits i els Fins Veritables del Govern Civil". Cap. VII.

⁴ Montesquieu, *De l'esperit de les lleis*, Barcelona, Ediciones 62, 1983, Libro undécimo: "De les lleis que formes la llibertat política en relació amb la constitució", en especial, pp. 189-190.

fundamentales y separación de poderes) ocurre antes y necesariamente a las democracias contemporáneas. A mediados del s. XIX, J.S. Mill ya defendía un estado liberal basado en un modelo bien trabado de democracia representativa en buena medida inspirado por el propio funcionamiento de *Westminster*.⁵ A diferencia de éstos, Rousseau se postula a favor de una república eminentemente democrática y totalitaria inspirada en los modelos de la antigüedad, rehuyendo los elementos liberales defendidos por Locke y Montesquieu. Respecto al contrato social, Rousseau concluye que se puede reducir a una sola cláusula: “la alienación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad”, o lo que es lo mismo, “cada uno de nosotros pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y nosotros como cuerpo, recibimos cada miembro una parte indivisible del todo”. En cuanto a los efectos del contrato: “este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea.”⁶

Si bien es cierto que algunas democracias como las norteamericanas o las suizas recogen fuertes elementos de participación directa de la ciudadanía,⁷ la mayoría de las democracias que florecen a partir del s. XIX se decantan por el modelo de democracia liberal representativa sin prever instituciones de participación ciudadana directa. A partir del s. XX, cuando la democracia directa ya había perdido toda la capacidad de operar verdaderamente como un modelo alternativo de la democracia representativa,⁸ las democracias liberales representativas se inclinan gradualmente a favor de añadir al tronco de la democracia representativa instituciones participativas como el referéndum o el derecho de iniciativa popular (ya sea legislativa o de otra naturaleza de disposiciones normativas o acuerdos), sin que esto implicara apartarse del modelo de democracia representativa.

La consulta y la iniciativa populares no son instituciones propias de la democracia directa, sino instrumentos de participación directa de la ciudadanía para aproximar representantes y representados nacidos en el modelo de democracia liberal representativa.⁹ La noción de referéndum proviene de la decisión parlamentaria que se dirige al ciudadano *ad referendum*. A pesar de la multitud de tipologías y funciones del referéndum, no deja de ser una forma de votación secreta en la cual se segrega un ciudadano de otro en la forma típica de la democracia liberal, a diferencia de la antigua, que era una democracia donde el voto se expresaba normalmente de forma colectiva y pública (a excepción del procedimiento de ostracismo). Dicho de otra forma, tanto la votación de los representantes electos como la decisión del voto en un referéndum radica en un ciudadano atomizado. El referéndum, a pesar de poder ser un pronunciamiento del cuerpo que en última instancia ostenta la soberanía popular,

⁵ Mill, J.S., *Del gobierno representativo*, Madrid, Tecnos, 1985.

⁶ Rousseau, *Del contrato social*, Barcelona, Ediciones 62, 1993. Libro primero, Cap. VI: “Del pacto social”.

⁷ Luciani, M., “Il referendum. Questioni teoriche e dell’esperienza italiana”, RCDP, núm. 37, 2008, p. 170.

⁸ Aguiar de Luque, L., “Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español”, dentro de Trujillo, López Guerra, González-Trevijano (dirs.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 68. Respecto del referéndum, el profesor Fossas alerta que a menudo no nos encontramos propiamente ante un mecanismo de democracia directa *stricto sensu*, sino ante un mecanismo de democracia semidirecta. Bar, A., De Carreres, F., Carrillo, M., Fosas, E., Montilla, J.A., Torres, I., “Encuesta sobre la constitucionalidad del referéndum vasco”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, 2009, p. 29.

⁹ Luciani, M., “Il referéndum...”, pp. 158-166. Aguiar de Luque, L., “Democracia directa...”, pp. 70-71.

es respetuoso con el estado de derecho, la separación de poderes y los derechos fundamentales (siguiendo una lógica bien diferente a la democracia directa que ya hemos percibido que tenía unas tendencias totalizantes). Es decir, el referéndum no es una expresión directa de soberanía. Además, el referéndum se inserta en la lógica representativa en alguno de los siguientes puntos: (1) a menudo el referéndum es a instancia de los representantes –ya sean de la mayoría gobernante o de la oposición-; (2) cuando el referéndum es solicitado a instancia popular, no es infrecuente que un número notable de representantes necesite avalar la instancia porque éste se celebre; (3) finalmente, quien interpretará y materializará el resultado referendario serán los representantes. En cuanto al derecho de iniciativa popular es notorio que se trata de una concreción del derecho de petición colectiva que parte de la ciudadanía dirige a los representantes elegidos, al cual se vinculan unas obligaciones de tramitación y discusión parlamentarias.¹⁰

Visto así, no parece casual que, durante el s. XX, la conquista del derecho de sufragio universal avance a menudo de la mano de la incorporación de estos institutos participativos que permitirían acuñar una nueva denominación como ‘democracia participativa’, entendida como forma de democracia “a medio camino entre la democracia representativa y la democracia directa”¹¹ o, concretando más, ‘submodelo’ de democracia liberal representativa con mecanismos que propicien la participación directa de la ciudadanía inspirados en el paradigma lejano de la democracia antigua.¹² A pesar de que la voluntad de la democracia participativa de reducir el monopolio fáctico de la presa de decisiones por la clase política profesionalizada haciendo participar más intensa y extensamente a la ciudadanía,¹³ esta democracia no se postula como una alternativa al sistema representativo.

La tendencia de las democracias liberales representativas es la incorporación pujante de los diferentes institutos participativos. Las constituciones españolas decimonónicas no contemplan el referéndum.¹⁴ Transcurrida la I Guerra Mundial, la Constitución de Weimar de 1919,¹⁵ además de las nuevas constituciones austriaca, irlandesa y checoslovaca,¹⁶ anticipan la recepción del referéndum y el plebiscito de la Constitución española de 1931¹⁷ y del Estatuto Interior de Cataluña de 1933.¹⁸

¹⁰ Para distinguir el derecho de petición del derecho de iniciativa popular: COLOM, B., *El derecho de petición*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 37-38.

¹¹ Bueno Armijo, A., “<Consultas populares y Referéndum consultivo>: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial”, *RAP*, 177, 2008, p. 203.

¹² Definición propia inspirada en Luciani, M., “El referéndum...”,

¹³ Aguiar de Luque, L., “Democracia directa...”, pp.68-69.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 78.

¹⁵ En relación con los referéndums y plebiscitos, *vid.* arts. 18, 43, 73-6, 167 de la Constitución de Weimar.

¹⁶ Aguiar de Luque, L., “Democracia directa...”, p. 71.

¹⁷ El artículo 66.1 de la Constitución de 1931 prevé un referéndum estatal el objeto del cual eran “las leyes votadas por las Cortes” cuando lo solicitara un 15% del electorado. Sin embargo, no es finalmente desarrollada por ley. El artículo 66.3 establece el derecho de iniciativa legislativa popular cuando lo solicite un 15% del electorado. Al final, no prosperaría el referéndum arbitral inspirado en el artículo 43 de la Constitución de Weimar, incluido en el proyecto de la Comisión Parlamentaria. Los únicos referéndums que se celebran son los ‘plebiscitos’ regionales para la aprobación de los Estatutos tal y como indica el artículo 12.b) de la Constitución de 1931. Pérez Sola, N., *La regulación constitucional del referéndum*, Jaén, Universidad de Jaén, 1994, pp. 15-18. Vale la pena recordar que a la Dictadura de Primo de Rivera se promulga el Estatuto Municipal de 1924 que regula “ampliamente” las consultas populares municipales (después fue reemplazado por la Ley Municipal republicana de 1935, la

Después de la II Guerra Mundial, la Constitución italiana de 1948, entre otras, continuaría en su camino hacia la democracia participativa, demostrando que el referéndum encaja plenamente con la democracia liberal representativa.¹⁹

La Constitución española de 1978 (CE) opta por un modelo de democracia participativa si nos fijamos en sus artículos más genéricos (*ad ex.* arts. 9.2 y 23.1 CE). Cuando nos detenemos en la regulación más concreta de las consultas y el derecho de iniciativa legislativa popular, podemos observar notables reticencias, sobretodo respecto de las primeras. A modo de ejemplo, el artículo 92 CE atribuye un carácter no vinculante a las consultas referendarias relativas a *decisiones políticas de especial trascendencia*, substituyendo el referéndum *abrogatorio* de leyes del art. 85 del Anteproyecto de CE (tanto de las leyes sancionadas como de las no sancionadas –*veto plebiscitario*–).²⁰ Otro ejemplo se encuentra en el art. 149.1.32 CE reservando la competencia exclusiva al Estado para la autorización de las consultas populares por vía de referéndum. A favor de los temores y la reticencias de los constituyentes hacia estas instituciones participativas, se puede alegar como mínimo dos buenos argumentos: (1) En esos momentos era necesario centrarse en la tarea inmediata de institucionalización de los principios fundamentales de la democracia liberal representativa (separación de poderes, respeto a los derechos fundamentales y normalización

cual regula el referéndum local de una manera más “restrictiva”). *Vid.* Font, T., “El Referéndum Local en España”, *Autonomies* 2-3, 1985, 123-124.

¹⁸ Sin perjuicio del referéndum de reforma estatutaria regulado en el artículo 18 del Estatuto Exterior de Cataluña de 1932, los arts. 33.3 y 34 del Estatuto Interior de Cataluña de 1933 regulan el referéndum popular de disolución parlamentaria. El profesor Castellà nos explica que el referéndum popular para decidir la disolución del Parlamento catalán será a iniciativa de un 20% de los electores inscritos. Después, este referéndum será válido si es aprobado por mayoría de los votantes con un mínimo del 40% de participación exigida. Castellà, J.M., “Las consultas populares en la Sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”, dentro de *Estudios sobre la Sentencia 31/2010*, URJC e IDP, 2011, pp.204-205. Castellà no menciona que el Presidente de la Generalitat también está dotado del poder de iniciativa referendaria de la misma forma que el 20% de los electores inscritos: “Art. 34. Para ser sometida a referéndum la propuesta de disolución del Parlamento catalán, deberá hacerla el Presidente de la Generalitat o el 20 por 100 de los electores inscritos, (...)” A favor de Castellà vale decir que la convocatoria presidencial del referéndum respondería a un supuesto excepcional debido a que: (1) el Presidente es elegido por el Parlamento *ex. art.* 39, (2) el Presidente desaprovechaba esta condición cuando perdía la confianza parlamentaria *ex art.* 41, y, (3) si el referéndum fuera rehusado, el Presidente quedaría automáticamente dimitido. A nivel local, la Ley Municipal de Cataluña de 1933 contiene “la regulación más completa del referéndum municipal (en España) y de otras instituciones más próximas a éste”. *Vid.* Font, T., “El Referéndum Local en España”, pp. 123-124.

¹⁹ El art. 75 de la Constitución italiana recoge el ‘referéndum abrogatorio’ de leyes que inspiraría el art. 85 del Anteproyecto de la CE. También es destacable el ‘referéndum constitucional’ del art. 138.

²⁰ Solé Tura (Grupo comunista) fue precursor de la actual redacción del art. 92 CE presentando una enmienda al art. 85 del Anteproyecto (obtiene el soporte de los grupos parlamentarios socialista, centrista y nacionalista aprobándose por 33 votos a favor y 2 en contra). Solé Tura argumenta: (1) a favor de la doctrina de la soberanía parlamentaria, (2) el respeto a la *partitocracia* y (3) tomando el argumento de Roca Junyent, según el cual el referéndum abrogatorio se mantiene indirectamente a partir de la iniciativa Legislativa Popular –ILP– y los efectos *lex posterior derogat legi priori*– siendo esta última una posibilidad legislativa constructiva y no solamente destructiva–. Fraga Iribarne (Grupo de Alianza Popular) opone que: (1) la voluntad de la CE no es establecer una soberanía parlamentaria, (2) los referéndums y las ILP son un buen contrapoder al futuro monopolio de los partidos políticos, (3) dentro de la democracia representativa debe haber un equilibrio correcto con los elementos de democracia directa y semidirecta. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 81 de 6.VI.1978, pp. 2936-2946.

de los partidos políticos), restringiendo los mecanismos de participación directa de la ciudadanía que pudieran distorsionar su consolidación. (2) Los antecedentes franquistas enturbiaban la institución referendaria por el hecho que intentaron legitimar de forma constitucional y aparentemente democrática un régimen autoritario.²¹

El Tribunal Constitucional español (TC) se decanta continuamente a favor de una interpretación sorprendentemente restrictiva de la regulación y ejercicio de los mecanismos de participación directa de la ciudadanía. He aquí, el TC ha proclamado que: “Y aun si se admitiera que la Ley puede ampliar los casos de participación directa, los supuestos habrían de ser, en todo caso, excepcionales en un régimen de democracia representativa como el instaurado por nuestra Constitución, en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa”.²² En el mismo sentido: “(...) normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo”.²³ El TC se reafirma en esta interpretación restrictiva en los últimos años.²⁴ El TC motiva recurrentemente esta interpretación a partir del art. 1.3 CE que instaura la monarquía parlamentaria como forma de gobierno del Estado español.

A continuación expresaremos dos críticas a esta línea jurisprudencial. La primera crítica es eminentemente conceptual. La interpretación restrictiva del TC es tributaria de su jurisprudencia que considera los referéndums, el derecho de iniciativa (legislativa) popular y el régimen de consejo abierto a formas de democracia directa.²⁵ Como ya se ha expuesto, las instituciones participativas como las consultas populares y el derecho de iniciativa no son instituciones propias y provenientes de las antiguas democracias directas (ni son propiamente mecanismos de democracia semidirecta), sino instituciones propias de la democracia representativa que no pueden comprenderse separadas de este modelo de democracia.²⁶ Ergo, la apelación a la monarquía parlamentaria del art. 1.3 CE para restringir estos últimos mecanismos de participación directa no es acertada. La segunda crítica es eminentemente hermenéutica. En estos momentos la jurisprudencia constitucional debería de dirigirse hacia una interpretación expansiva de los derechos de participación directa de la ciudadanía (*principio pro participación*), debido a la consolidación de los principios fundamentales de la democracia liberal representativa (separación de poderes, respeto a los derechos fundamentales y normalización del sistema de partidos –incluso una ‘partitocracia’ sobredimensionada–) y mitigados los peligros plebiscitarios que nos recordaba la experiencia franquista (reducido el peligro de manipulación de los resultados, aumen-

²¹ Amparándose en la Ley de Referéndum Nacional de 1945 se celebraron tres referéndum durante la Dictadura franquista: El primero, celebrado el 6.VII.1947 para la aprobación de las cinco primeras Leyes Fundamentales aprobadas con una mayoría del 92,94%. El segundo, celebrado el 12.XII.1966 para la aprobación de dos nuevas Leyes Fundamentales y la modificación parcial de las anteriores con una mayoría del 95,86%. El tercero, celebrado el 15.XII.1977 para aprobar la octava Ley Fundamental (Ley de la Reforma Política) con una mayoría del 94%. Pérez Sola, N., *La regulación constitucional del referéndum*, Jaén, Universidad de Jaén, 1994, pp. 18-21.

²² STC 76/1994, FJ. 3º.

²³ STC 119/1995, FJ. 3º.

²⁴ STC 103/2008, FJ. 2º.

²⁵ STC 119/1995, FJ. 3º.

²⁶ Singularmente, los regímenes de consejo abierto de los pequeños municipios presentan una conexión más clara con el paradigma democrático antiguo. No obstante, no podemos olvidar la excepcionalidad de este régimen municipal como un mero residuo histórico. Todavía estos ‘micromunicipios’ ostentan una limitada autonomía jurídicopolítica (no soberanía) siempre sometida a las leyes estatales y autonómicas fruto de modelos democráticos representativos.

tada la formación y cultura política de la ciudadanía respecto del momento constituyente y asegurado el principio de respeto del pluralismo político).²⁷

Antes de entrar en la distribución competencial del Estado Autonómico, observaremos brevemente el panorama comparado. Este derecho comparado en relación con otros estados políticamente descentralizados nos servirá para reforzar la necesidad de que el TC use una hermenéutica propensa a interpretar flexiblemente la posibilidad de las Comunidades Autónomas (CCAA) de regular y convocar referéndums autonómicos. En un reciente estudio sobre la distribución territorial del poder en los estados políticamente descentralizados,²⁸ una de las preguntas que se formula a los profesores encuestados es si los estados (o regiones) de su respectiva federación (o estado regional) pueden someterse libremente a referéndums o consultas populares de carácter político y/o legislativo.²⁹ A continuación, veremos brevemente la mayoría de respuestas de estos profesores. En los EEUU, los estados disfrutan de competencias para regular y celebrar referéndums y consultas, a diferencia de la Federación.³⁰ En el Canadá, a pesar de que la jurisprudencia histórica del *Privy Council* no admite el referéndum vinculante en ningún nivel de poder,³¹ las provincias (los estados) tienen la capacidad de promover referéndums y consultas populares en cualquier materia. En la *Commonwealth* de Australia, los estados pueden convocar referéndums o consultas (vinculantes o no) libremente sin la intervención de la Federación.³² En México, los estados pueden establecer y regular sus propios mecanismos de participación directa (sin la intervención de la Federación) como el plebiscito, el referéndum y la iniciativa popular, sin más limitaciones que el ejercicio en su ámbito de competencias. En Argentina, se reconoce la regulación y el ejercicio de los mecanismos de participación directa por parte de los estados provinciales sin la intervención de la Federación, sin perjuicio de los límites materiales en relación con ciertas materias.³³ En Reino Unido, pese a que los gobiernos devueltos (*devolved governments*) no disfruten de ninguna competencia expresa en este sentido, parece

²⁷ Aguiar de Luque, L., "Democracia directa...", pp. 73-74.

²⁸ Argullol, E. y Velasco, C. (dir.), *Instituciones y competencias en los estados descentralizados*, Barcelona, IEA, 2011, cap. IV.9.

²⁹ Alertamos que, siguiendo la encuesta anteriormente mencionada, hacemos especial referencia al plano estatal (en el caso de las Federaciones) y en el plano subestatal (para los casos de estados regionales). A nivel federal, los mecanismos de democracia directa o semi-directa a menudo son más restringidos (*ad ex.* a nivel federal los EEUU, el Canadá, el RU y Alemania). En el mismo sentido: "En los estados federales, las figuras participativas suelen tener un mayor protagonismo en las esferas de gobierno subnacional (los EEUU y Alemania como ejemplos paradigmáticos)." Castellà, J.M., "Las consultas populares...", p. 203.

³⁰ En los EEUU, a nivel estatal, los mecanismos de participación directa están muy desarrollados. Por ejemplo, en múltiples estados se permite convertir peticiones directamente en leyes o hacer cesar cargos electos mediante la votación particular.

³¹ La jurisprudencia de 1912 del Comité Judicial del *Privy Council* no permite a los titulares del poder político abdicar de sus funciones aunque sea para delegarlas al pueblo para una cuestión concreta. Esta visión es coherente con su momento histórico. El profesor Woehrling (encuestado) comenta que posiblemente la Corte Suprema resolvería de forma diferente en la actualidad. La doctrina del *Privy Council* de antaño era coherente con su momento histórico y la doctrina de la Soberanía Parlamentaria de *Westminster*.

³² En Australia existen límites formales como la prohibición de celebración de un referéndum estatal el mismo día de las elecciones federales o límites materiales como sería la reforma constitucional.

³³ En Argentina, la reforma constitucional y la materia tributaria se consideran límites materiales.

que tampoco tendrían ningún impedimento para convocarlos.³⁴ En Alemania, los länder (estados) pueden regular y convocar referéndums en sus ámbitos de competencia de acuerdo con sus constituciones respectivas. En Austria, debido a la ausencia de reconocimiento explícito de tal competencia en la Constitución federal, el reconocimiento dependerá de las constituciones estatales, pudiendo los länder regular y convocar sus propios referéndums y consultas.³⁵ En la Confederación suiza, los cantones (estados) son completamente libres de establecer sus propios sistemas más o menos basados en la participación directa.³⁶ En Italia, según el art. 123 de la Constitución, se admite el referéndum regional sobre leyes y disposiciones administrativas regionales según los estatutos regionales.³⁷

En conclusión, el TC debería admitir la constitucionalidad de la voluntad de caminar hacia una democracia más participativa teniendo presente que: (1) El referéndum y el derecho de iniciativa popular son instituciones propias –aunque no necesarias– de la democracia liberal representativa. (2) Los supuestos temores del constituyente y del TC españoles respecto a los referéndums y a las consultas deberían disiparse en la medida en que la democracia liberal representativa se consolida en el tiempo. En este sentido, la separación de poderes, el respeto a los derechos fundamentales y el sistema de partidos ya se han consolidado innegablemente en el Estado español. (3) El breve paseo por los senderos del derecho comparado debería matizar los recelos hacia los institutos de participación directa de la ciudadanía –sobre todo respecto los niveles infrafederales de poder–. En virtud de los dos últimos puntos, las normas constitucionales deberían interpretarse, según el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la luz de las circunstancias actuales (*in the lights of the present days conditions*) observando la evolución de las doctrinas constitucionales de las demás democracias liberales occidentales (*common ground*).

3. Las competencias de la Generalitat en la regulación y convocatoria de consultas populares

La primera sentencia del Tribunal Constitucional (STC) que definirá ‘consulta popular referendaria’ y que tratará los referéndums autonómicos de manera directa y principal será la STC 103/2008, que declarará inconstitucional la Ley vasca 9/2008. Esta Ley 9/2008 debe enmarcarse dentro de los conocidos Planes Ibarretxe. Este marco de antecedentes fácticos de la STC 103/2008 lo veremos detenidamente con posterioridad cuando tratemos la inconstitucionalidad material de ciertas consultas de tipo soberanista. En este apartado estudiaremos la distribución competencial sin fijarnos en ningún objeto concreto de pregunta. El art. 149.1.32 CE atribuye la competencia exclusiva al Estado en materia de “autorización para la convocatoria de consultas

³⁴ En Reino Unido se reconocería como una competencia implícita. Por ejemplo, la competencia escocesa para convocar referéndums no parece controvertida más allá de sus límites materiales y las consecuencias jurídicas de la pregunta. *Vid.* Gobierno escocés, *Your Scotland, Your Referendum*: <http://www.scotland.gov.uk/Publications/2012/01/1006>.

³⁵ En Austria, existen límites materiales impuestos por la jurisprudencia constitucional. Esta jurisprudencia alerta que no se pueden imponer formas radicales de democracia directa ya que la democracia representativa se considera la forma ordinaria en la que se manifiesta el principio democrático.

³⁶ En Suiza, todos los cantones (estados) reconocen mecanismos de participación política directa.

³⁷ Después de la profunda reforma constitucional del Título V de la Constitución italiana sobre la organización territorial del Estado, los Estatutos regionales ordinarios ya no están sometidos a la aprobación por parte del Estado, sino que están meramente sujetos al control de constitucionalidad de la Corte Constitucional.

populares por vía de referéndum”. Pese a que la CE no define el concepto de consulta popular por vía de referéndum (o lo que es lo mismo, la CE no define qué es un referéndum), se desprende del art. 149.1.32 CE que existe una categoría general de consultas populares y una categoría concreta de consultas populares que será por vía de referéndum. El TC define el referéndum en la STC 103/2008 (FJ 2º) subsumiendo la consulta de la Ley vasca 9/2008 en el ámbito competencial estatal del art. 149.1.32 CE. El TC diferencia el referéndum de la consulta popular genérica con los siguientes rasgos:

1. Consulta popular que se refiere al cuerpo electoral.
2. Siempre que la consulta esté bajo la noción de participación que el propio TC ha realizado del art. 23.1 CE.
3. A través de un procedimiento electoral: a) basado en el censo, b) gestionado por la Administración electoral y c) asegurado con las garantías jurisdiccionales específicas.
4. Implícitamente el TC se refiere a consultas convocadas / organizadas / celebradas por poderes políticos, pero tal requisito no queda expresamente formulado.
5. La naturaleza vinculante o meramente consultiva de la consulta es un rasgo contingente.

La pregunta que es necesario formularse es si estos requisitos son alternativos o acumulativos para considerar una consulta como referéndum. La STC 103/2008 aboca claramente a una naturaleza acumulativa de estos requisitos. Consecuentemente, si en una consulta popular falta cualquiera de ellos, ya no nos encontraremos en sede de consulta por vía referendaria del art. 149.1.32 CE.

La STC 103/2008 establece expresamente como uno de los elementos definidores del referéndum que la consulta sea expresión de la participación política del art. 23.1 CE. “En cambio, no forman parte del ámbito protegido por el derecho fundamental de participación política (...) otras modalidades de participación social y administrativa, (...)”.³⁸ La jurisprudencia del TC define la participación política como expresión de la voluntad del titular de la soberanía (expresado de otra manera, voluntad general de los ciudadanos con derecho a sufragio activo).³⁹ En la participación política del art. 23.1 CE, el TC incluye tanto las formas de participación directa (las consultas populares referendarias, el derecho de iniciativa legislativa popular y el régimen de ‘consejos abiertos’) como representativa (en las modalidades de sufragio activo y de sufragio pasivo). El TC excluye la participación administrativa de la esfera de influencia del art. 23 CE porque no se trata de una manifestación de la soberanía popular, a pesar de que el precepto se refiere a la participación en los “asuntos públicos”. Posiblemente esta jurisprudencia constitucional se explica con la voluntad

³⁸ Castellà, J.M., “Las consultas populares...” p. 217.

³⁹ La doctrina jurisprudencial entorno al derecho fundamental del art. 23 CE se recoge en la STC 119/1995. Ésta es fruto de un recurso de amparo por motivo de ausencia de apertura, por parte del Ayuntamiento de Barcelona, de un segundo trámite de información pública antes de la aprobación provisional de un Plan especial (procedimiento administrativo urbanístico). En *ratio decidendi*, el TC niega que la participación administrativa entre dentro del ámbito de cobertura del art. 23 CE.

de evitar una avalancha de recursos de amparo por razón de vulneraciones del derecho de participación en los procedimientos administrativos.⁴⁰

Brevemente esbozada esta jurisprudencia constitucional, nos cuestionamos sobre la necesidad de excluir las consultas populares no referendarias de la noción de participación política y del ámbito de cobertura del art. 23 CE. La pregunta debe ser contestada con cautela. El hecho que una consulta no sea expresión de la participación política del art. 23 no implica que necesariamente nos encontremos ante una consulta de naturaleza administrativa. A modo de ejemplo, tanto una consulta referendaria como una de no referendaria relacionadas con la actuación de un parlamento autonómico difícilmente podrían ser consideradas de naturaleza administrativa. Una consulta popular de naturaleza claramente administrativa sería (1) la relacionada con el ejercicio de una potestad administrativa, (2) la vinculada a un procedimiento Administrativo y (3) la que tiene como objetivo la aprobación, modificación o derogación / extinción de un reglamento, acto o contrato administrativo. Observando la jurisprudencia, la consulta popular municipal en relación con la elaboración de un nuevo plan general urbanístico entenderíamos que cae de pleno en el ámbito administrativo (STS 23 de septiembre 2008).⁴¹ En definitiva, debido a la naturaleza acumulativa de los elementos definidores de la consulta referendaria, nos podemos encontrar con una consulta popular no referendaria que sea de naturaleza política sin caer forzosamente en el ámbito estricto del derecho fundamental del art. 23 CE, sino en la esfera más genérica del principio participativo del art. 9.2 CE.

El requisito relativo a que se trate de consultas institucionales convocadas / organizadas / celebradas por poderes públicos no queda expresamente recogido en la STC 103/2008, pero se puede deducir del hecho que quien pretende celebrar la consulta son el Parlamento y el Gobierno vascos.⁴² En cierto modo, este requisito implícito es el que permite jurídicamente celebrar las denominadas consultas para la independencia en numerosos municipios catalanes.⁴³ En este sentido, el Juzgado Contencioso-administrativo núm. 14 de Barcelona suspende y finalmente anula el acuerdo municipal de 4.VI.2009 por el cual el Ayuntamiento de Arenys de Munt autoriza a la asociación “Movimiento Arenyenc Para la Autodeterminación” a utilizar la Sala Municipal para realizar una consulta soberanista.⁴⁴

⁴⁰ Ahora que la reforma de 2007 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) ha solucionado en buena medida el colapso de la jurisdicción constitucional que causaban los recursos de amparo, el TC podría abrir el abanico de fenómenos participativos amparados en el art. 23.1 CE.

⁴¹ La STS 23.IX.08 estima un recurso contencioso-administrativo (recurso 474/2006) interpuesto por el Ayuntamiento granadino de Almuñécar contra el Acuerdo del Consejo de Ministros del 01.IX.2006, por el que se denegaba al Ayuntamiento recurrente la autorización para la celebración de una consulta popular relativa a la aprobación inicial del plan general de ordenación urbanística.

⁴² Esta visión es compartida por el profesor Vintro. Opinión defendida oralmente durante su ponencia –no publicada- en el Seminario sobre “La Participació Ciutadana a l’Estat Autòmic” de 18.XI.09, organizado por el IEA. Se deduce de la interpretación sistemática de la Sentencia y de su remisión a la LOMR.

⁴³ Para un análisis empírico de la convocatoria, la participación y organización de las consultas sobre la independencia, *vid:* Muñoz, J., Guinjoan, M., Vilaregut, R., “Les consultes sobre la independència: contexto, organización y participación”, dentro de Parés, M., *Informe sobre l’estat de la democràcia a Catalunya 2010*. Bellaterra: UAB e IGOP, 2010, pp. 197-252.

⁴⁴ Recurso contencioso-administrativo 445/2009 presentado por la Delegación del Gobierno central al Juzgado Contencioso-Administrativo de Barcelona. Conocerá el recurso el Juzgado Contencioso-Administrativo 14 de Barcelona las resoluciones que a continuación se mencionen. La interlocutoria de 3.IX.2009 suspende el acuerdo del pleno. La interlocutoria de

La STC 103/2008 dispone la contingencia de la naturaleza vinculante o no de la consulta: “La circunstancia de que no sea jurídicamente vinculante resulta de todo punto irrelevante, pues es obvio que el referéndum no se define frente a otras consultas populares por el carácter vinculante de su resultado” (FJ 3º). La naturaleza no vinculante de la consulta regulada en la Ley vasca 9/2008 es un argumento del Gobierno vasco para eludir la necesidad de autorización estatal. Esta alegación posiblemente proviene del conocimiento del derecho comparado (en particular, el derecho francés) en virtud del cual una diferencia entre la consulta referendaria y la no referendaria dependería de la vinculación.⁴⁵ La naturaleza vinculante implicaría una sustitución del representante por el mismo representado, la ciudadanía. Sin embargo, el TC no se entretiene en tildar de irrelevante la vinculación eludiendo mencionar el derecho comparado. A pesar de su silencio, a favor de la tesis del TC hay que reconocer que el referéndum consultivo del art. 92 CE hace la naturaleza vinculante del referéndum un rasgo contingente de la consulta referendaria en el ordenamiento constitucional español.⁴⁶

Una vez analizada la definición de consulta popular por vía referendaria, ya podemos definir la consulta popular no referendaria. Una consulta popular no referendaria es todo tipo de llamamiento diferente al referéndum realizado por un poder público a un fragmento o al conjunto de una población para que manifieste su opinión acerca de una determinada o conjunto determinado de normas, actuaciones o políticas públicas.

Diferenciadas las dos grandes tipologías consultivas, proponemos y desarrollamos nuestras tres tesis sobre las competencias de la Generalitat sobre la regulación y convocatoria de consultas populares:

1. La competencia para la regulación de las consultas populares por vía de referéndum (respetando la autorización estatal –art. 149.1.32CE–) debería ser entendida como una competencia compartida entre el Estado y la Generalitat.
2. La competencia para la regulación (y convocatoria) de las consultas populares por vía diferente del referéndum es una competencia exclusiva de la Generalitat, sólo apta de una interferencia estatal a partir del art. 149.1.18CE.
3. La competencia de la Generalitat para regular y convocar las consultas populares autonómicas es una competencia implícita, convertida en competencia expresa por el EAC 2006, con el límite de la competencia expresa estatal para la autorización de las consultas referendarias.

Para abordar las competencias de la Generalitat deberemos prestar atención a la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) del 2006 en la cual el TC reafirma su concepto restrictivo de consulta referendaria (*i.e.* referéndum) y pretende continuar con los límites competenciales sobre la regulación de las consultas referendarias que establece la STC 103/2008. Concretamente, la STC 31/2010 acepta la constitucionalidad del art. 122 EAC 2006 interpretando que la competencia exclusiva de la Generalitat que recoge este precepto no es predicable de las consultas referen-

9.XI.2009 lo confirma. La Sentencia 264/2011, de 22 de julio, dispone finalmente la anulación del acuerdo del Pleno de Arenys mencionado.

⁴⁵ Lasagabaster, I., *Consulta o Referéndum. La necesidad de una nueva reflexión jurídica sobre la idea de democracia*, Bilbao, LETE argitaletxea, 2008, p. 58.

⁴⁶ Bueno Armijo, A., “Consultas populares y Referéndum consultivo...” p. 208.

darias. Se apunta que la diferencia esencial entre ambas sentencias radica en que la STC 103/2008 reconoce de forma expresa el estatuto de autonomía como fuente normativa válida para prever consultas por vía de referéndum, mientras que una interpretación estricta de la STC 31/2010 detraería la importancia de la previsión estatutaria.⁴⁷ A pesar de la finura de esta interpretación, la interpretación que realizamos de la STC 31/2010 es que da continuidad a la STC 103/2008 al remarcar que las consultas populares referendarias autonómicas y locales del art. 122 EAC no pueden considerarse competencia exclusiva del legislador autonómico. A raíz de esta línea jurisprudencial (SSTC 103/2008 y 31/2010), la Abogacía del Estado presenta un recurso de inconstitucionalidad en nombre del Presidente del Gobierno español contra los preceptos de la Ley catalana 4/2010 de Consultas Populares por vía de Referéndum (en adelante, LCPR) que regulan los referéndums consultivos de ámbito autonómico (y no en cambio, los preceptos que regulan los referéndums consultivos de ámbito local).⁴⁸

La STC 31/2010 (empleando la STC 103/2008) niega que la competencia exclusiva autonómica de regulación de las consultas populares (positivada en el art. 122 EAC) se extienda a las consultas referendarias, pese a la inexistencia de una disposición constitucional expresa que así lo establezca. En virtud de la mera conjunción de los arts. 149.1.32, 92.3, 81 y 23 CE, el TC atribuye una competencia implícita al Estado para regular todas las modalidades de referéndum y no sólo los referéndums previstos en la CE. La STC 31/2010 se expresa en los siguientes términos:

Así interpretada, “la competencia para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular”, atribuida a la Generalitat por el art. 122 EAC, es perfectamente conforme con la Constitución, en el bien entendido de que en la expresión “cualquier otro instrumento de consulta popular” no se comprende el referéndum. Tal entendimiento parece implícito en el propio art. 122 EAC, que hace excepción expresa “de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución”. Sin embargo, esa excepción no puede limitarse a la autorización estatal para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, sino que ha de extenderse a la entera disciplina de esa institución, esto es, a su establecimiento y regulación. Ello es así por cuanto, según hemos dicho en la repetida STC 103/2008, “la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, es la llamada por el art. 92.3 CE para regular las

⁴⁷ Castellà, J.M., “Las consultas populares...”, pp. 221-222. Esta interpretación tan cuidadosa que realiza el autor se puede apreciar muy claramente cuando la STC 103/2008 expresa que la excepcionalidad del referéndum como forma de participación política directa implica que no se pueda sostener en esta materia la competencia basada en poderes implícitos como pretendía el legislador vasco de la Ley 9/2008.

⁴⁸ Recurso de inconstitucionalidad 8912/2010 admitido a trámite por el TC en fecha de 15.II.2011 (interpuesto después del fracaso de la vía del art. 33.2 LOTC). La Abogacía del Estado invoca el art. 161.2 CE y 30 LOTC para que se proceda a declarar la suspensión de la LCPR. El Pleno del TC levanta la suspensión con la Interlocutoria de 09.VI.2011. La Abogacía del Estado alerta del peligro de una consulta entorno al pacto fiscal o del derecho a decidir. Si embargo, el TC responde que la consulta (1) debe ser en el ámbito de las competencias autonómicas y (2) que es necesaria una “previa” autorización estatal “con entera libertad”. A pesar del último párrafo de la Interlocutoria, el TC se reserva la posibilidad de reconsiderar la decisión fruto de un cambio de circunstancias. Siguiendo el Dict. 1618/2010 del Consejo de Estado (y los informes del Ministerio del Interior de 9.VI.2010 y del Ministerio de Política Territorial de 25.VI.2010), sólo se impugnan las consultas referendarias de ámbito autonómico. No está de más recordar que en este Dictamen el Consejo de Estado considera las consultas populares municipales una modalidad de consulta no referendaria.

condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución, siendo además la única Ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de otra reserva, añadida a la competencial del art. 149.1.32 CE: la genérica del art. 81 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales, en este caso el derecho de participación política reconocido en el art. 23 CE.” (STC 103/2008, FJ 3).

Exponiendo las debilidades jurídicas de esta jurisprudencia, mostraremos que no deberíamos interpretarla de una manera que atribuya la competencia exclusiva al Estado para regular las consultas referendarias vaciando completamente de competencias a las CCAA para regular esta institución. Analicemos artículo por artículo la legitimación que realiza el TC de la competencia exclusiva del Estado para regular los referéndums. Para empezar, se debe tener presente que la literalidad del art. 149.1.32 CE reserva la competencia exclusiva al Estado para la mera autorización de las consultas por vía de referéndum, sin mencionar expresamente, ni indirectamente, la competencia para regularlas. El art. 92.3 CE prescribe que una ley orgánica (LO) regulará las diferentes modalidades de referéndums “previstas” en la CE. La LO que cumple esta función es la Ley Orgánica de regulación de las distintas Modalidades de Referéndum (LOMR). El objeto del art. 92.3 CE (partiendo de la argumentación *a contrario sensu*) no puede ser ensanchado a la regulación de todos los referéndums sin contradecir la letra y el espíritu del mismo precepto. La LOMR “descansa en el art. 92 CE, pero no así en el art. 23 CE”.⁴⁹ El derecho fundamental *stricto sensu* del art. 23 CE –que regula en su primer apartado el genérico derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos ya sea directamente o por medio de representantes–, y la obligación corolaria de regulación por LO derivada del art. 81 CE, son títulos demasiado genéricos para atribuir una competencia exclusiva de regulación referendaria al Estado.

El argumento acerca de la necesidad de desarrollo legislativo por LO del art. 23 CE no es suficiente para vaciar de competencias de regulación referendaria a las CCAA. Al respecto, queremos manifestar la contracción con la misma línea de jurisprudencia constitucional iniciada con la STC 6/1982 (y seguida, por las SSTC 67/1985, 140/1986, 160/1987, *inter alia*) en la que se precisa que el art. 81 CE ha encomendado a la LO una función de mera concreción del enunciado constitucional del derecho.⁵⁰ Esta situación forzosamente debe dejar espacio a la regulación autonómica de las consultas por vía referendaria. Este argumento de carácter más teórico puede ser debidamente complementado con los argumentos más concretos. Las leyes electorales y de iniciativa legislativa popular autonómicas demuestran sin vacilaciones –y sin necesidad de habilitaciones por parte de las LO estatales en cuestión–⁵¹ que el art. 23 CE es apto y normalmente desarrollado por leyes autonómicas, *ergo*, de rango no-

⁴⁹ Pérez Sola, N., “La competencia exclusiva de las comunidades autónomas en materia de consultas populares”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24, 2009, pp. 444-445. El autor afirma: “En el mismo sentido, no cabe extraer de una norma tan insuficiente como la LOMR ninguna orientación ya que se trata de una norma que desarrolla el artículo 92 CE, pero en ningún caso concreta el alcance del artículo 149.1.32 CE mas allá de las previsiones procedimentales relativas a los referéndums previstos en la Constitución”.

⁵⁰ Bayona, A., *El Dret a Legislar en l'Estat Autòmic*, Barcelona, EAPC, 1993, p. 329 y ss.

⁵¹ La Disp. Add. 1a LO 5/1985 de Régimen Electoral General (LOREG) reconoce que las CCAA pueden elaborar sus propias leyes electorales declarando indisponibles alguna partes de la LOREG y declarando de aplicación meramente supletoria las otras. La LO 3/1984 reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular sólo se refiere a las ILP presentadas a las Cortes Generales (arts. 4 y 5) dejando al legislador autonómico la libre configuración de esta tipología de iniciativa legislativa.

orgánico.⁵² Asimismo, no deja de sorprendernos que el art. 23 CE pueda emplear una interpretación restrictiva cuando parecería que debiera implicar una interpretación extensiva de las instituciones participativas.⁵³ Evocamos al recuerdo aquel *principio hermenéutico pro participación* que anteriormente hemos defendido.

Tanto la voluntad del art. 92.3 CE –constituyente– como de la LOMR –legislador orgánico– es regular los referéndums “previstos” por la CE en una misma LO sin establecer un *numerus clausus* de consultas referendarias. Contrariamente, el TC afirma que la LOMR es la única ley constitucionalmente adecuada para regular las consultas referendarias dotando así de más competencias al Estado del que el constituyente y el legislador orgánico creen oportuno para la regulación de los referéndums previstos en la CE.⁵⁴ Se ha reprochado a esta doctrina constitucional que: “parece inadecuado basar la admisión o exclusión de un referéndum autonómico exclusivamente en criterios formales, como estar o no citado en leyes con reserva de la Constitución”.⁵⁵ Es más, la jurisprudencia del TC es francamente débil y está alejada de la realidad ya que la LOMR no regulaba, en el día de su aprobación, ni regula hoy, todas las modalidades de consultas referendarias.⁵⁶

A continuación, intentaremos aportar una lectura favorable a la consulta referendaria autonómica derivada de la lógica del art. 149.1.32 CE. ¿A qué se debería la ubicación y dicción de estos preceptos si no se reconocen constitucional ni legalmente los referéndums autonómicos? Debido a la ubicación del artículo, con claridad meridiana podemos responder que el precepto no se refiere a los referéndums de ámbito estatal (ya sean los del art. 92.1 o los de reforma constitucional). Las respuestas pueden basarse en múltiples figuras referendarias autonómicas. Se podría pensar

⁵² Bayona, A., Viver, C. (et al.), *Informe sobre la STC que resol el Recurs d'Inconstitucionalitat presentat por 50 diputats i senadors del Partit Popular contra l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Barcelona, 2010, p. 29. Lasagabaster, I., *Consulta o Referéndum...*, p. 92. Pérez Sola, N., “La competencia exclusiva...”, p. 441. Castellà, J.M., “Las consultas populares...”, p. 223.

⁵³ Aguiar de Luque, L., “Democracia directa...”, p. 79.

⁵⁴ Los referéndums previstos en la CE regulados en la LOMR son (1) el referéndum consultivo relativo a decisiones políticas de especial trascendencia del art. 92.1 CE, (2) los referéndums de ratificación de las reformas constitucionales del art. 167 y 168, (3) el referéndum de iniciativa autonómica del art. 151.1 CE, (4) los referéndums de los proyectos de Estatuto de Autonomía (EA) del art. 151.2 CE –apartados 3º y 5º–, (5) el referéndum de reforma de los EA del art. 152.2 CE. (6) Pese al silencio de la LOMR, cabe recordar aquí la Disp. Trans. Cuarta CE que prescribe la necesidad de celebrar un referéndum para ratificar la hipotética incorporación de Navarra en el País Vasco.

⁵⁵ Castellà, J.M., “Las consultas populares...”, p. 224.

⁵⁶ La LOMR no recogió en su momento la Disp. Trans. Cuarta CE que prescribe la necesidad de celebrar un referéndum para ratificar la hipotética incorporación de Navarra en el País Vasco. Tampoco los referéndums previstos en el art. 8 EA de Euskadi por la anexión de territorios o municipios de otras CCAA ni el referéndum análogo que prevé la Disp. Trans. 7.3 EA Castilla y León de 1983 (ambos admitidos de forma pacífica por el propio TC en la STC 99/1986). No regula las consultas autonómicas previstas en algunos EA de primera generación (competencia desarrollada sólo en el caso del art. 198 del Reglamento del Parlamento Canario). Además, no regula los nuevos referéndums de reforma estatutaria previstos en los EA de Valencia, de Aragón y de Extremadura –arts. 81.5, 115.7, 91.2.e respectivamente– que, pese a ser EA aprobados por la vía del art. 143 CE, pasan a adoptar el mecanismo agravado de reforma propio de los EA del art. 151 CE (admitidos estos nuevos referéndums de reforma estatutaria por la STC 31/2010, FJ 147). Teniendo presente que los EA están dotados de rango de ley orgánica, observamos la Disp. Derogatoria del EA de Extremadura: “A la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica de reforma quedarán derogadas cuantas disposiciones de rango igual o inferior se opongan a la misma”.

que la lógica de este artículo se debe a la existencia de los referéndums autonómicos de iniciativa, de aprobación y de reforma estatutarios. Sin embargo, cuando las Cortes Generales tienen encomendada la tarea de aprobación de la propuesta autonómica por vía de ley orgánica, parece redundante y, en cierto sentido, baladí que se prevea esta cautela. Un referéndum autonómico previsto constitucionalmente y no regulado en la LOMR es el que figura en la Disp. Trans. Cuarta CE que prescribe la necesidad de celebrar un referéndum para ratificar la hipotética incorporación de Navarra en el País Vasco. No es oportuno pretender buscarle la lógica del art. 149.1.32 CE en este referéndum navarro, ya que se habría previsto en la misma Disp. Trans. Cuarta CE. ¿Qué otras opciones quedan? Si las consultas populares municipales son verdaderos referéndums,⁵⁷ ¿podrían legitimar por sí mismas la existencia y la ubicación del art. 149.1.32?. Debido a la competencia básica estatal para regular el régimen local (art. 149.1.18 CE) y la ubicación concreta en el listado de competencias del 149, parecería que no lo podríamos explicar satisfactoria y suficientemente. Consecuentemente, opinamos que el TC ha vulnerado la lógica del mismo art. 149.1.32 CE cuando restringe hasta tal punto la mera existencia del referéndum autonómico. Es más, si compartimos el criterio del TC que todas las consultas referendarias deben estar previstas en la LOMR, podríamos concluir en que el legislador estatal, al no prever el referéndum autonómico, incumple por omisión la CE al alejarse tanto de la lógica del art. 149.1.32 CE o, como iremos viendo más adelante, podríamos entender que la LOMR hace una remisión implícita para la regulación del referéndum autonómico a la propia legislación autonómica.⁵⁸

Una última prueba ilustrativa de la mera voluntad de la LOMR acerca de regular los referéndums previstos en la CE es la Disp. Ad. Única de la LOMR, la cual permite la regulación de las consultas municipales en las leyes que regulan el régimen local.⁵⁹ Siguiendo la remisión de la LOMR, las consultas populares municipales se regulan en el art. 71 de la Ley estatal 7/1985 de Bases de Régimen Local (LBRL), a menudo desarrollado por leyes autonómicas. Múltiples legisladores creen ser competentes para la regulación autonómica de las consultas municipales desarrollando el art. 71 LBRL (en algunos casos, sin necesidad de atribución estatutaria expresa a pesar que el art. 71 LBRL exige que la CCAA “tenga competencia estatutariamente atribuida para eso”).⁶⁰ Concretamente, en Cataluña, el legislador de régimen local había regulado las consultas populares locales desarrollando las previsiones de la LBRL en virtud del art. 10.2 EAC 1979.⁶¹ Si se contrasta la regulación de las consultas locales en la LBRL y el

⁵⁷ En este sentido, la LCPC 4/2010, el profesor Font, el profesor Castellà, entre otros muchos otros, consideran las consultas populares municipales referéndums *stricto sensu*. Font, T., “El Referéndum Local en España”, pp. 123-127. Castellà, J.M., “Las consultas populares...”, p.228. En cambio, el Consejo de Estado, en su Dict. 1618/2010 (FJ IV), opina que las consultas populares municipales no son referéndums.

⁵⁸ El profesor Aguiar también entrevisté en el art. 149.1.32 CE el referéndum autonómico. No obstante, no le da una fuerza interpretativa como la nuestra: “La Constitución sólo menciona la posibilidad de consultas populares de ámbito autonómico para indicar que la competencia para su autorización corresponde en exclusiva al Estado”. (art. 149.1.32 CE). Aguiar de Luque, L., “Democracia directa...”, p. 86.

⁵⁹ Lasagabaster, I., *Consulta o Referéndum...*, p.82.

⁶⁰ Por ejemplo, la Ley de Navarra 27/2002 Reguladora de las Consultas Populares de Ámbito Local, la Ley gallega 5/1997 de la Administración Local y la Ley aragonesa 7/1999 de la Administración Local.

⁶¹ Art. 10.2 EAC 1979: “Corresponde a la Generalitat el desarrollo legislativo del sistema de Consultas Populares Municipales en el ámbito de Cataluña de conformidad con lo que dispongan las Leyes a las que se refiere el apartado 3 del artículo 92 y el número 18 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución y correspondiente al Estado la autorización de su convocatoria”. Desarrollan este precepto estatutario la Ley 8/1987, de 15 de Abril, municipal y de régimen local de Cataluña (arts. 144-146) y el Decreto 294/1996 por el que se aprueba el

desarrollo que hacen algunas legislaciones autonómicas, no dudaremos en concluir que la regulación de detalle queda en manos del legislador autonómico y de las mismas corporaciones municipales a partir de su potestad de autoorganización.⁶² Las conclusiones derivadas de esta remisión, contrariamente a la jurisprudencia del TC, son las siguientes: (1) La misma LOMR reconoce claramente la posibilidad de regular por ley ordinaria las concreciones normativas del art. 23 CE.⁶³ He aquí, que el apartado que regula las consultas populares locales de la LBRL no se aprueba por mayorías de ley orgánica, sino con el procedimiento propio de las leyes ordinarias. (2) Se regulan las consultas locales en una norma diferente de la prevista en el art. 92.3 CE, demostrando así, que la función de la LOMR es la mera regulación de los referéndums previstos en la CE. (3) El legislador estatal no es el único competente para regular consultas populares. Consecuentemente, no sería descabellado interpretar que la LOMR, mientras remite de forma expresa la regulación a las leyes ordinarias reguladoras del régimen local, implícitamente remitiría la regulación de los referéndums autonómicos a las propias legislaciones autonómicas puesto que las CCAA están dotadas de un mayor grado de autonomía respecto de los entes municipales.

En referencia a la competencia para regular los referéndums que incluyen los estatutos de autonomía de última generación (casos análogos al art. 122 EAC 2006), algún autor arguye a favor de la constitucionalidad de la competencia compartida;⁶⁴ otros, a favor de la constitucionalidad de la competencia exclusiva.⁶⁵ Teniendo presente la batería de argumentos presentada, la lectura de la competencia compartida en materia de consultas referendarias es posible derivada de la STC 31/2010. Alguno puede interpretar que hay una competencia exclusiva estatal cuando el TC establece que la LOMR es la “llamada por el artículo 92.3” CE y la “única Ley constitucionalmente adecuada” por el cumplimiento de la reserva de LO del art. 81 CE. Sin embargo, una competencia compartida podría ser leída de la interpretación conforme del art. 122 EAC 2006, en la cual se excluye la competencia exclusiva para la regulación del referéndum (manifestado por la propia STC 31/2010). Es decir, el TC se limita a citar parcialmente la STC 103/2008 y a recordar que es el mismo EAC 2006 el que niega la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de consultas referendarias. La competencia compartida en la regulación de consultas por vía de

Reglamento de Consultas Populares Municipales. Más tarde, la regulación legal se recoge en el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de Abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (arts. 159-161). La LCPR 4/2010 deroga finalmente estas últimas disposiciones normativas.

⁶² Font, T., “El Referéndum Local en España”, p. 127.

⁶³ Para Lasagabaster, la exclusión de la Disp. Add. Única LOMR tiene indefectiblemente los efectos jurídicos de excluir regular las consultas locales por mayorías absolutas características de las LO. Ergo, según la comprensión del legislador estatal, la regulación de las consultas locales en materia de ley ordinaria. Lasagabaster, I., *Consulta o Referéndum...*, p. 84.

⁶⁴ Corcuera Atienza, J., “Soberanía y Autonomía...”, pp. 320-321: “La competencia autonómica en materia de referendos se plantea, pues, en el terreno de las competencias compartidas, en las que las Comunidades han de actuar en el marco de la normativa orgánica del Estado: el hecho de que la LOMR no mencione las consultas autonómicas no es óbice para que las CCAA hayan de estar sujetas a los aspectos esenciales que se deriven de la Constitución y de la normativa estatal”. También: Bueno Armijo, A., “Consultas populares y Referéndum consultivo...” pp. 219-221. Castellà, J.M., “Las consultas populares...”, p. 208.

⁶⁵ Pérez Sola, N., “La competencia exclusiva...”, p. 444: “Es en este sentido en el que salvada la competencia exclusiva del Estado para su autorización, (...), no debería de existir obstáculo para considerar plenamente constitucional la asunción estatutaria de esta competencia, así como su desarrollo legislativo autonómico”. También, p. 453: “(...) nos resta afirmar nuestro convencimiento de la viabilidad de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas de Cataluña y Andalucía en materia de referéndum consultivo autonómico”.

referéndum se alejaría de posiciones extremas y salvaguardaría la constitucionalidad de la LCPR la cual prevé expresamente la autorización por parte del Estado de los referéndums previstos en la misma.

En la STC 103/2008, el Gobierno y el Parlamento vascos alegan su competencia implícita a partir de la conjunción del principio democrático (art. 1 CE, valor fundamental vertebrador de la CE) y los principios de autonomía y autoorganización (arts. 2 CE, 137 CE y 143 CE y 10.2 EAE) para aprobar la Ley vasca 9/2008. El TC, sin considerar detenidamente estos argumentos, concluye que contra una atribución expresa de competencia estatal (art. 149.1.32 CE), no es posible oponer una competencia autonómica implícita. Concretamente, respecto a la competencia implícita, la STC 103/2008 (FJ 3º) reza lo siguiente:

A la luz del marco normativo expuesto resulta que la concreta convocatoria del cuerpo electoral que realiza la Ley del Parlamento Vasco 9/2008 se lleva a cabo sin apoyo en un título competencial expreso. Por otra parte, tal convocatoria, que sustituye la autorización del Estado por la dispensada inmediata y exclusivamente por el Parlamento autonómico, tampoco puede basarse en inexistentes títulos implícitos.

En efecto, tal convocatoria no puede ampararse en genéricas potestades implícitas vinculadas al principio democrático, al entrar éstas en colisión con competencias expresamente atribuidas a otro ente, como ocurre en el presente caso con la que al Estado atribuye el art. 149.1.32 CE.

En estos fragmentos, el TC no niega la existencia de la competencia implícita para regular consultas populares, sino para convocarlas (¿autorizarlas?). Es decir, sólo se niega la capacidad de alegar un título competencial implícito frente al título competencial expreso (art. 149.1.32 CE). Es necesario interpretar, pues, que la limitación del título implícito según el TC se extiende sólo en la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum pero no en cambio en la regulación de consultas populares. Siguiendo este hilo argumental, incluso la regulación de consultas referendarias sería posible en virtud del título implícito respetando el ámbito de autorización estatal reservado por el art. 149.1.32 CE ('autorización' que el TC ha transformado sutilmente en 'convocatoria', la cual indiscutiblemente debe realizarse antes de una consulta concreta, mientras que una 'autorización' podría darse en término más generales de tal modo que diera cabida a más de una consulta concreta o extraordinariamente, incluso, podría autorizarse *ex post*). Antes de continuar, queremos alertar que esta competencia implícita que ahora defendemos se ha convertido en competencia expresa por la Generalitat a partir del art. 122 EAC.

El título competencial autonómico implícito para regular ambas tipologías de consultas (y convocar *motu proprio* en el caso de las no referendarias) se basaría en dos grupos de principios: (1) el principio democrático y el principio participativo y (2) el principio de autonomía y la potestad de autoorganización. El principio democrático derivado del art. 1.1 CE es un principio vertebrador del Estado constitucional español y de todo el constitucionalismo occidental contemporáneo. El principio participativo del art. 9.2 CE establece que los poderes públicos deben facilitar la participación ciudadana. La noción de "gobernanza" a nivel europeo se está erigiendo como principio en virtud del cual los poderes públicos deben facilitar la participación de los diferentes actores públicos y privados (entre estos últimos, la ciudadanía) en el diseño de las políticas públicas. En virtud de estos principios, una administración territorial democráticamente elegida debe poder consultar a sus ciudadanos acerca de las preferencias y opiniones, a no ser que una disposición constitucional expresa se lo impida.

La STC 31/2010 alerta que las consultas por vía no referendaria podrían entrar dentro de la hipotética esfera de competencia legislativa estatal básica del art. 149.1.18 CE (competencia estatal para regular las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, incluyendo así tanto las autonómicas como las locales). Nuevamente, debemos matizar esta interpretación constitucional y así lo haremos en consideración a lo que hemos expuesto sobre la participación política. Partiendo de la dicotomía entre la participación política y la participación administrativa, el título competencial del art. 149.1.18 CE puede operar cuando nos encontramos delante de consultas populares de ámbito autonómico de naturaleza administrativa, pero no en cambio cuando la consulta popular –ya sea referendaria o no referendaria– caiga en la esfera de la participación política –sea expresión del art. 23.1 CE o meramente del art. 9.2 CE–. Rescatando el ejemplo que hemos utilizado anteriormente, tanto la consulta referendaria como una de no referendaria relacionadas con una hipotética actuación del Parlamento, difícilmente podrían ser consideradas de naturaleza administrativa. A modo ilustrativo, no dejaría de sorprendernos que el Estado dictara normas básicas que condicionaran las leyes autonómicas de iniciativa legislativa popular en base al art. 149.1.18 CE. En las consultas populares no referendarias de ámbito municipal, la irrupción del art. 149.1.18 CE podría ser mayor debido a la naturaleza político-administrativa (no legislativa) de la autonomía local. Por lo tanto, la competencia de la Generalitat para la regulación de las consultas populares no referendarias de ámbito autonómico es una competencia exclusiva autonómica, solamente apta de una interferencia estatal a partir del 149.1.18 CE cuando nos encontramos en consultas populares no referendarias que sean expresión de una mera participación administrativa.

A continuación, nos detenemos más concretamente en relación con la competencia autonómica implícita para regular (y convocar las consultas no referendarias) derivada de las propias competencias genéricas de autonomía, de autogobierno y de autoorganización (arts. 2, 137, 143 y 148.1.1 CE, y 1, 2.1, 3.1, 112 EAC).⁶⁶ El sistema español de organización territorial ha elegido una forma de estado compuesto políticamente descentralizado. La descentralización política requiere siempre el reconocimiento de unas amplias potestades de autogobierno y de autoorganización en los procedimientos de conformación de la voluntad general de los diferentes niveles territoriales de poder. En este sentido, debido a la ausencia de reserva expresa a favor del Estado de la regulación de las consultas populares (y de autorización para las de vía no referendaria), tenemos que interpretar forzosamente que se trata de una competencia de cada nivel territorial dotado de autonomía (matizado en el caso de una mera autonomía de carácter eminentemente administrativo como es la autonomía local).

Otra de las motivaciones que podemos reprender para alegar la competencia implícita (derivada de las competencias genéricas de autogobierno y de autoorganización) es, nuevamente, a partir de la Disp. Ad. Única de la LOMR. El legislador orgánico entiende que quien debe regular las consultas populares de ámbito local, más allá de los referéndums previstos en la CE, es el legislador del régimen local. En el mismo sentido, el Consejo de Estado aboga por entender las consultas populares municipales dentro de la competencia genérica del art. 149.1.18 CE.⁶⁷ De este modo, se está

⁶⁶ Para ver otras argumentaciones sobre la existencia de la competencia implícita: Lasagabaster, I., *Consulta o Referéndum...*, pp. 87-96 y Dict. Comisión Jurídica Asesora de Euskadi 96/2008.

⁶⁷ Consejo de Estado, Dict. 1070/2001, de 21 de junio, relativo al Proyecto Real Decreto regulador del procedimiento de autorización por el Gobierno de la Nación de las consultas populares municipales. Respecto estas consultas dirá: “Por otra parte, la invocación del artículo 149.1.18^a CE evita los problemas de interpretación que ha ocasionado el artículo 149.1.32^a y

negando la materia o 'submateria' de consultas populares como competencia diferenciada de la competencia general de regulación del régimen local. Es decir, se está reconociendo la competencia para regular las consultas populares (municipales) como competencia autonómica dentro de la competencia de desarrollo de las bases estatales del régimen local, y, al mismo tiempo, se está reconociendo la competencia de las propias corporaciones locales para la regulación de detalle en uso de su potestad de autoorganización.⁶⁸ Se ha alertado que el uso del art. 149.1.18 CE para atribuir competencias en materia consultiva del Estado, comporta entender las consultas populares como "submateria" incluida dentro de las competencias genéricas de autogobierno (art. 148.1.1 CE), entendiendo las disposiciones estatutarias análogas al art. 122 EAC "a efectos de seguridad jurídica", o lo que es lo mismo, a efectos de blindaje competencial.⁶⁹ Si tenemos presente el mayor grado de autonomía política de las CCAA respecto de las corporaciones locales (en especial, la competencia legislativa autonómica a diferencia de los entes estatales), empleando un argumento *a fortiori* podemos interpretar que la LOMR hace una remisión implícita de la regulación de las consultas populares autonómicas a las mismas CCAA.

Teniendo presente que el art. 122 EAC ha convertido la competencia implícita de la Generalitat en competencia expresa, la teoría de la competencia implícita esclarece la naturaleza declarativa o enunciativa (no constitutiva) de este precepto estatutario. Es decir, que la función del art. 122 EAC no es atribuir nuevas competencias a la Generalitat, sino blindar la competencia implícita frente a los cambios de parecer del legislador estatal y de la jurisprudencia constitucional. Esta técnica de mera declaración y salvaguarda que alegamos en relación al art. 122 EAC es coherente con la voluntad general de blindaje competencial autonómico y la 'técnica de desarrollo para submaterias', del EAC 2006.⁷⁰ Por ejemplo, ¿alguien duda de que la Generalitat tuviera competencias para regular (y llevar a cabo) sus propias *encuestas* antes de la existencia del art. 122 EAC 2006?

En conclusión, la interpretación de la CE y de las SSTC 103/2008 y 31/2010 que proponemos: (1) hay una competencia compartida entre el Estado y la Generalitat en la regulación de las consultas populares referendarias que no se extiende a la autorización/convocatoria –pues la autorización está expresamente reservada al Estado en virtud del art. 149.1.32 CE–; (2) hay una competencia exclusiva de la Generalitat tanto por la regulación como por la convocatoria de consultas no referendarias –sin interferencia de la autorización prevista en el art. 149.1.32 CE–. No obstante, la competencia exclusiva en las consultas no referendarias podría verse afectada por la competencia básica estatal del art. 149.1.18 CE. La irrupción del art. 149.1.18 CE en las consultas no referendarias de ámbito autonómico se limitaría a esas consultas de naturaleza administrativa.

A consecuencia de esta tesis, la aprobación de una nueva ley de consultas no referendarias es constitucionalmente aceptable, sin necesidad que esta derogue la LCPR 4/2010. Por otra parte, la Generalitat debe defender la constitucionalidad de la LCPR ante el TC como consecuencia del recurso presentado por la Abogacía del Estado en nombre del Presidente del Gobierno. La consideración de competencia

su eventual limitación a las Comunidades Autónomas que hayan asumido la competencia específica sobre sistema de consultas populares".

⁶⁸ Font, T., "El Referéndum Local en España", p. 127.

⁶⁹ Bueno Armijo, A., "Consultas populares y Referéndum consultivo..." pp. 218-219.

⁷⁰ Para más detalles sobre la voluntad y técnica del blindaje competencial y técnica del desarrollo para submaterias del EAC 2006, se puede ver (*inter alia*): Dict. 269/2005 Consejo Consultivo de Cataluña.

compartida de regulación (y bifásica por razón de la autorización) de las consultas referendarias y la consideración de competencia exclusiva (de regulación y convocatoria) de las consultas no referendarias (sin perjuicio de la competencia básica estatal del art. 149.1.18 CE respecto de esas consultas de naturaleza administrativa) es una interpretación jurídicamente aceptable, de consenso, no maximalista, coherente, sistemática y en armonía con lo que sucede en los otros Estados políticamente descentralizados mencionados con anterioridad.

Última ratio, si existiera voluntad política por parte del legislador estatal de salvar las consultas referendarias autonómicas de la LCPR, podría reformarse la LOMR. Varias voces han señalado, algunas desde hace tiempo y reiteradamente, la necesidad de reformar la LOMR para dar expresa cabida a las consultas populares de ámbito supramunicipal y autonómico.⁷¹ Una de las opciones consistiría en que la LOMR incluyera una habilitación para remitir la regulación del referéndum autonómico a las CCAA siguiendo el modelo de su Disp. Ad. Única referente a las consultas populares locales.⁷² Una opción más sofisticada podría consistir en incluir dentro del articulado de la LOMR algún precepto respecto las consultas referendarias autonómicas cumpliendo esta última la función de ley básica (ya que la función de ley básica en el caso de las consultas populares municipales la cumple la LBRL).⁷³ Partiendo de una predisposición política estatal, las opciones anteriores aun podrían reforzarse a partir de las leyes orgánicas de los arts. 150.1 o 150.2 CE.

4. La autorización estatal de las consultas populares por vía de referéndum

Siguiendo nuestro hilo expositivo, queda claro que la autorización estatal no sería exigible para las consultas autonómicas no referendarias. Respecto a las consultas referendarias, hay una corriente que postula que el art. 149.1.32 CE sólo hace referencia a los referéndums previstos expresamente en la CE.⁷⁴ Estas posturas se basarían en el hecho que los referéndums previstos expresamente en la CE no fueran únicamente de ámbito estatal (un ejemplo son los referéndums relacionados con la aprobación y modificación de los estatutos de autonomía). Queda patente la dificultad de sostener literal y sistemáticamente dicha interpretación fruto de lo que ya se ha expuesto sobre el art. 149.1.32 CE. Por otra parte, lo que sí se intentará mostrar a continuación son los argumentos para reclamar una potestad estatal bien acotada de control referendario.

Uno se plantea la naturaleza, el tipo de control, las posibilidades de delegación y el sentido del silencio administrativo del acto de autorización estatal del art. 149.1.32 CE. El art. 149.1.32 CE no especifica qué órgano estatal debería autorizar las consultas referendarias.⁷⁵ El art. 2.2 LOMR concreta que será el Gobierno central el autori-

⁷¹ Pérez Sola, N., *La regulación constitucional del referéndum...*, 1994, pp. 132-135. Pérez Sola, N., "La competencia exclusiva...", 2009, p. 440.

⁷² Bayona, A., Viver, C. (et al), *Informe sobre la STC...*, Barcelona, 2010, p. 29.

⁷³ Castellà, J.M., "Las consultas populares...", p. 230.

⁷⁴ Lasagabaster, I., *Consulta o Referéndum...*, cap. V. Este autor otorgada una amalgama de posibilidades de interpretar de forma diferente el ámbito de actuación del art. 149.1.32 CE. Dict. Comisión Jurídica Asesoría de Euskadi 96/2006, cuando comenta el art. 149.1.32 (párrafo 112 y ss.). En esencia, la Comisión argumenta que una interpretación del precepto que permitiera controlar todos los referéndums autonómicos sería contrario al principio de autonomía política de las CCAA, ya que se situaría a las CCAA en una posición de sumisión jerárquica.

⁷⁵ Las consecuencias de que el legislador escoja la autorización por parte del Gobierno central o las Cortes Generales son importantes. Elegir una u otra opción altera completamente las

zante salvo que la CE lo reserve de forma expresa a las Cortes Generales. En la misma línea, el art. 71 LBRL establece que será el Gobierno central.⁷⁶ Los arts. 13 y 35 LCPR manifiestan que la Generalitat tramita la solicitud de consulta popular referendaria al Gobierno central. Respecto las consultas populares municipales, el Consejo de Estado ha expuesto reiteradamente una concepción del acto de autorización del Consejo de Ministros notablemente respetuosa con el principio de autonomía municipal: lo considera un acto administrativo (no un acto político del Gobierno), de control de la mera legalidad (excluyendo el de oportunidad) y revisable judicialmente.⁷⁷ Esta doctrina es coherente con la doctrina jurídica sobre la prohibición de controles administrativos de oportunidad de las disposiciones y actuaciones de las corporaciones locales por parte de las administraciones territoriales estatal y autonómica.⁷⁸ Si desarrollamos los efectos de la doctrina del Consejo de Estado al ámbito autonómico, teniendo presente que la autonomía de las CCAA es político-legislativa (“autonomía cualitativamente superior a la administrativa”, en palabras del TC⁷⁹) nos debería conducir a considerar el acto de autorización del Gobierno Central como acto administrativo de control de mera constitucionalidad (y no de legalidad). En virtud del art. 153 CE, el control gubernativo de la actividad autonómica queda restringido a las funciones delegadas, siendo los tribunales contenciosos administrativos y el propio TC los encargados de controlar el resto de normas y actuaciones de las CCAA (excluyendo, así, el control político de oportunidad).⁸⁰ La LCPR no nos aclara la naturaleza del acto de autorización del Gobierno, ni el tipo de control. Con motivo de la Ley vasca 9/2008, el Gobierno vasco de 2008 entiende que no puede ser considerado un control de legalidad ordinaria, sino un control de constitucionalidad.⁸¹ Esta concepción restrictiva de la autorización es coherente con el respeto al principio democrático y el de autonomía (político-legislativa) y la potestad de autoorganización de las CCAA. Sin embargo, en la Interlocutoria de 09.06.2011, el Pleno del TC entiende la autorización estatal de las consultas autonómicas de la LCPR como (1) necesaria en todos los casos, (2) previa a la convocatoria de la consulta y (3) otorgada según los criterios de pura oportunidad. El TC admite en el ámbito de las consultas referendarias autonómicas un control de pura oportunidad política, de mera legalidad

capacidades de control jurisdiccional dado que un acto político de las Cortes Generales no puede estar controlado por la jurisdicción ordinaria. En este sentido, los párrafos 124 y 125 del Dict. de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi 96/2008.

⁷⁶ El Proyecto de Real Decreto regulador del procedimiento de autorización de las consultas populares municipales finalmente no vio la luz, a pesar de ser informado favorablemente por el Consejo de Estado en el segundo Dict. citado abajo.

⁷⁷ Consejo de Estado, “Dict. 943/1994, de 9 de junio, relativo a la naturaleza jurídica de la autorización del Gobierno de la Nación prevista en el artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, de la eventual aplicación a dicha autorización de las previsiones que el artículo 43, número 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece a propósito de los efectos de la falta de resolución expresa”. Consejo de Estado, “Dict. 1070/2001, de 21 de junio, relativo al Proyecto Real Decreto regulador del procedimiento de autorización por el Gobierno de la Nación de las consultas populares municipales”.

⁷⁸ STC 4/1981 (FJ 3º), arts. 4.4 y 8 Carta Europea de Autonomía Local, art. 84.1 EAC 2006 y Título V, Caps. II y III LBRL.

⁷⁹ *Inter alia*, STC 4/1981 (FJ 3º). Esta autonomía cualitativamente superior a la administrativa se positiva en el art. 153 CE.

⁸⁰ Fruto del art. 153 CE, se excluye la capacidad del control gubernativo-administrativo estatal de la actuación autonómica más allá de las capacidades de impugnación judicial. Como excepciones: (1) el control de las funciones delegadas en virtud del art. 150.2 CE, (2) la suspensión automática de las disposiciones autonómicas ex art. 161.2 CE las impugne el Gobierno español y (3) la vía tan excepcional del art. 155 CE.

⁸¹ Antecedentes 6.b.3 STC 103/2008 para ver la concepción del Gobierno vasco.

y/o de constitucionalidad. Concretamente, establece que el Gobierno del Estado decidirá “con plena libertad”. Esta interpretación constitucional es incoherente con su propia doctrina restrictiva del control estatal respecto de la actividad autonómica y local. En definitiva y tomando como referente la doctrina del Consejo de Estado, el acto de autorización de las consultas populares del Consejo de Ministros es un acto administrativo de control de legalidad por el ámbito municipal y de constitucionalidad por el ámbito autonómico siempre sometido a la jurisdicción contenciosa administrativa. En cuanto a la posibilidad de delegación de la competencia de autorización estatal del art. 149.1.32 CE a las CCAA, parecería jurídicamente viable en virtud de una ley orgánica de transferencia o delegación del art. 150.2 CE (posibilidad que podría ser contemplada en la LOMR).⁸² Finalmente, tal y como resuelve el Consejo de Estado en los dictámenes hasta ahora referidos, en virtud del art. 43 de la Ley estatal 30/1992, el silencio administrativo debe entenderse positivo.

En cuanto al control jurisdiccional, el Tribunal Supremo (TS) se declara competente para controlar el acto de autorización de las consultas populares municipales por parte del Consejo de Ministros (*inter alia*, SSTs de 22 de enero de 1993, de 17 de febrero de 2000 y de 23 de septiembre de 2008). Siguiendo su doctrina del control de los actos políticos (para todas, *vid.* STS de 22 de enero de 1993), el TS opta por declararse competente para controlar los elementos reglados, pero en cambio, inhibiéndose de conocer las decisiones de fondo de mera oportunidad política del Consejo de Ministros.⁸³ En la STS de 23 de septiembre de 2008, el Tribunal declara nulo el acto de denegación de la autorización del Consejo de Ministros al Ayuntamiento granadino de Almuñécar por considerar como municipal (compartida con la CCAA) la competencia en materia de planificación general urbanística y reconoce directamente al consistorio la posibilidad de celebrar la consulta relativa a la aprobación inicial del plan general. A los efectos del trabajo que nos ocupa, entre otras razones, esta línea jurisprudencial es relevante porque (1) en buena medida estaría reconociendo la competencia para celebrar consultas en materias que sólo existe una competencia de iniciativa en las cuales la aprobación final dependerá de una instancia territorial de poder superior (*i.e.* consulta popular municipal sobre la aprobación municipal inicial de la planificación general urbanística); (2) en cierta medida, impedirá que los órganos del Estado central puedan refugiarse en argumentos aparentemente jurídicos para denegar la autorización de futuras consultas.

5. Límites materiales a las consultas de carácter soberanista: comentario de la inconstitucionalidad material de la Ley vasca 9/2008

⁸² A modo ilustrativo, el art. 46.2 EA de Euskadi reza: “El gobierno Vasco podrá ser facultado, por delegación expresa del Estado, para convocar los referéndums a que se refiere el presente artículo.” Análogamente, respecto de los referéndums de reforma estatutaria, el art. 223.1.i) EAC 2006 y el art. 91.2 EA de Extremadura prevén que la aprobación de las Cortes Generales por ley orgánica de las reformas estatutarias ya incluirá la autorización porque la Generalitat y la Junta de Extremadura, respectivamente, convoquen en el plazo máximo de seis meses el referéndum estatutario. Esta disposición estatutaria ha sido admitida por la STC 31/2010 (FJ 145).

⁸³ La STS 23.IX.08 (FJ 2º) establece: “(...) no se plantea controversia alguna respecto del control jurisdiccional del Acuerdo del Consejo de Ministros en aquello que pudiera tener de decisión de mera oportunidad o manifestación de una voluntad que, sobre la base de apreciaciones de orden estrictamente político, exprese aquel alto órgano constitucional, titular del poder ejecutivo, (...). El litigio se circunscribe, por el contrario, a dilucidar si el Acuerdo del Consejo de Ministros, al apreciar la falta de concurrencia de uno de los requisitos necesarios para autorizar la consulta popular, respetó o no el contenido del artículo 71 de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local”.

La STC 103/2008 desarrolla la doctrina constitucional contemporánea del TC en materia de consultas populares y derecho de autodeterminación. La STC 103/2008 considera que la Ley vasca 9/2008 es un ejercicio inconstitucional de un pretendido derecho de autodeterminación del pueblo vasco (sin detenerse a diferenciar si se trataría de un ejercicio de autodeterminación interna o externa),⁸⁴ concluyendo que tal consulta no está en manos del electorado vasco, sino del electorado español en general. En este sentido, el TC dispone que la Ley en cuestión, más allá de incurrir en inconstitucionalidad competencial, también incurre en inconstitucionalidad material. Es decir, la STC 103/2008 impone límites materiales al objeto de las consultas. El TC arguye que la Ley vasca 9/2008 vulnera los arts. 1 y 2 CE en conjunción con el 168 CE. El art. 1.2 CE proclama que la soberanía nacional reside en el pueblo español. El art. 2 CE prescribe la indisolubilidad de la nación española. El art. 168 CE establece el procedimiento de revisión agravado de la CE (el TC incluye en este tipo de procedimiento de reforma constitucional todo aquello relativo a la integridad territorial y el ejercicio de un supuesto derecho de autodeterminación del pueblo vasco). Con esta conjunción de preceptos, la STC 103/2008 fundamenta que la Ley enjuiciada es una reforma constitucional enmascarada que pretende aprobarse sin seguir los procedimientos constitucionalmente establecidos.

Como ya habíamos alertado, es necesario enmarcar la Ley vasca 9/2008 dentro de los conocidos Planes Ibarretxe. El 30 de diciembre de 2004, el Parlamento vasco aprueba una propuesta de reforma del EAE de 1979 (*Propuesta de reforma del Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi*), más conocida popularmente como primer Plan Ibarretxe (en referencia a J.J. Ibarretxe, Presidente vasco entre 1999 y 2009). La Propuesta es tildada de reforma constitucional encubierta y el Congreso de los Diputados rechaza su tramitación.⁸⁵ La intención manifestada por el Lehendakari Ibarretxe de someter el Plan a referéndum fue contestada por el Gobierno central y las Cortes con la tipificación penal del delito de convocatoria ilegal de referéndum.⁸⁶ Posteriormente, se formula el segundo Plan Ibarretxe, con los dos objetivos relacionados de conseguir el fin de la violencia de ETA y reconocer el derecho de decidir del pueblo vasco. Estos objetivos se pretenden alcanzar a través de la oferta de acuerdo político que realiza el Presidente vasco en fecha de 8 de septiembre de 2007 al Presidente del gobierno español (J. L. Rodríguez Zapatero) y la posterior ratificación del eventual pacto por parte de los representantes electos y de los ciudadanos vascos. La oferta de acuerdo político es rechazada por el Presidente del gobierno español y, así, se activa el paso subsidiario siguiente: la aprobación por el Parlamento vasco de la Ley 9/2008. La ley vasca 9/2008 es una ley con un único artículo que contiene una autorización⁸⁷ del Parlamento vasco al Lehendakari para someter el

⁸⁴ Vid. Seymour, M., "Els pobles i el Dret a l'Autodeterminació", dentro de Requejo, F., y Gagnon, A., (ed.), *Nacions a la recerca de reconeixement. Catalunya i el Quebec davant el seu futur*, Barcelona, IEA, 2010, pp. 55-73.

⁸⁵ El primer artículo de la Propuesta resume bien su vocación: "Como parte integrante del Pueblo Vasco o Euskal Herria, los Territorios vascos de Araba, Bizkaia y Guipúzcoa, así como los ciudadanos y ciudadanas que los integran, en el ejercicio del derecho a decidir libre y democráticamente su propio marco de organización y de relaciones políticas, y como expresión de su nacionalidad y garantía de autogobierno, se constituyen en una Comunidad vasca libremente asociada al Estado español bajo la denominación de Comunidad de Euskadi".

⁸⁶ Antiguo art. 506 bis del Código penal añadido por la LOE 20/2003 y suprimido posteriormente por la LOE 2/2005.

⁸⁷ El Consejo de Estado, en su Dict. 1119/2008, se refiere a la ambigüedad respecto a si se trata de una mera autorización del Parlamento vasco al Lehendakari para que éste convoque la consulta o una convocatoria directamente por parte del Parlamento (la Ley 9/2008 contiene las preguntas, el procedimiento y la fecha). Se configura como una autorización para dejar pendiente la consulta a los frutos del diálogo, convirtiendo así esta primera consulta en un mecanismo de presión.

referéndum consultivo de los ciudadanos vascos con sufragio activo en las siguientes preguntas:

- a. ¿Está Usted de acuerdo en apoyar un proceso de final dialogado de violencia, si previamente ETA se forma inequívoca su voluntad de poner fin a la misma de una vez y para siempre?
- b. ¿Está Usted de acuerdo en que los partidos vascos, sin exclusiones, inicien un proceso de negociación para alcanzar un Acuerdo Democrático sobre el ejercicio del derecho a decidir del Pueblo Vasco, y que dicho Acuerdo sea sometido a referéndum antes de que finalice el año 2010?

La Ley 9/2008 atribuye un carácter meramente consultivo (no vinculante) a la consulta popular con el objetivo de que los partidos políticos vascos negocien un acuerdo de ejercicio del derecho a decidir forzando al Gobierno central a negociar después de que éste rechazara la primera oferta del Lehendakari. El hipotético acuerdo de los partidos vascos sería finalmente sometido a referéndum vinculante por el electorado vasco el año 2010. Esta estrategia en conjunto se inspira en la opinión consultiva de la Corte Suprema del Canadá del 1998 sobre la secesión del Quebec⁸⁸ ya que basa el devenir del pueblo vasco en una negociación condicionada por la presión político-jurídica del principio democrático manifestado a partir de la consulta directa de la ciudadanía vasca.⁸⁹ A diferencia de lo que sucede en el Canadá,⁹⁰ este plan es detenido por la STC 103/2008 declarando inconstitucional la Ley 9/2008 por razones competenciales, materiales y procedimentales.

Para iniciar una crítica jurídicamente fundamentada, en primer lugar es necesario distinguir la Ley vasca 9/2008 con el proceso que se conoce como Plan Ibarretxe. En un sentido similar, es relevante diferenciar la primera consulta realizada el octubre de 2008 (no vinculante y muy abierta), de la hipotética consulta que se preveía para el 2010 (definitiva, vinculante y basada en el derecho a decidir del pueblo vasco). La hipotética consulta de 2010 no puede someterse a juicio del TC de 2008 ya que su redactado, contenido y resultado eran simplemente inciertos. Las preguntas de la Ley vasca 9/2008 van encaminadas a legitimar y reforzar la necesidad de un proceso de diálogo, el hecho que de este diálogo se pudiera derivar un pacto político para la autodeterminación del País Vasco es una cuestión contingente y diferente del control

⁸⁸ *Reference re Secession of Quebec [1998] 2 S.C.R. 217*. Esta famosa opinión consultiva de la Corte Suprema del Canadá dispone que de la ponderación de los cuatro principios fundamentales del sistema constitucional canadiense (principio democrático, de constitucionalidad, de federalismo y de protección de las minorías) surge una obligación jurídica de la Federación a “negociar de buena fe” la secesión del Québec si una “clara mayoría” de quebequenses responden a una “pregunta clara”. La inspiración del Plan Ibarretxe en esta opinión consultiva es compartida por Corcuera Atienza, J., “Soberanía y Autonomía. Los límites del ‘Derecho a Decidir’ (Comentario de la STC 103)2008”, REDC, núm. 86, 2009.

⁸⁹ Esta estrategia parte de varias premisas: (1) la solución debe ser consensuada con el Gobierno central (no proclaman ninguna estrategia unilateral), (2) se reconocen ciertas limitaciones constitucionales (y así se explica la complejidad del plan), (3) el pacto con el Gobierno español debe contener el reconocimiento del derecho a decidir del Pueblo Vasco, (4) se cree que el reconocimiento del derecho a decidir al Pueblo Vasco frenará la violencia etarra.

⁹⁰ En el Canadá, el gobierno provincial del Quebec ha celebrado ya dos referéndums soberanistas (1980 y 1995). En el referéndum de 1980: el voto a favor fue del 40,44% v. el negativo del 59,56%. En el de 1995, el resultado fue más ajustado: 49,42% a favor v. 50,58% en contra. Lévesque, M., Pelletier M., *Les Référendums au Québec. Bibliographie. Bibliothèque de l'Assemblée nationale du Québec*, 2005.

de constitucionalidad concreto de la Ley en cuestión. Tal y como alega López Basaguren basándose en la propia jurisprudencia constitucional, el TC ha negado con anterioridad la posibilidad de enjuiciar *bloques normativos*. Coherentemente, este autor apunta que el TC no puede juzgar sobre hipotéticas normas futuras o meras intenciones futuras del legislador.⁹¹

El Gobierno vasco ya alerta que la impugnación de la Ley 9/2008 surge de una interpretación que observa más la coyuntura y se basa más en la especulación sobre los intereses supuestamente subyacentes que en el tenor literal de los preceptos.⁹² El fragmento de la Exposición de motivos que rezaba “con el objetivo de llegar a un Acuerdo de normalización política en el que se establezcan las bases de una nueva relación entre la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Estado español” condicionó que el TC no se centrara en el texto normativo y emprendiera una tarea política, liberando de esta labor al Gobierno y Parlamento españoles. Si nos ceñimos a una interpretación literal de la Ley impugnada y de las dos preguntas que se quieren formular, no se está reformando la CE (ni se niega el procedimiento que se debería seguir), ni se está constituyendo un nuevo sujeto político dotado de soberanía, ni se está proclamando la secesión de una parte del territorio nacional... simplemente se consulta la opinión del cuerpo electoral vasco sobre la conveniencia de la apertura de un procedimiento de debate entre los partidos vascos para llegar a un “Acuerdo Democrático sobre el ejercicio del derecho a decidir del Pueblo Vasco”. Llegados a este punto, nos preguntamos: ¿un buen juicio de constitucionalidad se basa en la voluntad del autor de la ley, *voluntas legislatoris*, o en el sentido y las palabras finalmente positivadas en la ley, *voluntas legis*? Creemos que el Preámbulo de la Ley 9/2008 y la voluntad del legislador vasco no es motivo jurídico suficiente para declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley y expulsarla del ordenamiento jurídico, ahora bien, podría merecer una interpretación conforme y/o algún *obiter dictum* por parte del TC.

Quisiéramos destacar un trío de punzantes críticas que formula Lasagabaster⁹³ a la STC 103/2008. (1) Como primer punto y principal, en contradicción con el uso abusivo de principios para motivar la inconstitucionalidad de la Ley 9/2008, el autor extraña la alusión por parte del TC al principio democrático, valor constitucional supremo positivado en el art. 1 CE. Este principio no ha sido obviado en otros casos análogos de otros sistemas liberal-democráticos.⁹⁴ En estas jurisdicciones a las que nos referimos, se ha entendido el principio democrático como motor de interpretación constitucional. Las teorías de las constituciones abiertas o como marco de confluencias democráticas también apuntan hacia conclusiones dinámicas del principio de constitucionalidad. (2) En segundo lugar, y relacionado con el primer punto, Lasagabaster se lamenta de la ausencia de estudio comparativo por parte de la STC 103/2008. Diferentemente, esta carencia del TC no se comete de manera tan manifiesta en el Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña 15/2010, del cual nos ocuparemos en el siguiente apartado.⁹⁵ (3) Lasagabaster muestra como el TC termina haciéndose un enredo acerca de si la Ley 9/2008 es una reforma constitucional o estatutaria encubierta. Añadimos el lamento de que la STC 103/2008

⁹¹ López Basaguren A., “Sobre referéndum y comunidades autónomas. La Ley vasca de la “consulta” ante el tribunal constitucional (Consideraciones con motivo de la STC 103/2008)”. *REAF*, núm. 9, 2009, p. 224. El autor se basa en la STC 86/1982.

⁹² Antecedente 6.a STC 103/2008.

⁹³ Lasagabaster, I., *Consulta o Referéndum...*

⁹⁴ *Reference re Secession of Quebec, [1998], 2 S.C.R. 217. Op. cit.*

⁹⁵ El Dict. 15/2010 del CGE no se olvida de considerar la famosa Opinión Consultiva de la Corte Suprema del Canadá del 1998 ya citada.

no entre a debatir sobre la doctrina del derecho internacional a la autodeterminación de los pueblos y la relación de esta doctrina con el ordenamiento interno.

Respecto al hipotético derecho de secesión (denominado también derecho de autodeterminación externa, según Seymour),⁹⁶ la STC 103/2008 reafirma la posible secesión de una parte del Estado previa reforma constitucional. Hay una línea jurisprudencial sólida del TC que niega la existencia de los límites materiales a la reforma constitucional incluso en cuanto a la integridad territorial o la definición de la nación soberana (*mutatis mutandis*, SSTC 48/2003 –FJ 7º–, 103/2008 –FJ 3º–, 31/2010 –FJ 12º–).⁹⁷ En cuanto a la ausencia de límites materiales en la reforma constitucional, la doctrina constitucional académica está dividida.⁹⁸ Ésta no es una cuestión baladí puesto que hay constituciones liberal-democráticas occidentales, o la interpretación que se hacen de éstas por la justicia constitucional, que consideran la nación dotada de soberanía y la integridad territorial del estado cuestiones fuera del alcance del poder reformador del legislador constitucional.⁹⁹ Esta línea jurisprudencial española se explica parcialmente porque el TC es consciente de las reforzadísimas mayorías constitucionales que requiere el art. 168 CE (brevemente: aprobación por 2/3 partes de ambas cámaras, seguidas de una disolución y nuevas elecciones de las Cortes, una nueva aprobación del texto por 2/3 partes de ambas cámaras y, finalmente, la ratificación por referéndum). Sin embargo, de manera totalmente incoherente con la doctrina de la ausencia de límites materiales en la reforma constitucional, la misma STC 103/2008 impide que se pueda hacer participar a la ciudadanía sobre la mera intención de iniciar un proceso de reforma constitucional.¹⁰⁰ Desde la perspectiva

⁹⁶ Seymour, M., “Els pobles...”, *op. cit.*

⁹⁷ STC 48/2003 (FJº) se expresa así: “[l]a Constitución Española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento”.

⁹⁸ Intentaremos resumir brevemente las líneas maestras del debate doctrinal: Pedro de Vega, a pesar de que reconoce que el derecho constitucional positivo deja clara la inexistencia de límites materiales (p. 219), cree que no es un cuestión reducible al derecho positivo (p.220). El autor diferencia el poder constituyente del poder de reforma. En cuanto a la definición de los límites materiales, los sitúa en los más elementales del Estado constitucional: (1) el Estado debe ser un poder constituido, (2) el Estado debe tener un poder limitado (p. 221). Vega, P., *La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1995. Manuel Aragón alega que no hay límites materiales ni explícitos ni implícitos en la reforma constitucional derivado de: (1) la posibilidad explícita de “revisión total”, (2) la ausencia de cláusulas de intangibilidad, (3) se ha positivado expresamente un proceso más agravado de reforma, (4) la soberanía nacional radica en el pueblo español, (5) las normas jurídicas son productos históricos y como tales, teniendo presente el principio democrático, no pueden presumirse inmutables. Aragón Reyes, M., *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 191-202.

⁹⁹ Comisión de Venecia, *Self-determination and Secession in Constitutional Law*, Venecia, 10-11.XII.1999.

¹⁰⁰ Viver i Pi-Sunyer, C., “El Reconeixement de la Pluranacionalitat de l'Estat en l'Ordenament Jurídic Espanyol”, dentro de Requejo, F., y Gagnon, A., (ed.), *Nacions...*, pp. 222-223. Critica el autor en relación con la STC 103/2008: “En definitiva, la ‘ratio decidendi’ empleada en la sentencia se basa en la afirmación que no se puede someter a referéndum consultivo ninguna <<decisión política de especial trascendencia>> -para usar la expresión del artículo 92 de la Constitución referida al objeto de los referéndums- que <<afecte>> aquello establecido en la Constitución. No se puede preguntar, por tanto, sobre si se quiere iniciar el proceso de reforma constitucional en un determinado sentido. Esta pregunta ya supone, en sí misma, una reforma de hecho en la Constitución. Éste es un límite a las cuestiones que pueden ser objeto de referéndum que no está expresamente previsto en la Constitución [(...)]. En cualquier caso, según esta sentencia, ni el Estado ni las comunidades pueden consultar a los ciudadanos sobre la posibilidad de iniciar procedimientos de reforma y, más concretamente, no pueden

fáctica, es previsible que tal día que se desee reformar la CE en alguno de los puntos que requieran del procedimiento reformador del art. 168 CE, las fuerzas que gobiernen necesiten consultar previamente a la ciudadanía para no iniciar en vano este agravadísimo procedimiento (pensemos en la posibilidad de un rechazo referendario). En el próximo apartado trataremos las capacidades autonómicas de iniciar un proceso de reforma constitucional.

En definitiva, la inconstitucionalidad material de la Ley vasca 9/2008 se basa en silogismos, ausencia de argumentación jurídica y temores políticos. Si imaginásemos por un instante que esta STC que ahora exploramos no hubiera sido publicada, *ope legis* no se habría ni proclamado un nuevo sujeto político dotado de soberanía, ni se habría roto la unidad del Estado español, ni se habría modificado la CE por los efectos de la celebración de la consulta prevista para el 2008. El TC forja unos límites muy estrictos al objeto de consulta puesto que veta cualquier cuestión la respuesta positiva de la cual pueda implicar la necesidad de reforma constitucional. Contradictoriamente, admitiendo que los límites territoriales del estado pueden ser objeto de reforma constitucional (negándose así una hipotética cláusula de intangibilidad a la francesa), la STC 103/2008 pretende prohibir formular consultas populares contrarias a los principios y valores constitucionales.

Antes de finalizar este apartado, queremos evocar la relevancia de la institución de la consulta popular como mecanismo democrático del ordenamiento constitucional español para el ejercicio del derecho a la autodeterminación territorial interna.¹⁰¹

6. Las competencias de la Generalitat sobre consultas populares “en el ámbito de sus competencias”

Como ya hemos visto, la competencia de la Generalitat entorno a las consultas populares se recoge en el art. 122 EAC 2006. Este precepto ha sido interpretado de manera que (auto)limita el ejercicio de la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de consultas populares ciñéndolas en “el ámbito de sus competencias”.¹⁰² A partir de una interpretación gramatical del precepto 122 EAC, se podría llegar a concluir que la limitación “en el ámbito de sus competencias” sólo es aplicable a los entes locales puesto que se encuentran justo a continuación de estos últimos. No obstante, en este apartado partiremos de la interpretación en virtud de la cual esta limitación también es aplicable a la Generalitat.

Recordemos la naturaleza meramente declarativa/enunciativa –contraria a una naturaleza constitutiva/atributiva– del art. 122 EAC que hemos expuesto en un apartado anterior. Reprendiendo la explicación, este precepto no atribuye *ex novo* una competencia a la Generalitat, sino que blindada y salvaguarda la competencia implícita

consultar sobre cuestiones que, en la hipótesis que obtuvieran el voto favorable de los ciudadanos, requirieran iniciar un proceso de reforma de la Constitución”.

¹⁰¹ Previstos propiamente en la Constitución: (1) Referéndums de iniciativa, de aprobación y de modificación de Estatutos de Autonomía (EA) por vía del art. 151 CE y (2) referéndum de anexión de Navarra a Euskadi. *Vid.* pie de página 54. Además cabe añadir: (3) Referéndums previstos en los EA de Valencia y Aragón –arts. 81.5 y 115.7, respectivamente– que a pesar de ser EA aprobados por la vía del art. 143 CE, pasan a adoptar el mecanismo agravado de reforma propio de los del art. 151 CE (admitidos estos nuevos referéndums de reforma estatutaria por la STC 31/2010, FJ 147); finalmente, (4), para la integración de un municipio de una comunidad autónoma a otra: art. 8.b EAE, Disp. Trans. Tercera.c EA de Castilla y León y art. 10.b EA de Aragón. *Vid.* pie de página 56.

¹⁰² LCPR (art. 2) y Dict. 15/2010 del Consejo de Garantías Estatutarias (FJ 3º).

(fruto del art. 122 EAC convertida en competencia expresa) de la Generalitat ante conflictos e invasiones competenciales. Esta voluntad de salvaguarda del art. 122 EAC, forzosamente debe matizar los efectos exageradamente restrictivos de la limitación “en el ámbito de sus competencias”. Sería exagerado que una disposición que pretende ser un escudo competencial para la Generalitat (y un freno a las invasiones o conflictos competenciales), acabe convirtiéndose en una arma de doble filo. Teniendo en cuenta la tendencia jurisprudencial del TC a interpretar de forma muy parecida todos los EA (a pesar de los matices puntuales de cada uno), es prudente observar que otros estatutos como el andaluz o el balear no recogen este inciso.

A continuación seguiremos aportando argumentos para interpretar de forma amplia la limitación “en el ámbito de sus competencias”. La noción de competencia nos remite a la capacidad de un ente para ejercer una potestad (poder/función) ante alguna materia o procedimiento. Es decir, podemos entender una competencia como la potestad de proponer, iniciar, tramitar o resolver un procedimiento. Este último sentido es el que pretendemos explotar seguidamente para demostrar que la Generalitat puede seguir limitándose en el ámbito de sus competencias cuando hipotéticamente quiera convocar las repetidas consultas para un nuevo pacto fiscal con el Estado español o una consulta de carácter soberanista.

La clave de la cuestión gira entorno al art. 87.2 CE.¹⁰³ Este precepto apodera a los parlamentos autonómicos para pedir al Gobierno la adopción de proyectos de ley o, alternativamente, presentar directamente proposiciones de ley a las Cortes españolas (desarrollado en el EAC 2006 por el art. 61.b y 61.c a título de “funciones” del Parlamento). Consecuentemente, las competencias de la Generalitat incluirían la celebración de una consulta para ver el soporte que tiene entre sus ciudadanos la petición al Gobierno español para que adopte un proyecto de ley o la presentación directamente a las Cortes Generales de una proposición de ley para reformar la LOFCA y conseguir así un trato más benévolo en materia fiscal. La potencialidad del art. 87.2 CE no termina aquí. El art. 87.2 CE interpretado conjuntamente con los arts. 166, 167 y 168 CE permiten la promoción de reformas constitucionales desde los Parlamentos autonómicos.¹⁰⁴ En este sentido, el art. 166 CE remite al art. 87.2 CE el establecimiento de los sujetos que pueden promover la reforma constitucional. *Ergo*, la Generalitat cuidadosamente podría formular una consulta de carácter soberanista respetuosa con el ordenamiento constitucional español. Podríamos reforzar el art. 87.2 CE, con la apelación al principio democrático (arts. 1 CE y 4.3 EAC), el principio de autonomía y de autogobierno (arts. 2, 137 y 143 CE y 1, 2.1 y 3.1 EAC), el principio participativo (arts. 9.2 CE y 4.2 y 43 EAC), el derecho fundamental de la ciudadanía a participar en los asuntos públicos (arts. 23.1 CE y 29.1 EAC), el derecho fundamental de petición individual y colectiva (arts. 29 CE y 29.5 EAC), el derecho estatuario de promover consultas populares (art. 29.6 EAC) y los derechos históricos¹⁰⁵ (Disp. Ad. Primera CE,

¹⁰³ Art. 87.2 CE: “Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de Ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de Ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa”.

¹⁰⁴ A título de “atribuciones”, el art. 16.2 del nuevo EA de Extremadura constata que corresponde a la Asamblea extremeña: “Ejercer las iniciativas de reforma de la Constitución y del presente Estatuto”.

¹⁰⁵ Respecto a los derechos históricos, la STC 31/2010 ha negado la relación entre la Disp. Ad. 1ª CE y los derechos históricos de Cataluña reconocidos en el art. 5 EAC. El TC restringe los efectos de los derechos históricos de Cataluña reconocidos en el art. 5 EAC al derecho privado y, en cuanto al derecho público, a la Disp. Trans. 2ª CE (FJ 10º). Pese a ser conocedores de esta jurisprudencia, nos apoyamos en los trabajos doctrinales del Dr. Ferret y del Dr. Montagut. Entre otros: Ferret, J., *Catalunya i els drets històrics (L'aplicabilitat a Catalunya de la disposició adicional primera de la Constitució)*, Barcelona, IEA, 2001. Ferret, J., “Nació, símbols i drets

Disp. Trans. Segunda CE y art. 5 EAC). Recordemos que en anteriores apartados hemos expuesto como (1) la jurisprudencia del TC declara repetidamente la ausencia de límites materiales en la revisión constitucional, *id est*, la potestad del legislador constitucional de reformar lo que le plazca mientras siga los procedimientos establecidos en la misma CE; (2) la jurisprudencia del TS acepta la competencia para celebrar consultas populares respecto competencias de iniciativas en las cuales la decisión final radica en un ente territorial superior (recordemos la consulta popular municipal respecto la aprobación municipal inicial de la planificación general urbanística).

La cuestión jurídica entorno a una consulta soberanista ha sido tratada en Cataluña por el Consejo de Garantías Estatutarias (CGE) en su Dictamen 15/2010, de 6 de julio, respecto a la Propuesta de consulta popular por vía de referéndum sobre la independencia de la nación catalana. Este dictamen surge de una propuesta de consulta de iniciativa ciudadana en virtud del art. 21 y ss. de la LCPR (preceptos que desarrollan el derecho estatutario de promoción ciudadana de consultas populares del art. 29.6 EAC). Una vez admitida a trámite la propuesta de consulta popular de iniciativa ciudadana por la Mesa del Parlamento, un conjunto de diputados solicitan un dictamen sobre la constitucionalidad y estatutariedad de la propuesta de consulta (excluyéndose, en virtud del art. 24.4 LCPR, el dictamen sobre los artículos de configuración meramente legal).¹⁰⁶ La consulta sobre la cual se deberá dictaminar de forma no vinculante el CGE es la siguiente:

Para que el Parlamento de Cataluña lleve a cabo las iniciativas necesarias para hacer efectiva la voluntad popular, ¿Está de acuerdo que la Nación Catalana se convierta en un Estado de derecho, independiente, democrático y social integrado en la Unión Europea?

La opinión consultiva del CGE rechaza esta propuesta de consulta básicamente por dos motivos: (1) por la extralimitación de las competencias autonómicas de los arts. 29.6 y 122 EAC 2006 (a juicio de este trabajo, interpretando de forma excesivamente restrictiva la interpretación “en el ámbito de sus competencias”); y (2) debido a la ausencia de claridad de la pregunta formulada.¹⁰⁷ Sin embargo, la claridad es un requisito de configuración meramente legal que no deriva directamente de ninguna norma concreta de la CE ni del EAC, si no es apelando a principios genéricos como el de seguridad jurídica.

històrics”, *REAF*, núm. 12, 2011, pp. 40-60. De Montagut, T., “Rutptura i transició a la democràcia com a fonts de dos tipus de drets històrics compatibles per a Catalunya”, *RCDP: Especial sentència sobre l'Estatut*, 2010, pp. 117-121. De Montagut, T., “Els drets històrics de Catalunya”, *Ivs Fvgit*, 15, 2007-2008, pp. 125-137. De Montagut, T., *Informe sobre la noció dels drets històrics i la seva aplicació a Catalunya*, IEC, 16.V.2006.

¹⁰⁶ Dict. 15(2010 CGE: “(...) de lo que se trata es de verificar que las propuestas de consulta popular, además de observar la Constitución y el Estatuto, cumplan también las condiciones establecidas por una ley, la LCR, por lo tanto también sería necesario realizar un análisis de conformidad de la propuesta de consulta a los preceptos de la LCR que tengan una relación directa con la Constitución y el Estatuto (FJ 1º). “(...) la Mesa del Parlamento ya verifica política y legalmente la consulta presentada por los promotores, sin que nos tengamos que pronunciar expresamente por razón de nuestra genérica función dictaminadora sobre la compatibilidad de la Propuesta con los preceptos de la LCR” (FJ 3º).

¹⁰⁷ Dict. 15/2010 CGE: “Sólo es necesario añadir que la indicación que precede la entreinterrogación es imprecisa y equívoca ya que no es posible saber del cierto qué tipo de iniciativas del Parlamento de Cataluña son necesarias a tenor de la pregunta. En consecuencia, entendemos que la pregunta propuesta es incompatible con el art. 7.a LCR” (FJ 3º).

Creemos conveniente añadir cinco reproches a este Dictamen: (1) la insuficiente apelación al principio democrático; (2) el olvido del art. 87 CE en conjunción con los arts. 166 y 168 CE –errando en la concepción excesivamente restrictiva de competencias de la Generalitat–; (3) el olvido de la referencia a la jurisprudencia constitucional en relación con la carencia de límites materiales en la reforma constitucional–incluso en aquello referente a la integridad territorial–;¹⁰⁸ (4) que se haya prescindido totalmente de la reiteradas declaraciones del Parlamento de Cataluña reconociendo el derecho de autodeterminación a la nación catalana;¹⁰⁹ (5) relacionado con la última, la ausencia de debate entorno a la doctrina del derecho internacional a la autodeterminación de los pueblos.

Partiendo de la tesis que defendemos en este último apartado del trabajo, planteamos, a fin y efectos meramente doctrinales, una redacción alternativa de la pregunta demostrando la posible formulación constitucional sin modificar la voluntad de la propuesta de consulta popular de iniciativa ciudadana:

¿Está de acuerdo en que el Parlamento de Cataluña, en virtud de sus potestades de instar una reforma constitucional emanadas del art. 87 de la Constitución española, inste al Gobierno central y a las Cortes Generales a emprender la reforma constitucional que reconozca el derecho de Cataluña, como nacionalidad, a autodeterminarse como estado soberano e independiente en virtud de un procedimiento democrático?

Esta consulta no excede las competencias de la Generalitat y difícilmente puede ser tildada de ambigua. Respecto a la ambigüedad se resuelve tanto “las iniciativas necesarias” como el contenido de la “entreinterrogación” (empleando los vocablos del CGE) de la consulta anteriormente citada. En este sentido, parece que la ambigüedad que quedaría pendiente sería “en virtud de un procedimiento democrático”. Difícilmente podemos pretender que no quede algún término abierto en la pregunta. El procedimiento democrático en cuestión sería objeto de discusión constitucional observando las experiencias del derecho comparado. Parece que el procedimiento democrático surgiría de la concurrencia de la voluntad del Parlamento de Cataluña y una clara mayoría de los ciudadanos catalanes que así lo avalara.¹¹⁰ La necesidad de una clara mayoría ciudadana (la noción de la “*clear majority*”) surge de la Opinión Consultiva del año 1998 de la Corte Suprema del Canadá.¹¹¹ Parece que se está erigiendo un tímido consenso internacional sobre esta noción de clara mayoría ciudadana que consistiría en el mínimo de participación del 50% del censo electoral respondiendo afirmativamente un 55% de los votantes.¹¹² Pese al interés doctrinal y

¹⁰⁸ *Vid.* el apartado de este trabajo sobre los límites materiales en la consulta de carácter soberanista.

¹⁰⁹ La Resolución 98/III, de 12 de diciembre de 1989, sobre el derecho a la autodeterminación de la nación catalana; la Resolución 679/V, de 1 de octubre de 1998, sobre la orientación política general del Consejo Ejecutivo; y la Resolución 631/VIII, de 3 de marzo de 2010, sobre el derecho a la autodeterminación y sobre el reconocimiento de las consultas populares sobre la independencia. Todas ellas reafirmadas por la Moción 6/IX del Parlamento de Cataluña, sobre el derecho a la autodeterminación del pueblo de Cataluña y sobre el derecho de la sociedad a expresarse mediante consultas populares de 10 de marzo de 2011.

¹¹⁰ Para un análisis empírico del comportamiento de los ciudadanos catalanes sobre la cuestión “Si mañana se realizara un referéndum para decidir la independencia de Cataluña, ¿usted qué haría?”, *vid.*: CEO. *Encreuaments per opció de comportament en un referéndum per decidir la independència de Catalunya*. Barómetro de Opinión Política (BOP). 2ª oleada 2011. –REO 652.

¹¹¹ *Reference re Secession of Quebec*, [1998], 2 S.C.R. 217. Párrafo 87.

¹¹² Reglas aplicadas para el caso de Montenegro y Sudán del Sud. *Vid.*: López Bofill, H., “L’evolució jurídica cap a un Estat Propi”, *RCDP: Especial sentència sobre l'Estatut*, 2010, pp. 485-493. Estas reglas no son aceptadas por el Gobierno escocés que sostiene la regla de la

práctico que pueden comportar estas reflexiones, no nos extendemos más en este sentido ya que se aleja del objetivo principal que ahora nos ocupa.

Uno puede criticar este modelo de consulta basada en la reforma constitucional y el art. 87 CE por reconocer indirectamente la necesidad de una vía bilateral / consensuada de acceso a la soberanía nacional plena. No es una crítica trivial. No obstante, es necesario recordar que el acceso unilateral de las naciones a la independencia suele deberse al fracaso de previos intentos de acuerdos bilaterales / consensuados.¹¹³ Consecuentemente, los intentos fallidos de soluciones bilaterales dotan de más argumentos políticos y jurídicos al hipotético derecho de sucesión unilateral que uno puede pregonar.

RESUMEN

El artículo analiza las competencias de la Generalitat sobre regulación y convocatoria de consultas populares. Primeramente, se ofrecen argumentos teóricos, históricos y comparados para que el Tribunal Constitucional interprete expansivamente la Constitución a fin de permitir a las Comunidades autónomas caminar holgadamente hacia la democracia participativa. El artículo traza una doctrina de competencias compartidas Estado-Generalitat en relación con la regulación de las consultas populares referendarias (reservando la autorización al Estado) y una competencia exclusiva de la Generalitat de regulación y convocatoria de consultas no referendarias. Así, se arguye la constitucionalidad de la Ley catalana 4/2010 de Consultas Populares por vía de Referéndum. Se trata la autorización estatal de las consultas referendarias. Se constata la paradoja entre la ausencia de límites materiales a la reforma constitucional española según el propio Tribunal Constitucional (incluso respecto a los confines del Estado o el reconocimiento de un hipotético derecho de secesión) y la imposibilidad de consultar a la ciudadanía sobre cuestiones que requieren una reforma constitucional. Finalmente, se defiende que el artículo 87.2 de la Constitución es la clave para legitimar jurídicamente la competencia de la Generalitat para formular una consulta popular para un nuevo pacto fiscal o una consulta de tipo soberanista.

Palabras clave: consultas populares; referéndums; competencias de la Generalitat; democracia participativa; pacto fiscal; soberanía.

mayoría simple y la ausencia de lindares mínimos de participación referendaria. *Vid.* Gobierno escocés, *Your Scotland, Your Referendum, op. cit.*, p. 13.

¹¹³ *Vid.* Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010 en relación con la pregunta que la Asamblea General de las Naciones Unidas le formula entorno a la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo. En este Dictamen, se ponen de manifiesto los intentos fallidos de buscar una solución consensuada entre los representantes kosovares y los representantes serbios.