

# La poderosa y alargada sombra de la STC 103/2008 sobre la Ley vasca de consulta en el ejercicio del «derecho a decidir» un nuevo marco político para Cataluña

Joan Ridao i Martín

**Sumario:** I. Introducción.—II. Las valoraciones jurídicas del «Plan Ibarretxe».—III. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la Ley del Parlamento Vasco 9/2008 en la STC 103/2008.—IV. Las consultas populares en el Estatuto de Autonomía de Catalunya (EAC). IV.1. El art. 122 EAC. IV.2. La STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y su pronunciamiento sobre el art. 122 EAC.—V. La Ley de Catalunya 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum. V.1. El contenido de la Ley. V.2. El Dictamen 15/2010, del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña. V.3. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno del Estado.—VI. El proceso catalán para el ejercicio del «derecho a decidir». VI.1. La declaración de soberanía del pueblo de Catalunya. VI.2. Un incierto *tertium genus*: las consultas populares no referendarias. VI.3. La propuesta de delegación específica en el Gobierno de la Generalitat de la competencia para realizar un referéndum para el ejercicio del «derecho a decidir».—VII. Conclusiones.

## I. Introducción

La iniciativa política conocida popularmente como «Plan Ibarretxe» se desarrolló temporalmente en dos tramos diferenciados. En el primero, el Gobierno vasco adoptó un Acuerdo denominado «Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi» (PEPCE), luego concretado por la mayoría absoluta del Parlamento(1), en forma de propuesta de «reforma» del Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV) (2). Trasladada al Congreso de los Diputados y defendida por el mismo *Lehendakari*, Juan José Ibarretxe, no superó el trámite de la toma en consideración, en sesión de 1 de febrero de 2005. Tras este rechazo, el *Lehendakari* convocó anticipadamente elecciones, el resultado de las cuales le permitió componer una mayoría

---

(1) *Diario de Sesiones del Parlamento Vasco* (DSPV), VII Legislatura, núm. 114, de 30.12.2004.

(2) Si bien el texto no mencionaba explícitamente que se tratara formalmente de una «reforma», la iniciativa se verificó por el trámite previsto para esta finalidad en el artículo art. 46.1 a) EAPV. El 4 de noviembre de 2003, la Mesa de la cámara vasca acordó su admisión, para su tramitación conforme al procedimiento legislativo, y ordenó su remisión a la Comisión Parlamentaria de Instituciones e Interior, así como su publicación en el *Boletín Oficial del Parlamento Vasco* (BOPV), núm. 115, 7.11.2003.

suficiente no sólo para gobernar sino también para reeditar su «Plan», a fines de 2007, con una nueva instrumentación.

Así pues, el llamado «Plan Ibarretxe 2» se materializó en la aprobación, por parte del Parlamento de Vitoria a instancia del Ejecutivo, de la Ley vasca 9/2008, de 27 de junio, «de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política» (3). En este caso, el planteamiento de una consulta habilitante para el inicio de negociaciones se presentó con carácter supletorio, en ausencia de acuerdo tras una oferta de diálogo político al Gobierno del Estado (4), para exigir a ETA el fin de la violencia y posibilitar un proceso de diálogo y negociación, entre todos los partidos políticos, con el propósito de conseguir un «[A]cuerdo de normalización política» en que se estableciesen las bases de una nueva relación entre la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAV) y el Estado. La consulta pretendía constituir un «instrumento legal y democrático para que el pueblo vasco pudiese ejercer libremente el derecho fundamental de participación ciudadana en los asuntos de trascendencia que son de su incumbencia».

Este segundo tramo del «Plan Ibarretxe» concluyó con la declaración de inconstitucionalidad de la Ley, mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 103/2008, de 11 de septiembre, con unas importantes implicaciones en el inmediato devenir político de Euskadi. En efecto, el debate en sede institucional sobre la modificación de la relación política de Euskadi con el Estado español no ha vuelto a recuperarse, si bien con una carga política mucho menor, hasta la reciente propuesta de creación en el Parlamento Vasco de «una Ponencia específica que analice el estado actual del autogobierno y que sienta las bases para su actualización» (5).

## II. Las valoraciones jurídicas del «Plan Ibarretxe»

El «Plan Ibarretxe» suscitó, desde sus inicios, un fuerte rechazo en algunos sectores políticos e institucionales, que intentaron impedir su evolución mediante obstácu-

(3) BOPV, núm. 134, 15.07.2008. La Ley resultó aprobada por 34 votos a favor y 33 en contra, además de 7 abstenciones.

(4) En la exposición de motivos de la Ley 9/2008 se afirmaba que con ocasión del debate sobre política general celebrado en el Parlamento Vasco (28 de septiembre de 2007) el *Lehendakari* había realizado «una oferta institucional de Pacto Político al Presidente del Gobierno español sustentada sobre el principio ético de rechazo a la violencia y el principio democrático de respecto a la voluntad de la sociedad vasca. Esta oferta se extendía hasta el mes de junio de 2008, con el fin de que Pleno del Parlamento Vasco, antes de finalizar el periodo de sesiones, pudiera ratificar, si procediese, el Pacto Político con el Presidente del Gobierno español, o, en caso contrario, autorizar la realización de una consulta no vinculante con el fin de desbloquear la situación política y abrir un proceso de negociación». El proceso previsto contemplaba, pues, la posibilidad de intimar políticamente al Gobierno del Estado a negociar una salida política en caso de que el resultado de la consulta fuera afirmativo y existiera un acuerdo de los partidos vascos para someter la cuestión a referéndum «vinculante» durante el año 2010.

(5) Entrada en el registro del Parlamento el 26.12.2013, la proposición se enmarcaba, a decir de su exposición de motivos, en el «debate sobre la arquitectura institucional y la protección jurídica de las comunidades políticas naturales» en el ámbito europeo y de la «intensa discusión» entorno a la utilidad del modelo autonómico vigente en España «en relación con los territorios cuya ciudadanía más clara e insistentemente ha expresado y expresa su aspiración a autogobernarse», en clara alusión al proceso catalán de reivindicación del ejercicio del «derecho a decidir».

los jurídicos de signo diverso(6). En concreto, el acuerdo aprobatorio de la PEPCE por parte del Ejecutivo vasco fue objeto de diversos recursos que tenían como finalidad evitar su debate en la Cámara autonómica y en el Congreso de los Diputados(7). La primera intervención del TC se produjo con el Auto (ATC) 135/2004, de 20 de abril de 2004, con motivo de la impugnación formulada por el Gobierno del Estado contra el acuerdo del Gobierno Vasco(8) y contra el acuerdo de la Mesa del Parlamento(9), que admitió su tramitación. En su escrito de alegaciones, de fecha 30 de octubre de 2003, el Abogado del Estado afirmó que la propuesta impugnada significaba «una consciente ruptura con la Constitución»(10). En su Resolución desestimatoria, el Alto Tribunal razonó que, una vez eliminado el control previo de inconstitucionalidad(11), no era posible acudir al recurso de inconstitucionalidad para impugnar una iniciativa legislativa admitida a trámite, pues esta despliega sus efectos exclusivamente en el ámbito parlamentario y adquiere relevancia *ad extra* sólo en caso de que el procedimiento legislativo culmine con la aprobación de la ley(12).

En la STC 42/2014 de 25 de marzo, emitida en relación a la declaración de soberanía aprobada por el Parlament en enero de 2013 (Resolución 5/X), a la cual nos referiremos posteriormente, el Alto Tribunal introdujo matizaciones relevantes en la doctrina del ATC 135/2004. Efectivamente, en dicha sentencia el TC remarca que en el mencio-

---

(6) Entre los cuales estuvo, en las primeras etapas del «Plan», la tipificación penal del delito de convocatoria ilegal de referéndum (LO 20/2003), que fue derogada al poco tiempo (LO 2/2005).

(7) Recuérdese que fue recurrido en primera instancia por la Diputación Foral de Álava, ante la jurisdicción contenciosa-administrativa del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV), que, insólitamente, admitió su competencia argumentando que no podía generar «indefensión» y que se amparaba en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española (CE), a pesar de no tratarse, como es obvio, de un acto enmarcado dentro de las potestades administrativas o reglamentarias, sino fruto de una potestad legislativa de un órgano político como la cámara vasca.

(8) El Consejo de Ministros, en su reunión del 7 de noviembre de 2004 acordó impugnar ante el TC tanto el acuerdo del gobierno vasco del 25 de octubre de 2003 como el acuerdo de la Mesa del Parlamento vasco de 4 de noviembre de 2003, en base al art. 161.2 CE. En este sentido, son varias las sentencias del TC que resuelven procesos constitucionales contra acuerdos de Mesas de cámaras legislativas en los que éstas ejercitan su poder de calificación y admisión a trámite (por todas, SSTC 205/1990, 225/1992, 95/1994, 41/1995, 38/1999 o 40/2003).

(9) La Mesa calificó la iniciativa como propuesta de reforma del estatuto, de acuerdo con el art. 46 EAPV. Respecto a la tramitación, se propuso la aplicación del procedimiento legislativo ordinario, junto con el requisito de mayoría absoluta para su aprobación. La admisión a trámite fue publicada en el *BOPV*, VII legislatura, núm. 115, 7.11.2003.

(10) Según la representación del gobierno español, el acuerdo del gobierno vasco «representaba un ataque deliberado al fundamento último y esencial de la Constitución, la soberanía del pueblo español de la que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 CE) (...). (E)s por eso, todos los poderes autonómicos no son nada más que una forma de organización territorial del Estado (art. 137 CE) basada en el derecho a la autonomía reconocido y garantizado por la Nación española a las «nacionalidades y regiones que la integran». Pero (...) la propuesta parte de que el conjunto del pueblo de estos territorios o provincias (Álava, Guipúzcoa y Vizcaya) (el pueblo de la Comunidad Autónoma del País Vasco) poseen el atributo de «soberano», que la Constitución atribuye sólo y únicamente al pueblo español (art. 1.2 CE), del que —está claro— forman parte, desde el mismo momento en que hay que hablar de «pueblo español», los alaveses, guipuzcoanos y vizcaínos. Todo el resto de violaciones constitucionales tienen su fuente o raíz en esta infracción capital y deliberadamente intentada por el Gobierno vasco autor del PEPCE».

(11) Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

(12) ATC 135/2004, de 20 de abril de 2004 (FJ 7).

nado auto no se preserva de la impugnabilidad la totalidad de los actos parlamentarios sin fuerza de ley, sino sólo aquellos que formen parte, como tracto o secuencia, en un procedimiento jurídico reglado (FJ 4); siendo necesario, para la impugnación, que concurra en dicho acto la capacidad, «siquiera indiciariamente», para producir efectos jurídicos. En relación al primer aspecto, el TC imputa a la Resolución 5/X el carácter de «acto perfecto o definitivo», una expresión acabada de la voluntad del *Parlament de Catalunya*, sin que quepa atribuirle la condición de punto de inicio de ningún proceso jurídico reglado. Por lo que respecta al segundo aspecto, el Alto Tribunal enuncia el criterio de que «lo jurídico no se agota en lo vinculante» e identifica, en el punto primero de la Resolución impugnada, algunos elementos susceptibles de generar efectos jurídicos (13) que se deducen, de forma un tanto sorprendente, no de la naturaleza de la Resolución 5/X sino de su contenido, del cual se reconoce, sin embargo, su naturaleza estrictamente política.

La Ley del Parlamento Vasco 9/2008 se fundamentaba, según su Preámbulo, en dos principios (el «principio ético» y «el principio democrático») y en dos compromisos (abordar el final dialogado de la violencia e impulsar un proceso de negociación entre todos los partidos vascos, sin exclusiones, sobre el ejercicio del derecho a decidir). Su contenido formal se componía de un artículo único en el que, primero, se autoriza la consulta y se detallan las preguntas a formular (14); y, segundo, se habilita la fecha de realización (25.10.2008), además de una disposición adicional, tres finales y dos anexos en los que se detalla el procedimiento de la consulta.

La Ley atribuía carácter no vinculante a la consulta, con el propósito de que los partidos políticos negociaran los términos del ejercicio del «derecho a decidir», en base al principio democrático y al art. 9.2 e EAPV, que prevé que los poderes públicos faciliten «la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural [...]». Fue ésta precisamente la razón que empujó al legislador vasco a considerar innecesaria aplicar la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, Reguladora de las distintas modalidades de referéndum (LOMR), como instar la autorización del Estado ex art. 149.1.32 CE, haciendo, para todo aquello no previsto en la Ley, una expresa remisión a las disposiciones reguladoras de los procesos electorales de Euskadi (Ley 5/1990, de 15 de junio, de elecciones al Parlamento Vasco) (15).

(13) En concreto, el TC señala dos elementos. En primer lugar, la declaración de soberanía puede ser interpretada por los actores del proceso del «derecho a decidir» (especialmente el Parlamento de Cataluña y el Gobierno de la Generalitat) como un reconocimiento de atribuciones de las que, en el plano constitucional, carecen. Por otro lado, el TC considera que el planteamiento asertivo de la Resolución 5/X, dando inicio al proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir, «reclama el cumplimiento de unas actuaciones concretas y este cumplimiento es susceptible del control parlamentario».

(14) Las preguntas eran las siguientes: «a) ¿Está Usted de acuerdo con apoyar un proceso de final dialogado de la violencia, si previamente ETA manifiesta de forma inequívoca su voluntad de poner fin a la misma de una vez y para siempre jamás?» y «b) ¿Está Usted de acuerdo en que los partidos vascos, sin exclusiones, inicien un proceso de negociación para lograr un Acuerdo Democrático sobre el ejercicio del derecho a decidir del Pueblo Vasco, y que este Acuerdo sea sometido a referéndum antes de que finalice el 2010?».

(15) Sin duda, este diseño estratégico se inspiraba en el contenido de la Opinión Consultiva de la Corte Suprema de Canadá sobre la secesión del Quebec (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*. N.º du greffe: 25506. 1998: 16, 17, 18, 19 février; 1998: 20 août. 1998), que disponía que, de la ponderación de los cuatro «principios» fundamentales del sistema constitucional canadiense (democrático, de constitucionalidad, federal y de protección de las minorías) se podía inferir una obligación jurídica de la Federación del Canadá de «negociar de buena fe» la secesión del Quebec si una «clara mayoría» de quebequenses así lo deseara, respondiendo a una «pregunta clara».

La *ratio decidendi* del Dictamen 96/2008, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (CJAE) sobre el anteproyecto de Ley descansaba en que no era necesario que el EAPV contemplase explícitamente la competencia en materia de consultas populares para poder legislar sobre ellas, al tratarse de una «competencia implícita» en toda estructura democrática representativa (16), además de que el anclaje competencial de la Comunidad Autónoma del País Vasco se derivaba del título sobre autoorganización y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno (art. 10.2 EAPV). La CJAE refería, en apoyo de su argumento, que si las Comunidades Autónomas (CA) no habían necesitado ninguna norma competencial para regular la Iniciativa Legislativa Popular (ILP), ni estaban obligadas a hacerlo, ello debería ser también aplicable a «otras formas de intervención como la participación mediante encuestas públicas, foros o consultas populares». En otro orden de cosas, el dictamen de la CJAE definió una consulta referendaria en unos términos muy similares a los que, posteriormente, establecería la STC 103/2008 (17), pero tipificó la consulta prevista en el anteproyecto de ley como un referéndum autonómico, el cual, al no estar considerado dentro de la LOMR, quedaba exento, en opinión de la CJAE (18), de la autorización establecida por el art. 149.1.32 CE.

Por su parte, la Comisión Permanente del Consejo de Estado emitió, por unanimidad, el Dictamen 1119/2008, en sesión celebrada el día 3 de julio de 2008, apreciando «falta de adecuación de la consulta regulada por la Ley 9/2008 a los artículos 92 y 149.1.32 CE y a la Ley orgánica 2/1980», pues «[S]e convoca (...) sin la autorización previa estatal, con la sola autorización del Parlamento Vasco, de forma que ni siquiera se aplican las previsiones del EAPV para otros referéndums (artículos 46.2 y 47.1)» (19), a instancia del *Lehendakari*, «que no tiene competencias para ello, puesto que no se ha efectuado ninguna delegación expresa del Estado como la prevista en el artículo 46.2 del Estatuto de Autonomía». En cuanto al objeto de la consulta, según el Alto Órgano Consultivo «trasciende el ámbito de interés y de competencias de la Comunidad Autónoma, afecta el interés del Estado y de los otros territorios de España [...]» y «pondría en riesgo el orden constitucional del Estado y las bases mismas en que se asienta (artículos 1.2 CE, que afirma la soberanía nacional del pueblo español y no de fracciones del mismo, y 2 CE, que fundamenta la Constitución en la unidad de la Nación española», además de «[...] romper la Constitución en cuanto a su reforma

---

(16) «[L]as consultas populares se sitúan indudablemente en el marco de las relaciones políticas que se establecen entre las instituciones autonómicas dentro del «juego democrático»» (Dictamen CJAE 96/2008, párrafo 38) [...] y expresan «un esquema democrático representativo en el cual hay que integrar, sin duda, un mecanismo de democracia directa o semidirecta, sin que haya ningún fundamento constitucional para excluir a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de que puedan celebrar consultas de ámbito autonómico mediante las cuales sus instituciones de autogobierno recaben la opinión de los ciudadanos vascos en asuntos que inciden en su autonomía» (párrafo 56).

(17) Esto es, consulta al cuerpo electoral con un procedimiento y garantías del mismo nivel que un proceso electoral (Dictamen CJAE 96/2008, párrafos 121-122).

(18) Dictamen CJAE 96/2008, párrafos 131 y ss.

(19) En efecto, las únicas referencias del EAPV están contenidas en los art. 8 (agregación de otros territorios o municipios enclavados totalmente en su territorio, y que establece como requisito el acuerdo de sus habitantes mediante «referéndum expresamente convocado, previa la autorización competente a tal efecto y aprobado por mayoría de los votos válidos emitidos»), y arts. 46 y 47, relativos al procedimiento de reforma del Estatuto.

con vulneración del artículo 168, que prevé, para tal reforma, un referéndum de ratificación con participación de todo el cuerpo electoral». En puridad, según el Consejo, «[L]a consulta es una manifestación encuadrable en las formas de democracia directa y no, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/1995, de 17 de julio, «un *tertium genus* que se ha denominado democracia participativa [...]», concluyendo que, pese a su carácter «no vinculante» (fundamento de la no aplicación de la LOMR y de no instar la autorización del Estado), se trataba de una «consulta por vía de referéndum», con llamamiento al electorado, sujeción al régimen electoral e idéntico objetivo que el previsto en el art. 92 CE. Al examinar el orden constitucional de competencias en la materia, el Consejo de Estado advirtió que «la Constitución regula varias modalidades de referéndum [...] y el artículo 149.1.32 CE atribuye a la competencia exclusiva del Estado la «autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum».

### III. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la Ley del Parlamento Vasco 9/2008 en la STC 103/2008

Como es sabido, la STC 103/2008 apreció la existencia de tres vicios de inconstitucionalidad en la Ley 9/2008: competencial, procedimental y sustantivo, fallando su inconstitucionalidad. Lo relevante, más allá de este desenlace es que en la referida Sentencia, el Alto Tribunal realizó, por vez primera, un desarrollo doctrinal prolijo de la figura del referéndum (FJ 2). En particular, el TC ubica este instituto en el marco de los instrumentos de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), descartando que se trate de una participación en sentido genérico (arts. 9.2 y 48 CE), configurándose como una forma de democracia directa.

En efecto, aprovechando la relevancia de su pronunciamiento, el TC enalteció los instrumentos de democracia directa como mecanismos de refuerzo de la democracia representativa, anclando los referéndums en cualquiera de los dos cauces constitucionalmente admitidos para la «conformación y expresión de la voluntad general», además de subrayar el carácter «especial o extraordinario [de la vía referendaria] por oposición al ordinario o común de la representación política» y la naturaleza de la arquitectura institucional del sistema político español como eminentemente representativa, en la que las instituciones de democracia directa (o semi-directa) adquieren una función complementaria (20).

A partir de ahí, como se ha dicho, la Sentencia realiza una definición precisa de la figura del referéndum que parte de la relación especie-género entre referéndums y

(20) Esta preeminencia de la democracia representativa no es nueva en la doctrina constitucional (entre otras, STC 76/1994) y tiene su origen, como es sabido, en la prevención, cuando no desconfianza, con que fue tratada la fórmula del referéndum en el debate constituyente (para una referencia de los términos de los mencionados debates pueden consultarse la aportación del profesor Oliver Araujo en Cascajo Castro, José Luis et al. «Encuesta sobre el referéndum», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 21-24, y Martín, Esther. «El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 94, septiembre-diciembre 2012, pp. 98-102. Todo ello contrasta, vivamente, con el relieve y frecuencia que adquiere la fórmula referendaria en el ordenamiento jurídico de otras democracias consolidadas, así como con las recientes reivindicaciones, de amplios sectores sociales, por ejemplo, de una mayor participación directa de la ciudadanía en las decisiones públicas.

consultas populares, de modo que atribuye la condición referendaria a aquella consulta popular que reúna tres requisitos: (1) el sujeto consultado debe ser el cuerpo electoral; (2) ha de conformarse y exteriorizarse como un procedimiento electoral; y (3) contar con garantías jurisdiccionales específicas. El TC establece, además, que el carácter vinculante o consultivo de la consulta carece de la más mínima relevancia a los efectos clasificatorios. Toda consulta popular que reúna estos elementos descritos, concluye el TC, deberá entenderse como realizada por vía referendaria y su convocatoria requerirá, por tanto, la autorización del Estado *ex art.* 149.1.32 CE.

Aunque esta jurisprudencia, como no podía ser de otra manera, ha sido incorporada por la gran mayoría de la doctrina, IBÁÑEZ MACÍAS (21), en una contundente y sugerente revisión crítica de los fundamentos jurídicos de la STC 103/2008, juzga erróneo el criterio de definición empleado por el TC y propone un criterio alternativo: «[...] lo relevante para concluir que una consulta popular determinada es un referéndum no es el voto en la urna [...]; ni que se use el censo (aunque se use el padrón municipal, seguirá siendo un referéndum, aunque ilegal); ni que se utilicen las garantías previstas en la LOMR o en la LOREG [...]. Lo importante es que se esté ante una forma de participación política incluida en el artículo 23.1 CE. Una forma de participación es política [...] porque en ella se participa *uti cives*, es decir, como miembro de una colectividad territorial. No lo es cuando se participa a título individual (como interesado en un procedimiento administrativo, *uti singulis*) o como miembro de una asociación o de una categoría social o profesional (*uti socius*)».

Situando la cuestión en la esfera autonómica, contra uno de los principales argumentos invocados por la defensa del Parlamento y Gobierno vascos, la STC 103/2008 exige para la validez de una convocatoria de referéndum la existencia de una competencia explícita (no implícita, o basada en el principio democrático) (22). Dado que el texto de la argumentación del TC no entra en la discusión detallada ni del principio democrático (art. 1.1 CE y art. 9.2 CE) (23) ni de la potestad de autoorganización institucional de las autonomías, que también ampararían la Ley 9/2008, como hemos visto en la exposición del dictamen CJAE 96/2008, la exigencia del TC parece anclarse, exclusivamente, en la negación del título competencial implícito frente a la existencia de uno explícito (art. 149.1.32) (24).

---

(21) IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio. «Los referendos regional y local en el Estado Autonómico. Sus bases y límites constitucionales», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 97, septiembre-diciembre 2013, p. 104.

(22) Para el Tribunal Constitucional, «... tal convocatoria no puede ampararse en genéricas potestades implícitas vinculadas al principio democrático, al entrar estas en conflicto con competencias expresamente atribuidas a otro ente, como pasa en este caso con la que atribuye el art. 149.1.32 CE». En cuanto al art. 9.2.e) EAPV, el Alto Tribunal reitera en sus términos la STC 25/1981, de 14 de julio (FJ 5), de forma que no se puede desprender ninguna competencia sino una obligación genérica de todos los poderes en el ejercicio de sus atribuciones (FJ 3).

(23) En este sentido, el profesor LASAGABASTER HERRARTE, IÑAKI. *Consulta o referéndum: la necesidad de una nueva reflexión jurídica sobre la idea de democracia*. Lete Argitaletxea, Bilbao, 2008, ha reprochado a la STC 103/2008 la carencia de alusiones a este principio democrático, que, según él, no deja de ser un «valor constitucional supremo positivado en el art. 1 CE» y no obviado en el marco de sistemas políticos liberal-democráticos y pluralistas, y compuestos desde el punto de vista territorial, como Canadá.

(24) Ver, en este sentido, BOSSACOMA I BUSQUETS, PAU. «Competències de la Generalitat de Catalunya sobre regulació i convocatòria de consultes populars», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 15, abril 2012, p. 264,

Considerando, pues, que en la Ley 9/2008 «se llama a consulta sobre un asunto de manifiesta naturaleza política [...] al cuerpo electoral de la Comunidad Autónoma del País Vasco, pretendiendo conocer la voluntad de una parte del Pueblo español a través de la voluntad del cuerpo electoral de esta Comunidad Autónoma, de acuerdo con el procedimiento disciplinado por la Ley de Elecciones al Parlamento Vasco [...]», la apreciación de la incompetencia de las instituciones vascas para la convocatoria de la consulta era, prácticamente, directa.

Dejando a un lado el detalle de la valoración de la STC 103/2008 sobre el vicio procedimental de la Ley, en su razonamiento sobre el defecto substantivo o material de la misma, el Alto Tribunal consideró, además, que la ley enjuiciada constituía el ejercicio inconstitucional de un presunto «derecho a decidir» del Pueblo Vasco, «derecho» que no estaría en manos del electorado vasco sino del electorado español en general (25). De ahí que el TC entendió que la Ley en cuestión, más allá de incurrir en inconstitucionalidad competencial, incurría en inconstitucionalidad material, al vulnerar los art. 1 y 2 CE, en conjunción con el art. 168 CE (el procedimiento de reforma constitucionalmente tasado), acogiendo la argumentación del precedente dictamen del Consejo de Estado.

Con todo, es evidente que en su análisis del contenido de la ley, especialmente a la luz de algunas de las aseveraciones contenidas en el preámbulo de la norma enjuiciada, el TC realizase un juicio plenamente preventivo (26), presuponiendo (*voluntas legislatoris*) que el objeto de la misma era iniciar, con efectos jurídicos inmediatos, un procedimiento de reconsideración del orden constituido (27). Es precisamente a partir de esa deducción que el TC concluye que la ley constituía una reforma constitucional encubierta, es decir, fuera de los cauces establecidos y al margen del ámbito de decisión de los poderes constituidos (FJ 4).

Por el contrario, una mera lectura de la Ley 9/2008 evidencia que ésta proponía textualmente (*voluntas legis*), aunque de forma un tanto alambicada, pulsar la opinión del cuerpo electoral vasco sobre la conveniencia o no de abrir un proceso de debate entre los partidos vascos para lograr un «Acuerdo Democrático sobre el ejercicio del

(25) «La Ley recurrida presupone la existencia de un sujeto, el «pueblo vasco», titular de un «derecho a decidir» susceptible de ser «ejercitado», equivalente al titular de la soberanía, el pueblo español, y capaz de negociar con el Estado constituido por la Nación española los términos de una nueva relación entre éste y una de las Comunidades Autónomas en las que se organiza. La identificación de un sujeto institucional dotado de tales cualidades y competencias resulta, sin embargo, imposible sin una reforma previa de la Constitución vigente.» (STC 103/2008, FJ 4)

(26) LÓPEZ BASAGUREN, Alberto. «Sobre referéndum y Comunidades Autónomas. La ley vasca de la «consulta» ante el Tribunal Constitucional (consideraciones con motivo de la STC 103/2008)», en *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, núm. 9, octubre 2009, p. 225, expresa una opinión similar a la aquí expuesta cuando, después de subscribir todos los argumentos de la Sentencia, afirma que «[e]l TC, por tanto, tendría que haberse limitado a enjuiciar la constitucionalidad del contenido efectivo de la Ley y, muy especialmente, la cuestión de la incompetencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco para establecer y convocar una consulta como la referida. Pero no tendría que haberse adentrado en las pretensiones de futuro de los impulsores de la Ley, en cuyo conjunto se inscribía la consulta allí regulada. Ese enjuiciamiento solo puede realizarse en el momento futuro en el que aquellas pretensiones se materializasen a través de los correspondientes actos susceptibles de control de constitucionalidad, cuando esos actos se materializasen y si el TC fuese requerido para ello a través del oportuno recurso».

(27) El carácter especulativo de una parte de los fundamentos jurídicos de la impugnación de la Ley 9/2008 ya había sido señalado por la argumentación del Gobierno Vasco en defensa de la misma (STC 103/2008, Antecedentes 6.a).



derecho a decidir del Pueblo Vasco». En este sentido, nada debería haber impedido un referéndum consultivo con objeto de ponderar la voluntad de los ciudadanos como acto previo para legitimar, en su caso, el inicio del descrito proceso de negociación política dentro del marco de las reglas previstas para la reforma constitucional (28). Más aún cuando, precisamente, lo distintivo del objeto del referéndum consultivo es que «lo que se somete a consulta popular es una determinada opción política al margen del proceso de creación, modificación y derogación de normas, al margen del proceso legislativo» (29).

Huelga decir, por lo demás, que difícilmente un referéndum consultivo puede cuestionar la titularidad de la soberanía, residenciada en el conjunto del pueblo español, porque la eventual celebración de una consulta no hubiera llevado aparejada, *per se* y como efecto necesario, ni la proclamación de un nuevo sujeto político dotado de soberanía ni la fractura de la unidad del Estado. Se trataba, en propiedad, de un procedimiento participativo amparado en el principio democrático y no condicionado por ningún límite material en la reforma constitucional. Además, la congruencia con la doctrina de la carencia de límites materiales a la reforma constitucional, incluso sobre los límites territoriales, niega la existencia de cláusulas de intangibilidad, y esto no es una cuestión menor (30).

La *ratio decidendi* que parece apuntar el TC en el fundamento jurídico cuarto de su sentencia se basa, pues, en el criterio de que el límite de las decisiones políticas que pueden someterse a referéndum consultivo (art. 92 CE) se encuentra en cualquier cuestión que comporte iniciar un proceso de reforma constitucional, dado que la pregunta en sí ya supone una reforma de hecho de la Constitución. En esta lógica, como señala VIVER Y PI-SUNYER (31), «ni el Estado ni las comunidades pueden consultar a los ciudadanos sobre la posibilidad de iniciar procesos de reforma y, más concretamente, no pueden consultar sobre cuestiones que, en la hipótesis de que obtuviesen el voto favorable de los ciudadanos, requiriesen iniciar un proceso de reforma de la Constitución».

Sin embargo, en la mencionada STC 42/2014, esta doctrina constitucional tuvo una modificación substancial, ya que en ella el «derecho a decidir» no se limita, únicamente, a la posibilidad de impulsar un proceso de reforma constitucional. Es más, se declara, de forma explícita, que los poderes públicos de una comunidad autónoma pueden legítimamente realizar actividades dirigidas a «preparar o defender» el objetivo político que estimen conveniente (32), sin excluir explícitamente ningún instru-

---

(28) En este mismo sentido, en relación al proceso catalán, se pronunció RUBIO LLORENTE en su artículo «Un referéndum para Catalunya», *El País*, 8.10.2012.

(29) MARTÍN, Esther. «El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios», *Op. cit.*, p. 102

(30) La ausencia de límites materiales en la reforma constitucional ha sido avalada por una sólida línea jurisprudencial del TC, por ejemplo en las SSTC 48/2003 (FJ 7), 103/2008 (FJ 3), 31/2010 (FJ 12). La STC 42/2014 (FJ 4) reiteró que el ordenamiento constitucional español no responde a un modelo de «democracia militante» y que, en consecuencia, tienen cabida todo tipo de concepciones «que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional» como, por ejemplo, «la voluntad de alterar (el) status jurídico» de una Comunidad Autónoma.

(31) VIVER I PI-SUNYER, Carles. «El reconeixement de la plurinacionalitat de l'Estat en l'ordenament jurídic espanyol», en REQUEJO, F. Y GAGNON, A., (ED.). *Nacions a la recerca de reconeixement. Catalunya i el Quebec davant el seu futur*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2010, pp. 222-223.

(32) Siempre que estas actividades se realicen sin vulnerar «los Principios democráticos, los Derechos Fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales».

mento, lo cual podría entenderse como una aceptación tácita de la posibilidad de una consulta previa a la de ratificación de una reforma constitucional. En este nuevo esquema, la obligatoriedad de la reforma constitucional se pospone a la fase del ejercicio efectivo del «derecho a decidir».

#### **IV. Las consultas populares en el Estatuto de Autonomía de Catalunya (EAC)**

##### **IV.1. El art. 122 EAC**

Si bien es cierto que algunos estatutos de autonomía de primera generación aluden a las «consultas populares» (33), no fue hasta la siguiente generación de estatutos cuando se incidió ampliamente en la regulación de las consultas y de las distintas fórmulas de democracia participativa. En este sentido, podemos establecer una taxonomía con tres grandes modelos: uno, preconizado por el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (34), que no va mucho más allá de las regulaciones estatutarias originarias, que eleva a categoría de ley autonómica lo que en gran medida ya estaba en distintos reglamentos de participación ciudadana. Otro modelo parte del EAC (35) de 2006 y prevé la competencia exclusiva en materia de «consultas populares», pero sin mencionar expresamente los «referéndums». Este fue precisamente el canon seguido genéricamente por los Estatutos de Autonomía de Andalucía (36) y de Aragón (37). Y, finalmente, un tercer esquema es el seguido por los Estatutos de Castilla y León (38) y de Illes Balears (39), que adoptan soluciones intermedias, en cuanto que no excluyen el referéndum pero invocan la competencia exclusiva del Estado de los art. 93.2 y 149.1.32 CE.

Conviene recordar aquí que, durante la redacción constitucional, se excluyó explícitamente la incorporación al texto del instituto del referendo autonómico (40), más allá de los casos expresamente establecidos en la CE, si bien tampoco se contiene una prohibición explícita, ni de la literalidad del artículo 92 CE puede inferirse que el ámbito de los referéndums deba ser todo el territorio estatal. Por otro lado, tanto la mera previsión de autorización estatal previa (art. 149.1.32 CE) como la ubicación de la misma en la norma constitucional (precisamente en el artículo que deslinda las competencias entre el Estado y las CA) carecerían de sentido si no se pretendiese remarcar que el requisito de la autorización tiene como objeto preferente

(33) Al igual que algunas leyes específicas sobre este instituto, como las de Andalucía, de 13 de mayo de 2001, o Navarra, de 28 de octubre de 2002.

(34) LO 1/2006, de 10 de abril, art. 50.8.

(35) LO 6/2006, de 19 de julio, art. 122.

(36) LO 2/2007, de 19 de marzo, art. 78.

(37) LO 5/2007, de 20 de abril, art. 71.27.

(38) LO 14/2007, de 30 de noviembre, art. 71.1.15.

(39) LO 1/2007, de 28 de febrero, art. 31.10.

(40) Este era el sentido de la enmienda núm. 999 presentada en el Senado por el Grupo de Socialistas Vascos y rechazada en la votación. Ver Diario de Sesiones del Senado, 5 de septiembre de 1978, pp. 3708-3709.

las consultas populares por vía de referéndum que, eventualmente, puedan proponer las Comunidades Autónomas dentro de su ámbito territorial (41).

El EAC arranca, primeramente, de la configuración, como derecho estatutario, del derecho de participación que se atribuye a los ciudadanos, y dentro de éste, del derecho a elaborar, participar y promover la convocatoria de consultas populares en el ámbito de las competencias de la Generalitat y de los ayuntamientos (art. 29); para asumir, posteriormente, la competencia exclusiva en materia de «consultas populares» (art. 122), en despliegue del derecho fundamental del artículo 23 CE. A estos efectos, el legislador estatutario distingue por un lado entre «consultas populares», entendidas como instrumentos de participación ciudadana dirigidos a conocer la opinión de la ciudadanía en relación con cualquier aspecto de la vida política, que se materializan a través de varias modalidades invocadas de forma expresa e inequívoca por el precepto (encuestas, foros de debate y participación, audiencias públicas, etc.); y por otro, los «referéndums», los cuales identifica con la modalidad de consulta popular que requiere la autorización del Estado (art. 149.1.32 CE) (42).

Así pues, la previsión estatutaria partió de la convicción de que la recepción del referéndum en el ordenamiento jurídico español no queda circunscrita al marco estatal, sino que constituye un elemento vinculado al Estado autonómico, interpretando que la competencia estatal para autorizar la convocatoria debía permitir a la Generalitat de Cataluña regular tanto la iniciativa como el procedimiento previo a la convocatoria (43). Esta posibilidad, venía reforzada, además de por la existencia previa de consultas de ámbito local (cuya autorización por parte del Estado está incluida en el propio art. 149.1.32 CE), por una interpretación amplia del principio democrático (art. 1.1 CE) y del derecho fundamental de participación política de la ciudadanía (art. 23 CE), con objeto de estimular la participación en la vida política y acercar los centros de decisión a la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones de particular trascendencia política. En apoyo de esta argumentación, cabe citar las potestades sobre regulación de la iniciativa legislativa popular y legislación electoral propia desplegadas de forma constitucionalmente aproblemática por distintas Comunidades Autónomas, un elemento esgrimido también por el dictamen CJAE 96/2008, como hemos visto.

En segundo término, cabe entender que la regulación estatutaria parte también del hecho de que el referéndum autonómico constituye una concreción de la forma institucional de gobierno representativo diseñada para las CA (art. 147 y 152 CE) y pueden incluirse en la potestad de autoorganización (art. 148.1.1 CE). En efecto, el art. 152 CE permite inferir que las consultas populares se integran en el ámbito de la organización de las instituciones de autogobierno porque el modelo de organización territorial del Estado posibilita no sólo la distribución territorial del poder político, sino

---

(41) MARTÍN, Esther. «El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios», *Op. cit.*, pp. 109-110).

(42) Todo esto, independientemente de que la técnica de distribución competencial que utiliza el precepto constitucional no se corresponda muy bien con las categorías generales que rigen el reparto competencial, en cuanto que opera, más bien, como un mecanismo de garantía de la unidad política que permite a las CA desplegar la potestad legislativa y ejecutiva, con expresa reserva de la decisión última sobre la realización del referéndum al Estado.

(43) *Vid.* MARTÍN, Esther. «Comentari a la Sentència sobre l'Estatut. Competència en matèria de consultes populars (art. 122)», en *Revista catalana de dret públic*, número especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, 2010, p. 321.

también la instauración de un nuevo ámbito de relaciones entre la sociedad y éste. Idéntico criterio fue utilizado por la CJAE en la valoración de los aspectos competenciales relativos al anteproyecto de la posterior Ley 9/2008 (44).

En particular, los antecedentes constitucionales y el carácter «paccionado» del Estatuto, permite deducir que el pueblo de Cataluña ostenta la condición de sujeto político a los efectos de adoptar las decisiones que afecten el marco constitucional y estatutario de su autogobierno, como por otra parte prevé constitucionalmente para el caso de las iniciativas legislativas a nivel estatal, incluida la reforma constitucional [arts. 166 y 87.2 CE y 61.b) EAC]. Incluso podría decirse que este supuesto, constitucionalmente previsto, aconsejaría la obertura de un proceso previo de consulta, pues, tautológicamente, parece lógico que si el cuerpo electoral catalán elige y legitima al Parlamento de Cataluña en todas sus funciones, incluida la iniciativa de reforma constitucional, el mismo cuerpo electoral debería posicionarse sobre el mismo objeto a través de un referéndum, cuando menos como parámetro para evaluar la existencia de suficiente apoyo ciudadano. Aunque, como hemos visto, la STC 103/2008 parece retirar cualquier amparo constitucional a este razonamiento, que también fue aducido por la defensa del gobierno vasco con motivo de la impugnación de la Ley 9/2008 (45), la posterior STC 42/2014 parece devolverle, en la lectura que hemos apuntado antes, una cierta posibilidad en este sentido.

El Derecho comparado nos muestra, además, cómo en los Estados descentralizados los acuerdos o pactos federales o de autogobierno, y sus eventuales modificaciones, constituyen, por su naturaleza, asuntos objeto de consulta a los ciudadanos. En particular, como se constata al examinar la distribución territorial del poder en los Estados políticamente descentralizados, estos mecanismos de democracia directa o semi-directa son incluso más habituales que en el nivel federal (Estados Unidos, Canadá, Reino Unido o Alemania) (46).

#### **IV.2. La STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y su pronunciamiento sobre el art. 122 EAC**

Antes de nada, conviene significar que el TC realiza una interpretación estricta del artículo 122 EAC, partiendo a su vez de una también rigurosísima interpretación de la voluntad del constituyente a la hora de regular el instituto del referéndum, juzgándola de extremadamente cautelosa con objeto de garantizar la lealtad constitucional ante eventuales convocatorias de referendums territoriales, reservando para ello al Estado, no sólo la potestad exclusiva de autorización (art. 149.1.32 CE), sino también la capaci-

(44) Ver los párrafos 50-51 del Dictamen CJAE 96/2008. En el mismo sentido, el párrafo 56 remarca que dicha interpretación «[s]e trata de un esquema democrático representativo en el que cabe integrar, sin duda alguna, un mecanismo de democracia directa o semidirecta, sin que exista ningún fundamento constitucional para excluir a la Comunidad Autónoma de la posibilidad de que puedan celebrarse consultas de ámbito autonómico mediante las que sus instituciones de autogobierno recaben la opinión de los ciudadanos vascos en asuntos que inciden en su autonomía.»

(45) STC 103/2008, Antecedentes 6.

(46) Vid. ARGULLOL, Enric y VELASCO, Clara Isabel (dir.). *Instituciones y competencias en los estados descentralizados*. Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2011, y BOSSACOMA I BUSQUETS, Pau. «Competències de la Generalitat de Catalunya sobre regulació i convocatòria de consultes populars», *Op. cit.*, pp. 249-251.

dad de establecer el régimen jurídico de las mismas, a través de una ley orgánica *ad hoc*(47).

Invirtiendo los argumentos, la STC 31/2010 no cierra el paso totalmente al referéndum autonómico, ni al hecho que los estatutos puedan reconocer competencias en esta materia, si bien *prima facie*, la interpretación de la Sentencia deja hoy por hoy sin cobertura competencial a cualquier ley autonómica sobre la materia(48). Como veremos, la sentencia reforzó los fundamentos para una impugnación de la anterior(49) Ley catalana 4/2010 sobre consultas referendarias y, adicionalmente, alentó los argumentos a favor de la necesidad de instrumentar una vía de consulta popular mediante votación alternativa no sometida a tan rígido corsé constitucional, que posteriormente se concretarían, en el caso catalán, en los proyectos de ley sobre consultas populares no referendarias.

No obstante, la carencia de previsión constitucional específica y, más concretamente, en la LOMR sobre referéndums de alcance autonómico no obsta para que estos puedan regularse, siempre que exista base competencial, del mismo modo que, como hemos referido en diversas ocasiones, se ha realizado con la ILP, considerada también un mecanismo de participación política directa de los ciudadanos conectando con el artículo 23.1 CE. Profundizando en los argumentos derivados de los límites de la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE), junto a la previsión del artículo 92.3 CE, que exige una ley orgánica para regular las diversas modalidades de referéndum, el Tribunal razona que, aunque ninguno de estos dos preceptos atribuya título competencial al Estado, «en virtud del art. 81.1 CE, sólo el Estado puede dictar esta forma de leyes en desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas», de acuerdo con la STC 173/1998, de 23 de julio (FJ 7). Esto es, la única norma constitucionalmente adecuada para regular referéndums es la LOMR, además de que la calificación de sus preceptos como normativa básica, al menos materialmente, debería comportar su aplicación a todo tipo de referéndums.

---

(47) La STC 31/2010 afirma «[Que] la exclusividad del art. 122 EAC tiene que serlo [...] sin perjuicio de la competencia estatal relativa a las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas» (art. 149.1.18 CE); que la cláusula residual de este precepto («cualquier otro instrumento de consulta popular») no se tiene que entender como un referéndum; y que la autorización estatal para la convocatoria de la consulta (art. 149.1.32 CE), no es la única facultad que tiene el Estado en esta materia sino que alcanza «la entera disciplina de esta institución, esto es, su establecimiento y regulación». Para el profesor CASTELLÀ ANDREU, Josep Maria. «La competència en matèria de consultes populars per la via de referèndum a la Sentència 31/2010 sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya», en *Revista Catalana de Dret Públic*, número especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, 2010, pp. 306-313, lo determinante para que el TC hiciese esta estricta interpretación fue que el precepto estatutario no menciona expresamente el «referéndum», fruto de la negociación política de que fue objeto; así como no aparece tampoco ninguna cláusula de sometimiento a la reserva de ley orgánica del art. 92.3 y/o a los títulos competenciales del Estado implicados en la materia (art. 149.1.18 para los locales y art. 149.1.1 para los de ámbito catalán, título que aun así no se menciona en el FJ 69). En cambio, según CASTELLÀ, no parece que hubiese sido decisivo para el Tribunal Constitucional la calificación como «exclusiva» de la competencia sobre consultas (art. 122 EAC), puesto que la misma sentencia resta valor a esta calificación (FJ 69 remitiendo a otros FFJJ).

(48) Parecería, pues, acertada la afirmación del magistrado Rodríguez-Zapata en el sentido que la STC en relación al art. 122 EAC «[...] interpreta esta norma hasta vaciarla de contenido».

(49) Puede ser útil, para el entendimiento del encadenamiento de actos, tener una relación cronológica de los mismos: la Ley 4/2010 fue aprobada por el Parlament el 17.03.2010; la STC 31/2010 sobre el EAC fue aprobada por el Alto Tribunal en su sesión de 28.06.2010 y, finalmente, el Consejo de Ministros acordó interponer el recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley 4/2010 en su reunión del 23.12.2010, siendo emitido el dictamen del Consejo de Estado que avaló este recurso con fecha 16.09.2010.

En este sentido, no deja de ser paradójico el citado ejemplo de la ILP (art. 87.3 CE), sobre el que la Constitución establece una reserva de ley orgánica y no por ello la mayor parte de CA han dejado de desarrollarlo. Aunque más paradójico resulta el examen de la disposición adicional (DA) de la vigente LOMR, que excluye de su ámbito de aplicación las consultas que puedan celebrar los ayuntamientos, salvo la competencia exclusiva del Estado para su autorización (50). Además, la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, de 2 de abril (LBRL), sin tener rango de orgánica, y respetando las competencias autonómicas, ya regula los referéndums consultivos de los ayuntamientos para los asuntos de su competencia y de carácter municipal. Estirando el hilo de este argumento, no hay duda de que una reforma de la LOMR para incorporar las consultas autonómicas por vía de referéndum permitiría eludir la interpretación restrictiva de la STC 31/2010.

Por otro lado, no hay que perder de vista que, según el Alto Tribunal, la reserva del art. 92.3 CE se relaciona con los tipos de referéndum «previstas en esta Constitución», y entre ellos los de reforma estatutaria (art. 152.2 CE). En relación con estos, la misma STC 31/2010, al juzgar la constitucionalidad de los preceptos relativos al procedimiento de reforma estatutaria (incluido el referéndum de ratificación del art. 222 y 223 EAC), menciona el supuesto de las CA que prevén esta modalidad de referéndum ratificatorio, caso de la Comunidad Valenciana y Aragón, y afirma que en ese caso se trata de:

«[...] una modalidad de referéndum diferente de las previstas en la Constitución y, por lo tanto, a pesar de que no podría celebrarse sin sujeción a los procedimientos y formalidades más elementales de todos los que regulan en la Ley Orgánica 2/1980, sí se podría exceptuar la aplicación a ella de los procedimientos y formalidades menos necesarios a los fines de la identificación de la consulta como un verdadero referéndum» (FJ 147) (51).

En este argumento abundó, también, la CJAE (52), así como otras interpretaciones doctrinales (53) que limitarían la competencia estatal sobre la regulación de los referéndums a aquellos previstos expresamente en la Constitución.

Finalmente, y ahondando aún más en las contradicciones, tenemos que la severa reserva a ley orgánica apreciada por el Tribunal, para regular la entera institución del referéndum, colisiona frontalmente con la praxis de la legislación electoral, que nunca ha sido interpretada en el sentido de prever una regulación exclusiva por parte del

---

(50) Vid. MARTÍN, Esther. «Comentari a la Sentència sobre l'Estatut. Competència en matèria de consultes populars (art. 122)», *Op. cit.*, pp 320-321.

(51) A partir de ahí, el profesor CASTELLÀ ANDREU, Josep Maria. «La competència en matèria de consultes populars...», *Op. cit.*, p.314, se interroga acertadamente sobre el por qué este argumento no es válido en relación con el resto de referéndums no previstos en la Constitución. Efectivamente, no parece congruente que el TC afirme en un lugar que la única ley competente para regular íntegramente el referéndum sea la LOMR (FJ 69) y, en otro, admita la posibilidad de excepcionar la aplicación de los elementos menos relevantes del régimen jurídico del referéndum (FJ 147).

(52) Dictamen 96/2008, párrafo 99.

(53) Vid. Dictamen Consell Consultiu de Catalunya 269/2005 (FJ 12) y LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. *Consulta o referéndum...*, *Op. cit.*, p. 90.

Estado de todos los procesos electorales y de todas las partes del proceso electoral. Llevada a sus últimas consecuencias, la tesis de la STC 31/2010 conduciría al absurdo de considerar inconstitucionales las leyes electorales autonómicas.

## **V. La Ley de Catalunya 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum**

### **V.1. El contenido de la Ley**

En desarrollo del artículo 122 EAC, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 4/2010 de consultas populares por vía de referéndum de Cataluña, de aplicación tanto a las consultas promovidas por las instituciones públicas (Parlamento, Gobierno o municipios), como a las de iniciativa ciudadana, en ejercicio del derecho estatutario de participación (art. 29 EAC).

Entrando en su contenido general, la Ley define las consultas populares por vía de referéndum como «un instrumento de participación directa para determinar la voluntad del cuerpo electoral(54) sobre cuestiones políticas de trascendencia especial con las garantías propias del procedimiento electoral» (art. 3), esto es, se utilizan de forma bastante literal las notas definitorias del referéndum establecidas por la STC 103/2008. Se diferencian dos grandes tipos de consultas: las que tienen como ámbito el territorio de Catalunya (título II) y las de ámbito municipal (título III). Respecto a las primeras, se les asigna como objeto las cuestiones en el marco de las competencias de la Generalitat (art. 10), con carácter «consultivo» (art. 12.1)(55), y pueden ser de iniciativa institucional (Gobierno, Parlament o municipios, art. 15) o popular. En ambas modalidades se prevé, además, un posible control de la adecuación constitucional y estatutaria del objeto de la consulta a cargo del Consejo de Garantías Estatutarias, y una aprobación final, por mayoría absoluta del Parlament, como trámite previo a la solicitud de autorización de la consulta al Estado (arts. 16-20 y 24-29). Por su parte, y con las debidas adaptaciones a su ámbito institucional, las consultas municipales se estructuran en términos muy similares.

Como hemos mencionado, la Ley 4/2010 reconoce el sometimiento de las consultas populares por vía referendaria (tanto autonómicas como municipales), cuya celebración se apruebe en el marco de sus determinaciones, a la autorización estatal previa a la convocatoria. Respecto a la naturaleza y el alcance del control que supone dicha autorización, existe una potente línea doctrinal que la delimita de forma bastante estricta. Así por ejemplo, el Consejo de Estado (dictamen 943/1994), en referencia a las consultas populares municipales, aboga por un escrupuloso respeto a la autonomía local y considera la mencionada autorización un acto administrativo, limitado a un

---

(54) Definido de forma coincidente con el conjunto de personas con derecho a voto en las elecciones municipales (art. 4).

(55) Sobre el hecho de que no sea vinculante y no se pida un determinado quórum de participación, hay que decir que la opción de la EAC y de la Ley 4/2010 constituye cuando menos un paso adelante, pues, a pesar de no romper con el esquema consultivo del art. 92.3 CE, obliga al menos a una comparecencia posterior del Gobierno (a pesar de que inexplicablemente, éste no tenga que estar representado necesariamente por el Presidente de la Generalitat como responsable de la dirección política, como sí que están obligados a hacer los alcaldes en el ámbito municipal).

control de legalidad (nunca de oportunidad) y revisable judicialmente. BOSSACOMA(56) realiza una transposición analógica de la doctrina del Consejo de Estado al ámbito de los referéndums autonómicos, inspirándose también en los argumentos que utilizó el Gobierno Vasco en la defensa de la Ley 9/2008 ante el TC (57), donde defendió que el control de legalidad que debía aplicar el Gobierno del Estado no podía ser un control ordinario sino que debía ser estrictamente constitucional. Sin embargo, en el ATC 87/2011 (FJ 4), al que luego nos referiremos, el Alto Tribunal discrepa de esta interpretación y atribuye «plena libertad» a la deliberación del Gobierno estatal en la autorización de los referéndums autonómicos.

En cuanto a su inserción en el bloque normativo, la Ley invoca la competencia exclusiva del artículo 122 EAC, sin hacer mención expresa al artículo 92.3 CE (58), pese a que parte de la doctrina y el propio Tribunal Constitucional consideran, desde el punto de vista competencial, que, cuando concurre una competencia exclusiva del Estado (en este caso la del art. 149.1.32 CE), ésta puede verse afectada por el ejercicio igualitario de los derechos (art. 149.1.1 CE). Precisamente, esta última garantía, en combinación con la competencia genérica para el desarrollo de los derechos fundamentales (art. 81 CE), en relación aquí al derecho de participación política (art. 23 CE), era el argumento utilizado por la STC 103/2008 para sustentar que la única ley constitucionalmente idónea para el cumplimiento de la reserva del art. 92.3 CE es la LOMR.

Por diversas razones, la tramitación del proyecto de ley no estuvo exenta de polémica. El principal grupo parlamentario de la oposición (a la sazón, CiU) presentó un conjunto de enmiendas, la mayoría de las cuales dirigidas a introducir en el articulado el reconocimiento alternativo de las consultas populares «no referendarias», con objeto de eludir la autorización estatal del art. 149.1.32 CE. Invirtiendo los términos con los que la STC 103/2008 definió la consulta referendaria, este grupo político presentó distintas enmiendas que incorporaban una regulación de esta modalidad de consulta que obviaba los tres elementos que el TC había fijado como determinantes para calificarla como referéndum: el censo electoral, el procedimiento electoral y las garantías específicas (59). Dado que estas enmiendas no prosperaron, en la siguiente legislatura (2010-2012) el gobierno de CiU aprobó un proyecto de ley de consultas populares no referendarias al que luego nos referiremos.

(56) BOSSACOMA I BUSQUETS, Pau. «Competències de la Generalitat de Catalunya sobre regulació i convocatòria de consultes populars», *Op. cit.*, pp. 270-271.

(57) STC 103/2008, Antecedentes 6.b.3.

(58) A diferencia de otras regulaciones estatutarias similares (EACL y EAIB), en que no sólo se hace remisión al art. 92.3 CE sino que se refieren a una competencia de bases-desarrollo, pese a que no debe ser un ejercicio precisamente fácil averiguar los preceptos considerados básicos en la LOMR.

(59) Ver *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya* (BOPC) VIII legislatura, núm. 540, 28.09.2009. Concretamente, las enmiendas del grupo parlamentario de CiU proponían la creación de un registro de consultas ciudadanas, como instrumento de participación directa de los ciudadanos, formado por los mayores de edad con vecindad civil en Cataluña, de acuerdo con los artículos 14 y 15 del Código Civil; los mayores de edad de nacionalidad española que tienen dos años de residencia en el país, y los mayores de edad extranjeros que acrediten cinco años de residencia consecutiva en Cataluña. Estas enmiendas fueron aun así rechazadas, si bien en el trámite de ponencia los grupos que apoyaban al Gobierno (PSC, ERC e ICV-EUiA) ofrecieron una transacción, consistente en la inclusión de una disposición adicional en la que se estableciera un mandato genérico al legislador para regular en otra ley las consultas no referendarias.



## V.2. El Dictamen 3/2010, del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña

El Consejo de Garantías Estatutarias (CGE) emitió uno de sus primeros dictámenes pronunciándose sobre el contenido de la Ley 4/2010, en fase de proyecto (DCGE 3/2010, de 1 de marzo), caracterizando el instituto referendario como «una proyección del derecho a la participación, justamente porque implica la toma de decisiones políticas de manera directa y por medios diferentes a los representativos» y señalando que, de acuerdo con la doctrina constitucional, el conjunto de las instituciones descansa básicamente sobre el sistema representativo (STC 119/1995, FJ 3), si bien deja espacio a la democracia participativa de acuerdo con las técnicas constitucionales más modernas, que también encuentran cobertura constitucional y estatutaria (9.2 CE y 4.2 EAC).

Para el CGE, el referéndum ostenta, además, una dimensión institucional que lo inserta en el marco de la potestad de autoorganización autonómica, como hemos detallado en la sección 4.1 de este artículo, que abraza no sólo la configuración del Parlamento o el Gobierno (art. 152 CE), sino también la creación, organización y regulación de otras instituciones autónomas, destinadas a servir la acción política de la Comunidad (60). Para el Consejo, eso hace que estas instituciones a veces presenten un paralelismo con las estatales (61) (Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas, Consejo de Estado, etc.), si bien han sido avaladas por el Tribunal Constitucional (62). Precisamente, las facultades de autoorganización como fundamento para el desarrollo de la figura del referéndum en los ámbitos regionales y local habían sido una piedra angular en la argumentación del dictamen CJAE 96/2008 (63) y también han encontrado apoyo en una parte de la doctrina (64).

---

(60) En la STC 247/2007, de 12 de diciembre, el Tribunal afirma que: «[...] los estatutos de autonomía pueden incluir con normalidad en su contenido, no sólo las determinaciones expresamente previstas en el texto constitucional [...] sino también otras cuestiones, [...] relativas a las funciones de los poderes e instituciones autonómicas, tanto en su dimensión material como organizativa, y a las relaciones de estos poderes e instituciones con el resto de poderes públicos estatales y autonómicos, por un lado, y, con los ciudadanos, de otro» (FJ 12), tal y como recoge en el Dictamen 288, de 5 de agosto de 2008, del Consejo Consultivo, sobre la Ley de la Presidencia de la Generalitat.

(61) Esta analogía configurativa afecta el objeto de la Ley 4/2010, de referéndums de Cataluña: sólo hay que ver la mención que hace el art. 122 EAC a las cuestiones políticas de especial trascendencia, la referencia al marco de las competencias propias, al procedimiento electoral, el carácter consultivo e, incluso, ciertos límites temporales y materiales previstos en los arts. 6 y 14 de la Ley. Las diferencias principales, aun así, serían la pluralidad de sujetos legitimados para emprender la iniciativa (Gobierno, Parlament, municipios e iniciativa popular), así como la mayor densidad participativa, que se justifica por la mayor proximidad de la CA a los ciudadanos, que tiene su habilitación estatutaria en el art. 29.5 EAC. En todo caso, observa el CGE, el rasgo esencial común entre el referéndum estatal y el de la Ley 4/2010 es la aprobación de la convocatoria por mayoría del Parlament, ya sea el Congreso de los Diputados o el Parlament de Cataluña, respectivamente.

(62) Esta similitud institucional opera en los EEUU (cláusula de garantía) y en Alemania (principio de homogeneidad del artículo 28.1 de la Ley Fundamental de Bonn), porque se parte —como España— de la competencia exclusiva de los estados y los Länder para configurar sus instituciones, al mismo tiempo que existe la aspiración de que presenten unas estructuras generales que respondan a unos mismos principios (Estado de derecho, democracia, principio social) o equivalentes (republicanas, federativas). En estos casos, no se trata de exigir uniformidad ni concordancia entre las instituciones federales y las estatales sino que las instituciones de las dos esferas de poder presenten unas características que permitan su actuación congruente.

(63) *Vid.* especialmente los párrafos 54 a 61 del dictamen.

(64) *Vid.* BOSSACOMA I BUSQUETS, Pau. «Competències de la Generalitat de Catalunya sobre regulació i convocatòria de consultes populars», *Op. cit.*, pp. 265-267 e IBÁÑEZ MACÍAS, ANTONIO. «Los referendos regional y local en el Estado Autonómico. Sus bases y límites constitucionales», *Op. cit.*, p. 111.

En cuanto al marco competencial, según el CGE, el art. 122 EAC enumera de forma abierta los diferentes instrumentos participativos —encuestas, audiencias públicas, foros de participación—; y, por otro, asume todas las funciones y potestades que les son inherentes (régimen jurídico, modalidades, procedimientos, desempeño, convocatoria). Esto es así, según el Consejo, porque cada CA puede establecer modalidades diferentes para recabar la opinión de sus ciudadanos en cuestiones de interés general, pese que, en último extremo, corresponde al Estado valorar si su materialización colisiona o no con otras finalidades del ordenamiento que también merecen protección. Esta condición, sin embargo, es resuelta adecuadamente en la Ley al prever la autorización estatal (art. 13) (65).

Por lo que respecta a la reserva constitucional genérica de ley orgánica del art. 81.1 CE, y en concreto, el ensamblaje del referéndum autonómico con la LOMR (66), el CGE recuerda que la STC 103/2008 hace referencia a la referida Ley orgánica como la única Ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de la mencionada reserva. Pero en este punto, recuerda el CGE, la LOMR regula las modalidades de referéndum previstas en la Constitución, excluyendo expresamente de su regulación las consultas populares municipales, remitiendo para ello a la legislación de régimen local, salvando en todo caso la competencia exclusiva del Estado para su autorización. Este reenvío tuvo, como hemos referido aquí en diversas ocasiones, concreción en la LBRL (art. 71), sin tener rango de ley orgánica, respetando las competencias autonómicas.

Refiriéndose a la LOMR, que el TC entiende como la ley orgánica que responde a la reserva del mencionado art. 92.3 CE, el CGE distingue entre los límites a las competencias autonómicas que provienen de los títulos competenciales estatales y los que derivan de la reserva a ley orgánica ex artículo 81.1 CE, puesto que el ámbito de los títulos materiales no coincide con el de la mencionada reserva. Dado el contexto histórico en el que fue elaborada la LOMR, el CGE entiende que no se pretendía un desarrollo completo de esta institución de democracia directa, y menos todavía un régimen exhaustivo del ejercicio del derecho fundamental a la participación. El CGE concluye que la LOMR regula esencialmente las diversas modalidades de referéndum previstas en la Constitución y sólo algunas de sus previsiones, contenidas en el capítulo II («Del procedimiento para la celebración del referéndum»), constituyen un desarrollo directo del artículo 23 CE, como también lo son algunas de la Ley orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General (LOREG), a las cuales remite la misma LOMR (art. 19) (67). De hecho, dado que el art. 81 CE no actúa propiamente como un título competencial, no excluye necesariamente la intervención autonómica, como se ejem-

---

(65) Según el CGE no había obstáculos para que el artículo 13 del Proyecto de ley mantenga al Gobierno del Estado como interlocutor y destinatario de la remisión de la solicitud de autorización, pero la determinación de qué órgano concreto tiene que resolver esta autorización corresponde al legislador estatal. Por lo tanto, los artículos 13 y 43.2 del Proyecto suponían una invasión competencial, según el órgano consultivo, en la esfera de la decisión de las instituciones estatales (ex art. 149.1.32 CE), al mismo tiempo que comportaban una extralimitación de las competencias autonómicas contempladas en el artículo 122 EAC.

(66) La solicitud de dictamen dirigida al Consejo planteaba la posible contradicción del Proyecto con el artículo 92 CE, el cual, en su apartado 3, dispone que «una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las diversas modalidades de referéndum previstas por la presente Constitución».

(67) MARTÍN, Esther. «El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 94, septiembre-diciembre 2012, p. 111.

plifica en los casos que hemos señalado, reiteradamente, de la iniciativa legislativa popular y del régimen electoral, dos ámbitos del derecho de participación política, desarrollados mediante legislación orgánica, en los que existe una abundante legislación autonómica. CORCUERA ATIENZA (68) considera plenamente pacífico con la doctrina constitucional el hecho de que las lagunas de la LOMR puedan llenarse mediante legislación autonómica que perfile el régimen jurídico de los referéndums, «[...] respetando el contenido fundamental del derecho tal y como se deduce de la Constitución y de la citada Ley Orgánica [...]»; según este autor, se precisan tres requisitos para ello: la habilitación competencial expresa en el correspondiente Estatuto de Autonomía, el reconocimiento de la preceptiva autorización estatal para cada consulta y el respeto a los aspectos básicos de la LOMR.

### V.3. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno del Estado

El Gobierno del Estado recurrió ante el TC los art. 1 a 30, 43 y 45 de la Ley 4/2010, es decir, todos los no referidos exclusivamente a las consultas locales, en diciembre de 2010. La administración del Estado, pese a constatar el ajuste del texto de la ley catalana a la definición del instituto referendario contenida en la STC 103/2008, incluido el sometimiento a la preceptiva y previa autorización estatal, reprochaba, entre otros extremos, el hecho de que «[l]a Ley entroniza nuevas modalidades de referendos al margen de los determinados en la Ley Orgánica 3/1980 y sin fundamento competencial en el artículo 122 EAC» (69).

Con anterioridad, el dictamen del Consejo de Estado 1618/2010 había apreciado categóricamente la existencia de fundamentos para la interposición del recurso, al interpretar que el pronunciamiento del FJ 69 de la STC 31/2010

«[...] es inequívoco y se basa además en las mismas razones recogidas en la Sentencia precedente 103/2008: la naturaleza del referéndum como institución diferente al resto de las fórmulas posibles de consulta popular por cuanto que, a través de ella, se articula un ejercicio de la participación política de los ciudadanos como cuerpo electoral y no meramente se recaba una opinión de un colectivo, está sujeta a la doble reserva de ley orgánica de los artículos 81 y 92 CE y queda sustraída, por tanto, a las competencias normativas de las Comunidades Autónomas».

El Consejo de Estado, además, entró en la regulación de las consultas municipales hecha por la Ley 4/2010, aun cuando quedaban fuera del grupo de artículos que el gobierno del Estado consideraba recurribles. En especial, el dictamen objeta la inclusión de dichas consultas dentro del grupo «consultas populares por vía de referéndum», por considerar que

---

(68) CORCUERA ATIENZA, Javier. «Soberanía y autonomía. Los límites del «derecho a decidir» (comentario de la STC 103/2008)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, mayo-agosto 2009, pp. 321-322.

(69) Informe de la Dirección General de Desarrollo Autonómico del Ministerio de Política Territorial de 25 de junio de 2010.

«esta identificación, lejos de limitarse a la nomenclatura, implica la pretensión de instalar en el ámbito municipal una institución de índole constitucional que constituye un cauce de ejercicio directo de la participación política [...]. La Ley catalana objeto de consideración parece buscar una identificación plena de las consultas populares «por vía de referéndum» en el ámbito de la Generalidad y en el de los municipios mediante una denominación común y unas disposiciones generales comunes [...]» (70).

El 15 de febrero de 2011, el Alto Tribunal admitió a trámite el recurso y accedió a la petición de suspensión de la norma impugnada (ex art. 161.2 CE). Al término del plazo inicial de suspensión, el TC acordó, mediante el Auto 87/2011, de 9 de junio, levantar la suspensión. Si bien, como es conocido, en este tipo de incidentes el TC no entra a valorar el fondo del recurso, sino que se limita a argumentar sobre los «los perjuicios que originarían las situaciones de hecho que, previsiblemente, se producirían en caso de que se levantara o se mantuviera la suspensión» (FJ 2 ATC 88/2008, entre otros muchos), en el presente caso (ATC 87/2011), el Tribunal vino a apreciar los argumentos de la Generalitat de Catalunya (71) por encima de los expuestos por la Abogacía del Estado, cuya fundamentación se basaba en argumentos preventivos relacionados con la coyuntura política catalana y la situación de la economía española en relación a los mercados internacionales (72). En cualquier caso,

(70) Con esta objeción, el Consejo de Estado no pretendía destacar tanto las razones de coherencia terminológica como la íntima vinculación del instituto del referéndum con el bloque constitucional y la exclusiva competencia estatal sobre todos los aspectos relacionados con él. Además, la exclusión de las consultas locales de la categoría de referéndum se argumenta a partir de la negación de su carácter de cauce de la «participación política» de los ciudadanos (art. 23 CE), lo que implicaría su limitación a instrumento de la participación administrativa, ver BOSSACOMA I BUSQUETS, Pau. «Competències de la Generalitat de Catalunya sobre regulació i convocatòria de consultes populars», pp. 253-254. CASTELLÀ ANDREU, Josep Maria. «Consultas populares no referendarias en Catalunya ¿Es admisible constitucionalmente un *tertium genus* entre referéndum e instituciones de participación ciudadana?», en *Monografías de la Revista Aragonesa de Derecho Público*, XIV, 2013, pp. 137-138, considera injustificada esta opinión del Consejo de Estado, mientras que IBÁÑEZ MACÍAS, ANTONIO. «Los referendos regional y local en el Estado Autonomico. Sus bases y límites constitucionales», *Op. cit.*, p. 106, la descarta, directamente, a partir del criterio de participación *uti cives*.

(71) Uno de los argumentos principales de la defensa de la Generalitat residía en que, conforme a la propia norma impugnada, como en la dicción literal del art. 149.1.32 CE, la tramitación de todo procedimiento de consulta en el ámbito de Cataluña se exigirá la autorización expresa del Gobierno del Estado, al que corresponderá el control pleno de la celebración o no de la consulta así como la valoración de las repercusiones sociales y políticas que pueda comportar su realización (Antecedentes del ATC 87/2011).

(72) «Así, por su marcado carácter hipotético, hemos de descartar los alegados perjuicios vinculados a la promoción de eventuales consultas relacionadas con lo que el Abogado del Estado ha calificado como pacto fiscal o sobre el denominado derecho a decidir pues el hecho de que tales consultas lleguen efectivamente a ser convocadas no puede ser entendido como una directa consecuencia de la vigencia de los preceptos impugnados y ahora suspendidos de la Ley 4/2010, en tanto los mismos se limitan a establecer la normativa aplicable a las que denomina consultas populares por vía de referéndum de ámbito de Cataluña sin hacer alusión alguna a las cuestiones concretas que, eventualmente, pudieran ser objeto de las consultas reguladas por los preceptos ahora suspendidos. Lo mismo sucede con el alegato relacionado con las difíciles circunstancias económicas que vive nuestro país, extremo del que no se alcanza a apreciar la relación que guarda con lo aquí discutido, máxime cuando se vincula directamente a la celebración de una previa consulta sobre un supuesto pacto fiscal, que se dice determinante de un nuevo sistema de financiación para la Comunidad Autónoma de Cataluña, acerca de cuya existencia y términos nada puede afirmarse en este momento.» (FJ 4 ATC 87/2011)

lo substantivo del pronunciamiento del TC es que la Ley 4/2010 está plenamente vigente en el momento de la realización del presente trabajo, motivo por el cual el CONSELL ASSESSOR PER A LA TRANSICIÓ NACIONAL (73) la incluyó entre los cinco vehículos legales que son posibles, en su opinión, para instrumentar una eventual consulta sobre el futuro político de Catalunya.

## VI. El proceso catalán para el ejercicio del «derecho a decidir»

Durante el Debate de política general de 2012 (25-27 de septiembre), el Presidente de la Generalitat, Artur Mas, anunció el fin anticipado de la IX legislatura (iniciada a finales de 2010) y la convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña para el mes de noviembre (74). En la base de dicha decisión estaba el profundo impacto en el escenario sociopolítico catalán causado por la multitudinaria manifestación del anterior 11 de septiembre, bajo el lema «Catalunya, nuevo Estado de Europa».

En sintonía con la voluntad expresada por el *President* en el mencionado debate, el Parlamento aprobó la Resolución 742/IX, de 27 de septiembre, que afirmaba «la necesidad de que el pueblo de Catalunya pueda determinar libre y democráticamente su futuro colectivo» (75), y se instaba al gobierno resultante de las inminentes elecciones a convocar «una consulta, prioritariamente dentro de la próxima legislatura» (76).

Aunque el resultado electoral del 25 de noviembre de 2012 supuso un inesperado revés para la candidatura encabezada por Artur Mas (50 diputados, 12 menos que la anterior legislatura), el *President* mantuvo su determinación de convocar la consulta y obtuvo el apoyo parlamentario de Esquerra Republicana de Catalunya (ERC), segundo partido de la cámara autonómica, que le permitió renovar su investidura y formar gobierno en solitario (diciembre de 2012). El Acuerdo de gobernabilidad suscrito entre CiU y ERC (77) trazó una «hoja de ruta» detallada de las actuaciones, en los ámbitos parlamentario y gubernamental, que debían conducir a la celebración de una consulta «para que el pueblo de Catalunya se pueda pronunciar sobre la posibilidad de que Catalunya se convierta en un Estado en el marco europeo».

### VI.1. La declaración de soberanía del pueblo de Catalunya

En coherencia con el mencionado Acuerdo de gobernabilidad CiU-ERC, el 23 de enero de 2013, durante el primer pleno del Parlamento catalán de la X legislatura, se aprobó la Resolución 5/X bajo la rúbrica «Declaración de soberanía y del derecho a de-

---

(73) CONSELL ASSESSOR PER A LA TRANSICIÓ NACIONAL. *La consulta sobre el futur polític de Catalunya*. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2013, p. 55.

(74) *Diari de Sessions del Parlament de Catalunya* (DSPC) IX legislatura, núm. 67, de 25.09.2012.

(75) Palabras que eran un claro eco de las pronunciadas por Ibarretxe, en un debate equivalente, cinco años antes, *vid.* DSPV. VIII Legislatura, núm. 68, sesión de 28.09.2007, pp. 38 y ss.

(76) BOPC, IX Legislatura, núm. 390, 2.10.2012.

(77) «Acord per a la transició nacional i per garantir l'estabilitat parlamentària del Govern de Catalunya» de 19 de diciembre de 2012, anexo núm. 1. Disponible en <http://file01.lavanguardia.com/2012/12/19/54358119611-url.pdf> [consulta 28.02.2014].

cidir del pueblo de Catalunya», en la cual se afirmaba, en esencia, que «[E]l pueblo de Catalunya tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano», como fundamento para «iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del «derecho a decidir» (78).

No era la primera vez, sin embargo, que el Parlamento de Catalunya adoptaba una resolución de naturaleza parecida. En efecto, el primer precedente hay que buscarlo en la Resolución 98/III de 1989 (79), que fue seguida de otra media docena de resoluciones (80), en las cuales se afirmaba, con diferentes formulaciones, el derecho de Catalunya a su «autodeterminación»; ninguno de estos pronunciamientos fueron objeto de impugnación jurídica. No obstante, la Resolución 5/X contenía rasgos diferentes en relación a otros pronunciamientos similares.

En primer lugar, no se limitaba a la afirmación de unos derechos genéricos y de incierta concreción temporal, sino que proponía el ejercicio del «derecho a decidir» como desenlace natural de un proceso iniciado, precisamente, con la propia Resolución, si bien no establecía ningún calendario ni límite temporal concreto para dicho proceso (81). Por otro lado, la Resolución 5/X abandonaba la clásica invocación del «derecho a la autodeterminación», consciente de que no era de aplicación, de acuerdo con el derecho internacional y las resoluciones de Naciones Unidas (1514-XV de 1960 i 2625-XXV de 1970), al no considerar la posibilidad de constituir un Estado independiente, *ex novo* o por secesión, por parte de un pueblo sometido colonialmente, ocupado militarmente o perteneciente a un Estado represivo que vulnera los derechos humanos (82).

Por el contrario, la Resolución 5/X se fundamentaba en el «principio democrático», de acuerdo con el cual la expresión colectiva, mediante una consulta no vinculante, de la voluntad favorable a la secesión territorial de Catalunya es plenamente constitucional, dado que la Constitución no impone, como hemos repetido aquí, ninguna cláusula de intangibilidad en la reforma de sus contenidos, incluido el principio de unidad. La resolución se apoya, en suma, en una interpretación doctrinal substancialmente análoga a la utilizada por la CJAE en su dictamen 96/2008.

Expresada en sus términos estrictos, la Resolución 5/X era una inequívoca declaración «política» de signo soberanista, sin que ello implicase el ejercicio de la «soberanía del pueblo catalán» en un acto concreto y concluyente, con efectos jurídicos; es más, la Resolución «tampoco prejuzga en ningún momento que el objetivo de la proclamación del derecho a decidir sea la constitución de un estado propio o la independencia de Catalunya» (83). No fueron de este parecer, sin embargo, algunos sectores

(78) DSPC, X legislatura, núm. 4, 23.01.2013 i BOPC, X legislatura, núm. 13, 24.01.2013. La citada resolución fue aprobada por 85 votos a favor (50 CiU, 21 ERC, 13 ICV-EUiA y 1 CUP), 41 en contra (17 PP, 15 PSC y 9 Ciutadans) y 2 abstenciones (CUP).

(79) Aprobada en el contexto histórico del acceso a la independencia por parte de las repúblicas bálticas.

(80) En concreto, en los años 1991, 1998, 1999, 2010, 2011 y 2012, las últimas ya con la nueva referencia al «derecho a decidir».

(81) A diferencia, por ejemplo, de la resolución de 27 de septiembre de 2012, subsiguiente al Debate de Política General de la IX legislatura, donde el proceso se inscribía en el marco de la siguiente legislatura.

(82) Art. 1.2 de la Carta de 1945 y art. 1.1 de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o Pactos de Nueva York.

(83) VINTRÓ, Joan. «La Declaració de sobirania i del Dret a decidir del poble de Catalunya: un Apunt Jurídic», 7 de febrer de 2013, en el blog de la *Revista Catalana de Dret Públic*, <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/>

jurídicos (84), y tampoco el Gobierno del Estado, que decidió impugnar la mencionada Resolución el 1.03.2013, avalado por el dictamen 147/2013 del Consejo de Estado, «por tratarse de una resolución dictada por un Parlamento autonómico que resuelve un procedimiento no legislativo y que se considera inconstitucional (85)».

El acuerdo de impugnación hacía referencia a que la Resolución del Parlamento Catalán reconocía un nuevo sujeto soberano, el pueblo catalán, lo cual sólo podía conseguirse mediante una previa decisión constituyente que únicamente puede impugarse al pueblo español, titular de la soberanía nacional (art. 1.2 CE), y adoptarse en el marco del procedimiento de reforma previsto en la Constitución (art. 168). Mantener que una decisión semejante, proseguía el acuerdo, podía ser adoptada sólo por una parte de los ciudadanos, los ciudadanos de Cataluña, supondría, además, una vulneración del derecho a la participación política del resto de los ciudadanos españoles (art. 23 CE).

En ejercicio de su función consultiva, el Consejo de Estado apreció algunas similitudes entre el contenido material de la 5/X y las iniciativas del «Plan Ibarretxe», por lo cual entiende de aplicación plena la jurisprudencia constitucional de la STC 103/2008. Esencialmente, el Consejo de Estado establece dos paralelismos claros entre el contenido de la resolución del Parlamento de Catalunya y la Ley vasca 9/2008: 1) la pre-sunción de la existencia de un sujeto atribuido de una soberanía distinta de la que emana del pueblo español y titular de un «derecho a decidir» susceptible de ser ejercitado, y 2) el planteamiento de una consulta en este sentido implica la reconsideración del orden constituido que habría de concluir, eventualmente, en «una nueva relación» entre el Estado y las correspondientes Comunidades Autónomas.

En sentido opuesto, el Consejo de Estado identifica también unas diferencias, en relación específicamente a los acuerdos del gobierno y el parlamento Vascos relativos al PEPCE, que en opinión del órgano consultivo hacen que no resulte de aplicación la doctrina del ATC 135/2004:

«[E]l Parlamento de Cataluña, a través de la Resolución objetada, no ha adoptado ninguna iniciativa para poner en marcha los procedimientos que considere procedentes a fin de que la soberanía pretendida del pueblo de Cataluña quede reconocida. La Resolución ha establecido que tal soberanía existe de manera actual y efectiva. Es decir, parece a este Consejo de Estado que se ha producido este reconocimiento sin atender a las reglas que el ordenamiento constitucional contiene para su reforma y que habría resultado necesario cumplimentar para que

---

eapc-rcdp/2013/02/07/la-declaracio-de-soberania-i-del-dret-a-decidir-del-poble-de-catalunya-un-apunt-juridic-joan-vintro/. [Consultado el 28.02.2014].

(84) FRANCESC DE CARRERAS: «És recurrente la declaració?», en *La Vanguardia*, 6 de febrero de 2013.

(85) A través del cauce previsto en el título V de la Ley Orgánica 2/1979 [LOT] para la impugnación de disposiciones autonómicas sin fuerza de ley (artículos 76 y 77). El dictamen, aprobado por mayoría de los consejeros, con dos votos particulares, a los cuales se hará referencia en otro momento, calificó el alcance del contenido de la 5/X en los siguientes términos: «[E]n esta Resolución el Parlamento de Cataluña manifiesta su voluntad institucional cierta y plenamente conformada acordando «iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir para que los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo [...] La Declaración de soberanía y la decisión de iniciar el proceso para hacer efectivo el derecho a decidir del pueblo de Cataluña quedan establecidas [...] en términos de efectividad actual e incondicionada por lo que no cabe considerarlas formulaciones de iniciativa, de proposición o de mero trámite [...]».

una innovación de esta índole pudiera verificarse dentro de la legalidad constitucional».

De esta opinión del dictamen mayoritario, discreparon los consejeros Fernando Ledesma y Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, en sendos votos particulares, reivindicando la eficacia de la doctrina contenida en el ATC 135/2004 para el enjuiciamiento de la Resolución 5/X, al entender la identidad de naturaleza en los propósitos y efectividad jurídica de la resolución catalana y de las iniciativas que configuraron inicialmente el «Plan Ibarretxe 1».

Adicionalmente, debería tenerse en cuenta el fundamento normativo mediante el cual se presentó el texto de la propuesta que después se convertiría en la Resolución 5/X, esto es, el artículo 145.1 del Reglamento del Parlament de Catalunya, que habilita a la cámara para la aprobación de propuestas de impulso de la acción política y de gobierno, actos parlamentarios que han sido considerados en la jurisprudencia constitucional como carentes de efectos jurídicos vinculantes (entre otras, STC 40/2003 FJ 3) (86).

Con la admisión a trámite la impugnación estatal (87), el Alto Tribunal acordó acceder a la suspensión cautelar de la Resolución ex art. 161.2 CE (88). Mediante el ATC 1389/2013, de 11.07.2013, el Alto Tribunal mantuvo la suspensión cautelar, con una fundamentación extraordinariamente parca en razonamientos, ya que sólo invocó, en apoyo de su decisión, el «gran relieve constitucional» de la cuestión suscitada por la Resolución 5/X, siguiendo en esto a la argumentación de la Abogacía del Estado (89).

Finalmente, el TC emitió el 25 de marzo de 2014 la sentencia 42/2014 sobre la Resolución 5/X del *Parlament*, en la que declaró inconstitucional y nula la cláusula primera de la Declaración, por entender que el reconocimiento que en ella se realizaba del pueblo de Cataluña como «sujeto político y jurídico soberano» resultaba contrario

(86) En este sentido *vid.* el voto particular de Miguel HERRERO y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN en el dictamen 147/2013 del Consejo de Estado y, también, VINTRÓ, Joan. «La Declaració de sobirania i del Dret a decidir del poble de Catalunya: un Apunt Jurídic», *Op. cit.*

(87) Con carácter previo a la admisión a trámite, el TC dictó una Providencia mediante la cual solicitaba al Parlamento de Catalunya que manifestase si consideraba que la Resolución 17/X, de 13 de marzo substituía a la 5/X. Dicha resolución, que había sido adoptada por el *Parlament* a instancia del Grupo Socialista (BOPC, X legislatura, núm. 43 de 18.03.2013), instaba al Gobierno de la Generalitat «a iniciar un diálogo con el Gobierno del Estado para hacer posible la celebración de una consulta a los ciudadanos de Catalunya para decidir sobre su futuro». La cámara catalana respondió a dicha solicitud afirmando que ambas resoluciones, aún cuando carecían de efectos jurídicos vinculantes, reflejaban «la voluntad política del pueblo de Catalunya y eran complementarias».

(88) Cabe recordar que esta era la tercera ocasión en la que el TC suspendía la resolución de una cámara autonómica. La primera fue en 1983, cuando el presidente de las Cortes de Navarra designó al Presidente del Gobierno Foral, después de dos meses de plazo legal sin que ningún candidato consiguiera ser escogido. La segunda, en 1999, fue la decisión del Parlamento Vasco de ceder su sede a un grupo de kurdos.

(89) El *Parlament* solicitó el levantamiento de la suspensión (7.06.2013) argumentando que, por la propia naturaleza del acto suspendido, no comportaba «un daño real y efectivo a la Constitución y a los intereses generales» y, en cambio, su prórroga «sí que afecta a principios básicos del sistema democrático y parlamentario [...] y de la función parlamentaria a la que responde», en este caso la de impulso de la acción política y de gobierno. Por su parte, el Estado se oponía a la petición catalana apelando a «la trascendencia constitucional de la controversia suscitada», por considerar la resolución suspendida un «verdadero desafío» a los principios nucleares de la CE, argumentando, además, que, con el levantamiento de la suspensión «el Gobierno catalán debería seguir la hoja de ruta señalada por dicha Resolución, pudiendo el Parlamento de Cataluña controlar al Gobierno en el grado de cumplimiento de la citada Resolución».



a los arts. 1.2 y 2 CE y a los arts. 1 y 2.4 EAC (90), así como en relación con ellos a los arts. 9.1 y 168 CE.

Sin embargo, al propio tiempo, la STC 42/2014 incorpora un reconocimiento, novedoso y trascendente, del encaje constitucional del derecho a decidir, como un derecho que puede amparar la realización de actividades dirigidas a «preparar» o «defender» la separación de Cataluña e incluso a instar la «consecución efectiva» de ese objetivo en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución (91), amparándose en la doctrina de plena tangibilidad de las disposiciones constitucionales y distinguiendo, de forma novedosa y algo heterodoxa, entre el derecho a la autodeterminación y el derecho a decidir. El TC entiende el primero como la capacidad para decidir de manera directa y jurídicamente efectiva la integración territorial de España, lo cual, como tal, no está reconocido en la Constitución española para los territorios integrantes del Estado. Y, por el otro, concibe el derecho a decidir como la capacidad para manifestar «una aspiración política» que, si es canalizada «mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional», se estima que tiene cabida en el marco de la Constitución. En la STC 42/2014 se realizó, en concordancia con estas conclusiones, una revisión y matización relevante de la jurisprudencia establecida en relación a las dos etapas del «Plan Ibarretxe», como hemos detallado en los apartados correspondientes de este artículo.

## VI.2. Un incierto *tertium genus*: las consultas populares no referendarias

Siguiendo los planteamientos que ya realizó su grupo parlamentario durante la tramitación de la Ley 4/2010, y a los cuales nos hemos referido en el apartado correspondiente, el gobierno de CiU aprobó, durante la IX legislatura catalana, un Proyecto de ley de consultas populares no referendarias (92), que decayó por la disolución anticipada de la cámara. Después de las elecciones, el programa contenido en el Acuerdo de Gobernabilidad CiU-ERC retomó la iniciativa, tramitada ahora como «Proposición de ley de consultas populares no referendarias y de otras formas de participación ciudadana» (93). Dicha Proposición, bajo los principios del artículo 1.1 CE y en desarrollo de los artículos 29.6 y 122 EAC, «estableció el régimen jurídico y el procedimiento

---

(90) En particular, la Sentencia señaló que «el reconocimiento al pueblo de Cataluña de la calidad de soberano, no prevista en nuestra Constitución para las nacionalidades y regiones que integran el Estado, resulta incompatible con el art. 2 CE, ya que supone conferir al sujeto parcial del que se predica esta calidad el poder de romper, por su sola voluntad, lo que la Constitución declara como su propio fundamento en el citado precepto: «la indisoluble unidad de la Nación española». Como realidad sociohistórica, Cataluña (y España toda) —aduce el TC— es anterior a la Constitución de 1978. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico-constitucional, el pueblo de Cataluña invocado por la Declaración es «un sujeto que se constituye en el mundo jurídico en virtud del reconocimiento constitucional (al igual que sucede con el conjunto del «pueblo español» del que, según el art. 1.2 CE, emanan todos los poderes del Estado)».

(91) El TC argumenta en su Sentencia una lectura constitucional del «derecho a decidir», entendido como «una aspiración política a la que se llegue mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional», con respeto a los principios de «legitimidad democrática», «pluralismo» y «legalidad», principios que el texto reconoce expresamente proclamados en la Resolución 5/X del *Parlament*.

(92) BOPC, IX legislatura, núm. 222 de 11.01.2012.

(93) El dictamen de la Comisión de Asuntos Institucionales del Parlamento de Cataluña, adoptado en sesión de 16 de julio de 2014, puede consultarse en el BOP núm. 366, de 17 de julio de 2014.

de la convocatoria de consultas populares y de otros mecanismos de participación, como instrumentos dirigidos a conocer la posición o las opiniones de la ciudadanía en relación con cualquier aspecto de la vida pública en el ámbito de Cataluña y en el ámbito competencial de la Generalitat y de los entes locales». (94)

Aun que el nuevo texto se plantea con un objeto más amplio que el anterior (95), su contenido literal continúa orientándose, principalmente, a regular, tanto en el ámbito autonómico como en el local, las consultas populares mediante votación de carácter no referendario (96). Dicho de otro modo, el principal objetivo de la norma continúa siendo configurar jurídicamente un *tertium genus* entre lo que el TC define como cauces de participación política directa o semidirecta de la ciudadanía (art. 23 CE) y el resto de instituciones de participación ciudadana, una figura que las Administraciones catalanas podrían utilizar para recabar, mediante sufragio, la opinión de la población sobre una determinada decisión política, sin necesidad de autorización previa del Estado (art. 149.1.32 CE) (97). Se intentaría, así, una estrategia alternativa a la seguida en el «Plan Ibarretxe 2», definiendo el vehículo jurídico con carácter previo a su aplicación concreta.

Sin embargo, una parte de la doctrina, que después detallaremos, rechaza que cualquier forma de consulta popular mediante el voto o que implique el ejercicio del derecho de participación política *utis civie* pueda ser considerada al margen del instituto referendario, entendiendo que cualquier intento de configurar un instrumento semejante, mediante el sorteo de los límites literales establecidos en la STC 103/2008, constituye una utilización inapropiada del mismo. En efecto, en su versión actualmente en trámite en el Parlament, la proposición de ley realiza una transposición *a sensu contrario* de los criterios enunciados en la STC 103/2008 para la identificación de una consulta referendaria de una forma bastante directa. Así, por ejemplo, el cuerpo electoral es substituido por el concepto de «personas legitimadas» (art. 5) que consiste, básicamente, en el conjunto de personas que integrarían el censo electoral en unas elecciones municipales, ampliado con las cohortes de edad de 16 y 17 años; el sistema de garantías procedimentales y jurisdiccionales del proceso (arts. 10-16) se estructura de una forma paralela, con órganos diferentes, a los del procedimiento electoral, etc.

Para CASTELLÀ ANDREU (98), la STC 103/2008 contenía implícito el argumento de que el elemento distintivo del referéndum es *la consulta mediante el voto*, si bien re-

(94) Al amparo de este mismo precepto estatuario, se dictó la ya examinada Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares vía referéndum, mediante la cual, según expresa su propio preámbulo, se regula esta modalidad de consulta, en el ámbito de Cataluña y en el ámbito municipal.

(95) «El objeto de esta Ley es regular el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, el cumplimiento y la convocatoria de los mecanismos de participación democrática, de audiencia, de diálogo y de consultas populares no referendarias, respecto a actuaciones políticas de transcendencia especial, en el ámbito competencial de la Generalitat, mediante votación, fóruns de participación, debates públicos y cualquier otro instrumento de consulta popular no referendaria a la ciudadanía» (art. 1.1). Por su parte, el texto de la IX legislatura describía un objeto más genérico: en el art. 2 *a* vinculaba claramente la consulta popular no referendaria a la realizada mediante el voto.

(96) Este sentido puede constatararse, claramente, en la dicción del art. 5 de la proposición, en el cual se delimitan las personas legitimadas para participar en los diversos tipos de consultas, referido únicamente a las personas físicas, ignorando pues la participación *uti socius*.

(97) Vid. MARTÍN, Esther. «El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios». *Op. cit.*, p. 106.

(98) Vid. CASTELLÀ ANDREU, Josep Maria. «Consultas populares no referendarias en Catalunya ¿Es admisible constitucionalmente un *tertium genus* entre referéndum e instituciones de participación ciudadana?», *Op. cit.*, pp. 132-133.

conoce que ello hubiese podido expresarse de mejor forma; a su parecer, el rasgo distintivo de las consultas populares no referendarias es que en ellas «[...] se recaba la «opinión», y para ello no hay ni sujetos —pueden ser individuos o colectivos—, ni procedimiento ni objeto formalizado de forma predeterminada. [...] Lo que importa es que la opinión *se expresa a través de mecanismos distintos del voto* (deliberación, encuesta)». Más severo en su apreciación es IBÁÑEZ MACÍAS (99), al entender que unas consultas populares de este tipo se regularían en fraude de ley, aunque imputa la responsabilidad de la misma al TC por ser quien «[...] ha abierto esta posibilidad y tendrá que ser él quien la cierre, afinando la distinción entre consulta popular y referéndum». BUENO ARMIJO, por su parte, en una reflexión inmediatamente anterior a la STC 103/2008 (100), subrayaba el carácter político de la esencia del referéndum, dado que en él se recaba, básicamente, la opinión directa y legítima de un sujeto político (el cuerpo electoral) (101), algo que sólo puede hacerse con un proceso que observe los trámites y rituales equivalente al electoral. Esto no ocurriría en el resto de consultas populares, dado que en ellas se manifiesta la opinión de «ciudadanos concretos, más o menos representativos del resto de sus conciudadanos o de específicos intereses de grupo o clase» (102).

En relación al supuesto específico de la utilización de este cauce para vehicular el ejercicio del «derecho a decidir» (103), el INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS (104) reiteró su opinión de que, existiendo título competencial expreso (art. 122 EAC), es suficiente para garantizar la constitucionalidad del mismo con que la regulación de las consultas populares no referendarias presente una diferenciación de la literalidad de los criterios enunciados en la STC 103/2008, manteniendo unas garantías equivalentes de transparencia y seguridad de la consulta.

Junto a estas interpretaciones doctrinales más categóricas, se encuentran otras más ambiguas. Así, por ejemplo, MARTÍN (105) caracteriza el referéndum como una llamada al cuerpo electoral en unos términos semejantes al ejercicio del derecho del sufragio, por lo que deduce que si esa llamada se realiza a un censo poblacional diferente del electoral sería posible la figura de una consulta no referendaria mediante el voto, pero excluye de estas eventuales consultas la expresión del derecho de partici-

---

(99) IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio. «Los referendos regional y local en el Estado Autonómico. Sus bases y límites constitucionales», *Op. cit.*, p. 103.

(100) BUENO ARMIJO, Antonio. ««Consultas populares» y «referéndum consultivo»: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial», en *Revista de Administración Pública*, núm. 177, septiembre-diciembre 2008, p. 208-210.

(101) Una nota que también se encuentra en la STC 119/1995 (FJ 6), cuando se atribuye al referéndum la función de «conocer la voluntad de la generalidad de los ciudadanos (...) precisamente en lo que tiene de general».

(102) BUENO ARMIJO, Antonio. ««Consultas populares» y «referéndum consultivo»: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial», *Op. cit.*, p. 209.

(103) Esta es una de las opciones planteadas al efecto en el informe del Consell Assessor per a la Transició Nacional, *Op. cit.*, p. 56.

(104) Institut d'Estudis Autonòmics. «Informe sobre els procediments legals a través dels quals els ciutadans i les ciutadanes de Catalunya poden ser consultats sobre llur futur polític», en *Tres informes de l'Institut d'Estudis Autonòmics sobre el Pacte Fiscal, les duplicitats i les consultes populars*. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2013, p. 431.

(105) MARTÍN, Esther. «El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios», *Op. cit.*, pp. 107-108 y también p. 117.

pación directa del art. 23 CE, limitadas a la canalización de fórmulas de democracia participativa. En esta línea de ambigüedad se encuentra, curiosamente, la doctrina del dictamen CJAЕ 96/2008 a la hora de delimitar las consultas no referendarias (párrafos 116 a 122). La CJAЕ aborda este ejercicio por la vía inversa, razonando que el referéndum se distingue por el aspecto formal, no tanto material, al tratarse de un canal en el que la participación en una consulta se encuentra «solemnizada» o «ritualizada», sin mas precisiones.

En relación a la referida Proposición de Ley, el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya (CGE) tuvo ocasión de pronunciarse. En su fundamentación jurídica, el DCGE 19/2014 (FJ 2)(106) recuerda que el artículo 122 EAC conecta con el mandato estatutario del artículo 29.1 y .6 EAC (derecho de participación de configuración estatutaria), así como, en sede constitucional, con el artículo 9.2 CE (articulación de la participación ciudadana en los asuntos públicos). A partir de ahí, el EAC 2006 introduce según el CGE una facultad que deriva del concepto mismo de la autonomía política. Y, para posibilitarlo, acoge un catálogo no exhaustivo de modalidades participativas (encuestas, audiencias públicas y foros de participación), completado con una cláusula abierta («cualquier otro instrumento de consulta popular»). Así, concluye, dentro de la mencionada tipología tiene cabida tanto el referéndum de ámbito territorial autonómico y local (como especie del género consulta popular que es, según la STC 103/2008), como las llamadas consultas populares de carácter no referendario caracterizadas por la STC 103/2008 y, en parte, por la STC 31/2010.

Según el CGE la jurisprudencia constitucional ha aceptado la existencia de otras vías de participación que permiten a los ciudadanos pronunciarse sobre numerosos aspectos de la vida pública, con el sólo límite de ser aptos para consultar y articular «voluntades particulares o colectivas» y no para identificar las que son «generales» en el sentido de «imputables al cuerpo electoral» (volviendo nuevamente a la STC 103/2008, FJ 2), además de ir referidas al ámbito competencial propio de las instituciones que la formulan. Y, en cuanto a una de las cuestiones clave, la existencia de una eventual reserva material sobre el objeto de la consulta, por razón del asunto sometido a consideración, el DCGE 19/2014 estima que esa interpretación no es la única posible: en su opinión, se trataría de una interpretación restrictiva del principio democrático y contraria a una concepción amplia de la autonomía política. La existencia del referéndum no debe suponer una *vis atractiva* absoluta que sustraiga las materias más relevantes de la obtención de la opinión pública por otras vías, como sucede habitualmente con las encuestas. Y remacha que esta concepción no sólo conecta con el principio democrático sino también con la doctrina de «los actos preparatorios» emanada de la aludida STC 42/2014. Y por lo que se refiere al alcance de la locución «en el ámbito de sus competencias» del artículo 122 EAC, el Consejo se inclina por una interpretación amplia, en el sentido de que una consulta no referendaria puede abarcar no sólo las competencias estatutarias *strictu sensu*, sino también el conjunto de funciones y facultades de iniciativa e impulso político que les son propias.

(106) El 23 de julio de 2014, de acuerdo con el art. 16.2 b y 23 b de la Ley catalana 2/2009, de 12 de febrero, del CGE, fueron admitidas hasta tres solicitudes de dictamen (Reg. Núm. 4168 y 4173, respectivamente): una por parte de 4 grupos parlamentarios (CiU, ERC, ICV-EUiA y Mixto); y, las otras dos, las mencionadas del grupo socialista y del grupo del Partido Popular de Catalunya.

### VI.3. La propuesta de delegación específica en el Gobierno de la Generalitat de la competencia para realizar un referéndum para el ejercicio del «derecho a decidir»

El 16 de enero de 2014, el Parlamento de Catalunya aprobó la Resolución 479/X en la cual se acuerda presentar a la Mesa del Congreso de los Diputados la «Proposición de ley orgánica de delegación a la Generalitat de Catalunya de la competencia para autorizar, convocar y celebrar un referéndum sobre el futuro político de Catalunya» (107).

La prolija exposición de motivos de la resolución acoge la propuesta al uso del artículo 150.2 CE (108), en concreto a una fórmula de delegación *ad casum*, y lo fundamenta en el derecho a la participación política directa de los ciudadanos en los asuntos públicos (art. 23.1 CE i 29.1 EAC). No se hace, pues, referencia alguna a anteriores actos del *Parlament* en materia del «derecho a decidir» objeto de controversia constitucional, ni tampoco al artículo 122 EAC. También se intenta, en esta exposición, delimitar los efectos que se espera obtener de la celebración del referéndum consultivo, afirmando que en ningún caso serán «definir en sí mismo una realidad jurídica, que dependerá de la negociación política posterior y de la implementación de los resultados del referéndum, de acuerdo con el principio de legalidad y sin excluir, naturalmente, los procesos de reforma constitucional».

Los grupos parlamentarios promotores (109) de esta iniciativa la concebían como una oferta institucional al Estado para el diálogo sobre una posibilidad concreta de instrumentación legal del ejercicio del «derecho a decidir», guardando, en este sentido, un cierto paralelismo con la oferta de diálogo político previa a la aprobación de la Ley vasca 9/2008 que se integraba en el «Plan Ibarretxe 2» y, desde el punto de vista procedimental, una cierta semejanza con el «Plan Ibarretxe 1» (aprobación de la iniciativa en la cámara autonómica y posterior defensa de la misma en el Congreso de los Diputados).

El primer informe entregado al *President* por el CONSELL ASSESSOR PER A LA TRANSICIÓ NACIONAL (CATN) establecía cinco posibles estrategias jurídicas para una realización legal de la consulta en Catalunya (110), entre ellas la de la delegación que plantea la Resolución 479/X, si bien el CATN (111) priorizaba, en el orden de aplicación, otras posibilidades antes que la delegación. Sin embargo, el cambio de orden nos parece lógico, por tres razones. En primer lugar, el *Parlament* ya cuenta con un precedente de solicitud de transferencia de la competencia en materia de autorización de referén-

---

(107) BOPC, X legislatura, núm. 221 de 17.12.2013. El debate de la misma, en lectura única, se puede consultar en el DSPC, X legislatura, serie P, núm. 44 de 16.01.2014.

(108) Basado en los artículos 87.2 CE y 61.b) EAC.

(109) Firmaron como proponentes CiU, ERC, ICV-EUiA y el grupo mixto (CUP), aunque en la votación final se abstuvieron los tres diputados de la CUP, pero simultáneamente tres diputados del PSC votaron a favor de la resolución, en discrepancia con el voto negativo mayoritario de su grupo.

(110) En esta materia concreta, el CATN hacía suyo el informe previo y más detallado del INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS. «Informe sobre els procediments legals a través dels quals els ciutadans i les ciutadanes de Catalunya poden ser consultats sobre llur futur polític», *Op. cit.*

(111) CONSELL ASSESSOR PER A LA TRANSICIÓ NACIONAL. *La consulta sobre el futur polític de Catalunya, Op. Cit.*, pp. 59-61.

dums(112) que, aunque fue derrotada en la votación en el Congreso, tuvo una tramitación pacífica desde el punto de vista constitucional(113). En segundo lugar, porque aunque puede tener cierta coherencia solicitar al Estado que autorice (en su caso, por aplicación de la Ley catalana 10/2010) lo que ha denegado delegar, lo que no tienen ninguna lógica es pedirle que delegue lo que, previamente, no ha querido autorizar. Finalmente, el procedimiento propuesto guarda notables similitudes con la configuración del proceso, más o menos paralelo, que tiene lugar en Escocia en relación a la misma cuestión del «derecho a decidir» (114).

Por otro lado, la iniciativa de delegación no realiza ninguna precisión concreta sobre la cuestión a plantear, que se remite a una negociación bilateral Estado-Generalitat, es decir, no excluye, por ejemplo, la posibilidad de que la cuestión planteada finalmente sea una reforma constitucional. Como señala VINTRÓ(115), esta es una diferencia importante respecto al «Plan Ibarretxe 2» dado que las preguntas que planteó la Ley 9/2008 no hacía mención expresa de este extremo. Dado que la STC 103/2008 parece establecer una identidad entre cualquier consulta sobre la unidad del titular de la soberanía y el referéndum de reforma constitucional, con la participación del conjunto de los ciudadanos españoles, una oferta de diálogo como la realizada en la propuesta catalana no debería contar, en opinión del autor citado, con ninguna objeción de orden constitucional.

El planteamiento completamente abierto al diálogo con el Estado central, respecto a los contenidos y plazo de la consulta, entre otras materias, que planteaba la Resolución 479/X contaba, sin embargo, con un elemento contradictorio. Casi un mes antes de la aprobación en el *Parlament* de dicha resolución, el 12.12.2013, el *President* Artur Mas había pactado, con los representantes de CDC, UDC, ERC, ICV-EUiA y la CUP, y publicitado la que debía ser la fecha de la consulta(116) y la pregunta-árbol, en dos fases, a plantear(117). Aunque este acuerdo político, dado que hasta el momento

(112) «Proposición de Ley 125/000012 Orgánica por vía del artículo 150.2 de la Constitución de transferencia a la Generalitat de Catalunya de las competencias en materia de autorización para la convocatoria de referéndum», *BOCG*, Congreso de los Diputados, serie B, núm. 12-1 de 16.04.2004.

(113) La única controversia que, hasta el momento, ha planteado la doctrina sobre la constitucionalidad de la aplicación del art. 150.2 CE está relacionada con el contenido de las materias «de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación» a las que se limita. Concretamente, un sector de la doctrina ha considerado excluidas de las mismas las materias relacionadas con la soberanía nacional, entre las cuales se incluiría la garantía de la unidad estatal (i.e. CASTELLÀ ANDREU, JOSEP MARIA. «Consultas populares no referendarias en Catalunya ¿Es admisible constitucionalmente un *tertium genus* entre referéndum e instituciones de participación ciudadana?», *Op. cit.*, p. 140. En cualquier caso, a la finalización de este artículo, la proposición de ley ha sido admitida a tramite por acuerdo de la Mesa del Congreso (BOCG, Congreso de los Diputados, serie B, núm. 158-1 de 24.01.2014).

(114) El Memorando del «Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido y el Gobierno de Escocia para un referéndum sobre la independencia de Escocia», de 15 de octubre de 2012, se configura como una detallada delegación *ad casum* al Gobierno escocés (con la pertinente modificación específica del *Scotland Act 1998 Schedule 5*, aprobada por el Parlamento del Reino Unido en 12.03.2013). Aunque el Gobierno del Reino Unido mantiene importes puntos de control, la iniciativa y ejecución del proceso (incluida la convocatoria, como propone la Resolución 479/X) estará en manos de las instituciones escocesas.

(115) VINTRÓ, JOAN. «La Declaració de sobirania i del Dret a decidir del poble de Catalunya: un Apunt Jurídic», *Op. cit.*

(116) 9 de noviembre de 2014.

(117) La pregunta acordada, inspirada en la de la consulta independentista celebrada en Puerto Rico en 2012, es: «1) ¿Quiere que Catalunya se convierta en un Estado? (Si/No) 2) En caso de respuesta afirmativa, ¿quiere que este Estado sea independiente? (Si/No)».

no se ha llegado a formalizar institucionalmente, no tenía fuerza para interferir, por sí mismo, en la vía legislativa que sigue la proposición a las Cortes, era evidente que suponía una declaración de voluntad política de complicada conciliación con el solicitado procedimiento paccionado. Finalmente, presentada y discutida la proposición de ley orgánica en el Congreso de los Diputados el 8 de abril de 2014, está fue rechazada por un amplio margen (118) como había sucedido con la PEPCE del «Plan Ibarretxe 1».

## VII. Conclusiones

Las consultas por vía referendaria constituyen un instrumento que no sólo concreta, junto a otros, el ejercicio de forma directa de un derecho fundamental como el de participación política, sino que se integran en la arquitectura institucional propia de cada administración. Por este motivo, la imposibilidad de realizar referéndums en el ámbito autonómico comportaría no sólo una amputación de aquel derecho fundamental y de la potestad autoorganizativa de estas administraciones, sino también la interdicción innecesaria de un vehículo esencial de relación institucional que, en determinadas coyunturas políticas, puede contribuir a reconducir determinados debates políticos de especial trascendencia por la vía del acuerdo y la negociación.

Ciertamente, la propuesta de consulta popular planteada por el Parlamento Vasco con la Ley 9/2008, de 27 de junio, proyectaba algunas dudas sobre su constitucionalidad, si bien debe admitirse que se trataba de un referéndum atípico, como señalaba implícitamente la Exposición de Motivos de la Ley. A partir de ahí, el TC procedió desde el punto de vista formal a identificar el «referéndum» exclusivamente con la modalidad de consulta popular dirigida al cuerpo electoral y realizado con una serie de garantías jurisdiccionales. Cosa distinta, y discutible, es que de dicha doctrina emane la conclusión de que no resulta admisible ninguna otra forma de referéndum que no esté prevista en la Constitución o regulada íntegramente en las leyes estatales. Dicha conclusión podría derivarse de dos tipos de argumentos: primero, que el sistema político español privilegia los mecanismos de democracia representativa por encima de los de democracia directa; y segundo, que el texto constitucional, al regular los instrumentos de participación directa, restringe severamente su alcance y condiciones de ejercicio. Este determinio constitucional es el que restaría posibilidades al legislador autonómico a la hora de decidir la puesta en práctica de estos instrumentos y su intensidad.

Siendo cierto que la Constitución regula expresamente determinadas modalidades de referéndums vinculantes y, sobre todo, el referéndum consultivo de ámbito estatal sin hacer ninguna referencia al ámbito autonómico, no es menos cierto que esto también sucede con otro instituto de democracia participativa como la ILP, y ello no ha sido obstáculo para su regulación en el ámbito autonómico. Parece desproporcionado afirmar, pues, como hace el TC, que no existe ningún tipo de competencia implícita en el ordenamiento español y que sólo pueden convocarse, y celebrar, los referéndums expresamente previstos en las normas del Estado, incluidos los Estatutos. Al contrario, estaríamos ante una manifestación vinculada al principio democrático y a la potestad de autoorganización de las CA. Además de que, en defecto de regulación autonó-

---

(118) La votación de la proposición de ley orgánica de delegación contó con 47 votos a favor, 299 en contra y 1 abstención (DSCD, X Legislatura, núm. 192, 8.04.2014).

mica, nada tendría que impedir una aplicación subsidiaria del referéndum consultivo de ámbito estatal del art. 92.3, regulado en la LOMR.

En el caso de la Ley de Cataluña 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum de Cataluña, no pueden obviarse algunos extremos relevantes para su ponderación, al margen de cualquier consideración de oportunidad política. Así, la Ley prevé que el posible objeto del referéndum quede circunscrito al ámbito de competencias de la Generalitat, y que su eventual celebración quede supeditada a la obtención de la previa autorización del Estado, a quien, por cierto, corresponde también decidir libremente sobre la conveniencia o no de otorgar la mencionada autorización en función de las repercusiones sociales y políticas que pueda comportar. Es decir, dejando de lado el núcleo del conflicto competencial suscitado, similar al que planteaba la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, parece evidente que la viabilidad de una consulta referendaria catalana dependería, en todo caso, de la decisión directa del Estado en base a su competencia autorizadora. Por este motivo, no parece lógica una interdicción tan severa en base a razones de marcado carácter preventivo o de oportunidad política, vinculadas al ejercicio del «derecho a decidir» el futuro colectivo de Cataluña o con fundamento en el temor a la implantación de un modelo de democracia referendaria que pudiera debilitar el vigente modelo de democracia representativa.

De ahí que no debería haber obstáculos para contemplar convocatorias de ámbito subestatal o mediante la delegación en las CCAA de las funciones ejecutivas estatales del artículo 149.1.32 CE. De hecho, la Constitución no contiene ninguna interdicción para que una Comunidad autónoma pueda consultar directamente a la ciudadanía sobre cuestiones de su interés y competencia, mediante un procedimiento distinto al del referéndum. Y todo ello con objeto de pulsar la opinión ciudadana sobre una cuestión de relevancia política. Y, para el concreto caso de que esa cuestión se refiera al eventual futuro político de un territorio, huelga decir que ello no tiene necesariamente ninguna afectación inmediata sobre la unidad e identidad del sujeto de la soberanía (art. 1.2 CE). En ese sentido, las llamadas consultas populares no referendarias constituyen un instrumento adecuado, alternativo al referéndum, en la medida que no apela al cuerpo electoral ni tiene sus mismas garantías.

Trabajo recibido el 24 de abril de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.



**LABURPENA:** 2003an prozesu politiko bat hasi zen Euskal Autonomia Erkidegoan, antolaketarako eta estatu espainiarrarekiko harreman politikoaren esparri berri bat lortze aldera, «erabakitze eskubidea» gauzatuz. Lehenbizi, Autonomia Estatutuaren erreforma modura aurkeztu zen proposamena, eta, jarraian, herri-konsulta ez lotesle bat deitzeko eta arautzeko lege baten bidez; herri-konsulta hori egin nahi zen herritarrek parte hartzeko tresna gisa, printzipio demokratikoan oinarrituta eta estatuko legeditik eta haren baime netik kanpo. Proposamen horrek horrelako kontsulten onargarritasunari buruzko eztabaida sartu zuen Espainiako agenda politikoan, konstituzionaltasunari zein aukera politikoari zegokienean. Bere aldetik, 2006ko Autonomia Estatutuan jasotako aurreikuspena garatuz, Kataluniako Parlamentuak 4/2010 Legea onartu zuen, erreferendum bidez herri-konsultak egitekoa. Euskal proposamena eta Kataluniakoa desberdinak diren arren, mota guztietako erreferendum autonomikoetara zabaldu dira, bereizketarik gabe, Konstituzio Auzitegiak (KA) eta Espainiako konstituzio-eta konsulta-doktrinak «Ibarretxe Planari» azaldutako eragozpen eta akats guztiak, batez ere KAren 103/2008 Epaian jasotakoak eta KAren 31/2010 Epaian finkatutakoak, parte-hartze zuzeneko tresnak mesfidantzaz ikusten baitira, eta horiek «erabakitze eskubidea» gauzatzeko erabiltzearen kontrako jarrera politikoa dagoelako.

**HITZ GAKOAK:** Herri-konsulta. Erreferenduma. Demokrazia zuzena. Erabakitze eskubidea. Konstituzio Auzitegia.

**RESUMEN:** En 2003 se inició un proceso político en el País Vasco, con el objetivo de lograr un nuevo marco de organización y de relaciones políticas con el Estado español, a través del ejercicio del «derecho a decidir» en forma, primero, de propuesta de «reforma» del Estatuto de Autonomía, seguida después de una Ley de convocatoria y regulación de una consulta popular no vinculante, donde se contemplaba la realización de ésta como un instrumento de participación ciudadana fundamentado en el principio democrático, al margen de la legislación y autorización estatal. Esta propuesta introdujo en la agenda política española el debate sobre la admisibilidad de este tipo de consultas, tanto en términos de constitucionalidad como de oportunidad política. Por su parte, en desarrollo de la previsión contenida en el Estatuto de Autonomía de 2006, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum. Aunque los planteamientos vasco y catalán son distintos, la mayoría de objeciones y tachas planteadas por el Tribunal Constitucional (TC) y la doctrina constitucionalista y consultiva española al «Plan Ibarretxe», recogidas sobre todo en la STC 103/2008 y reforzadas en la STC 31/2010, se han hecho extensivas de forma indiscriminada a cualquier tipo de referéndum autonómico, en base a la desconfianza con que se contemplan los instrumentos de participación directa y por la prevención política que supone su utilización como vía para ejercer el «derecho a decidir».

**PALABRAS CLAVE:** Consulta popular. Referéndum. Democracia directa. Derecho a decidir. Tribunal Constitucional.

**ABSTRACT:** In 2003 it started a political process in the Basque Country with the aim of reaching a new organizational framework and political relations with Spain, through the exercise of the «right to decide» in shape, first, the proposed «reform» of the Statute of Autonomy, immediately after a Bill and regulation of a non-binding referendum, which aims to develop an instrument that based citizen participation in the democratic principle, regardless of state law and approval. The proposal introduced in the Spanish political agenda debate on the admissibility of such consultations, both in terms of constitutional

and political opportunity. On the other hand, developing the Statute of Autonomy 2006 provision, the Parliament of Catalonia approved the Law 4/2010, popular consultations via referendum. The Basque and Catalan cases are different, however the majority of objections raised by the Constitutional Court studs and constitutional doctrine and the Spanish advisory «Ibarretxe Plan», collected mainly in STC 103/2008 and strengthened in STC 31/2010, have been extended indiscriminately to any regional referendum in based on the distrust that includes instruments direct and political prevention for its use as a way to exercise the «right to decide».

**KEYWORDS:** Popular consultation. Referendum. Direct democracy. Right to decide. Constitutional Court.