

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

REFERÉNDUM AUTONÓMICO Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL*

CÉSAR AGUADO RENEDO
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

El singular desafío que supuso la Ley del Parlamento Vasco 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»¹, más conocida coloquialmente como «Plan Ibarretxe», generó una respuesta tan taxativa como inusualmente rápida por el Tribunal Constitucional (TC), en forma de STC 103/2008, de 11 de septiembre². Cuando se dicta esta Sentencia, el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), aprobado mediante L. O. 6/2006, de 29 de julio, llevaba dos años en vigor y el tiempo correspondiente impugnado ante el mismo TC, impugnación cuya resolución había generado una expectativa extraordinaria y que para los principales recurrentes (por la cuantía y entidad de preceptos estatutarios recurridos), noventa y ocho Diputados del Grupo Popular, tendrá lugar mediante la STC 31/2010, de 28 de junio. Las líneas que siguen constituyen unas breves reflexiones, en algún caso críticas como tendrá ocasión de verse, el contenido de esa respuesta del TC en dicha Sentencia al tratamiento del referéndum en el Estatuto de Cataluña.

Dos son los contenidos del EAC que, en un caso tácita y eventualmente, y en el otro de forma expresa, se relacionan con el referéndum: el primero, la competencia asumida en

* Estudio realizado en el marco del Proyecto DER2008-00185/JURI, sobre «Pluralidad de Ciudadanías y participación democrática», concedido por la Subdirección de Proyectos de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación para el periodo 2009-2011. Se ofrece una reproducción parcial del mismo, referida a los contenidos de la STC 31/2010 sobre la cuestión.

1 Merece la pena reseñar que el anuncio de la elaboración de la ley consultiva fue la causa inmediata de una reforma del Código Penal por L. O. 20/2003, de 23 de diciembre, que introdujo, entre otros, el art. 506 bis tipificando como delito (penado con privación de libertad de tres a cinco años, e inhabilitación por el mismo periodo) la convocatoria o autorización ilegal de elecciones y de referéndum; en la siguiente legislatura, desaparecieron tales preceptos penales en virtud de la L. O. 2/2005, de 22 de junio.

2 El recurso fue resuelto a los dos meses y medio de la promulgación de la Ley en cuestión, lo que da cabal idea del interés en resolverlo; y sin Voto Particular alguno.

el mismo sobre consultas populares (art. 122 EAC); el segundo, las referidas a la ratificación de las reformas del propio Estatuto (arts. 222 y 223 EAC).

Competencia estatutaria sobre consultas populares y referéndum autonómico

La primera de las Sentencias del superior intérprete de la Constitución aludidas, la STC 103/2008, resulta sin duda la más importante de las —tampoco excesivas— en las que se ha abordado el referéndum autonómico: en ella se subsumen las referencias anteriores más relevantes del Tribunal en punto a las consultas populares como manifestación del derecho de participación política³, contiene la capital definición y caracterización de lo que es un referéndum⁴ (lo que permite diferenciarlo de otras consultas populares que no son tal) y, en lo que ahora más interesa, excluye de forma radical la posibilidad de que puedan convocarse referendos autonómicos fundados en una supuesta competencia implícita de la Comunidad de que se trate.

Efectivamente, la respuesta del TC a esta posibilidad argumentada por los defensores de la Ley vasca recurrida que convocaba la consulta popular, es terminante. De un lado, al efectuar la convocatoria del cuerpo electoral, afirma el Tribunal que la misma «... se lleva a cabo sin apoyo en un título competencial expreso» (en el Estatuto vasco). Y, de otro, al sustituir dicha Ley la autorización del Estado que determina el art. 149.1.32^a CE por la del Parlamento vasco en virtud —se arguye en las alegaciones— de una competencia implícita que los defensores de la misma pretenden derivar del principio democrático y del art. 9.2.e) del Estatuto vasco, cuando dispone la facilitación por los poderes públicos de dicha Comunidad de «la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural...», afirma el TC, respecto a lo primero, que «... tal convocatoria no puede ampararse en genéricas potestades implícitas vinculadas al principio democrático, al entrar éstas en colisión con competencias expresamente atribuidas a otro ente, como ocurre en el presente caso con la que al Estado atribuye el art. 149.1.32 CE», y en cuanto al aludido art. 9.2.e) EAPV, que, como ya dijese en la STC 25/1981, de

3 Las derivadas de la STC 76/1994, de 14 de marzo y STC 119/1995, de 17 de julio: se trata de dos amparos denegados: el primero, en relación con la inadmisión de una iniciativa legislativa popular por la Mesa del Parlamento vasco; el segundo en relación con la carencia de información pública respecto de un determinado plan de piscinas y deportes en la ciudad de Barcelona.

4 «El referéndum es... una especie del género «consulta popular» con la que no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos, sino aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral (expresivo de la voluntad del pueblo: STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 10) conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas, siempre en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos constituye el objeto del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el art. 23 (así, STC 119/1995, de 17 de julio). Para calificar una consulta como referéndum o, más precisamente, para determinar si una consulta popular se verifica «por vía de referéndum» (art. 149.1.32 CE) y su convocatoria requiere entonces de una autorización reservada al Estado, ha de atenderse a la identidad del sujeto consultado, de manera que siempre que éste sea el cuerpo electoral, cuya vía de manifestación propia es la de los distintos procedimientos electorales, con sus correspondientes garantías, estaremos ante una consulta referendaria»: STC 103/2008, FJ 2.

14 de julio, FJ 5, del mismo no se desprende competencia alguna sino una obligación genérica de todos los poderes en el ejercicio de sus atribuciones. Así que —concluye— «[h]emos de afirmar, en definitiva, que no cabe en nuestro ordenamiento constitucional, en materia de referéndum, ninguna competencia implícita...», de lo que deriva, lógicamente, que «... la Ley recurrida vulnera el art. 149.1.32 CE⁵» (STC 103/2008, FJ 3).

El nuevo Estatuto de Cataluña no hace alusión alguna al referéndum, frente a los otros dos nuevos Estatutos de los promulgados (cuando se redacta este trabajo) de Andalucía y Aragón que, como él, pretenden asumir (la expresión trae causa de lo que más adelante se verá que razona el Tribunal Constitucional al respecto) la competencia sobre consultas populares en calidad de «exclusiva», pero los cuales excluyen expresamente el referéndum entre tales consultas. En concreto, el ya citado art. 122 del Estatuto catalán dispone que «Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución».

Conviene señalar que, estando el recurso contra el *Estatut* aún pendiente de resolución, la Generalitat emanó la Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum de Cataluña, asentada principalmente —como especifica su Preámbulo y no podía ser de otro modo— en la competencia asumida por el citado art. 122 EAC, y cuyo art. 2 («Ámbito de aplicación»), determina que «La presente Ley es de aplicación a las consultas populares por vía de referéndum que promuevan las instituciones públicas o la ciudadanía de Cataluña en ejercicio del derecho de participación reconocido por el Estatuto de Autonomía, en el ámbito de las competencias de la Generalidad y de los ayuntamientos, sobre cuestiones políticas de especial trascendencia para la ciudadanía»; y como síntesis de la definición de lo que es un referéndum según se ha visto que expone la STC 103/2008, su art. 3, intitulado «Concepto de consulta popular por vía de referéndum», determina que «A los efectos de la presente Ley, una consulta popular por vía de referéndum es un instrumento de participación directa para determinar la voluntad del cuerpo electoral sobre cuestiones políticas de especial trascendencia con las garantías propias del procedimiento electoral». En suma, pues, el legislador catalán hace efectiva y desarrolla la supuesta competencia implícita contenida en el art. 122 EAC, de convocar referéndums.

Muy pronto se alzó alguna voz crítica contra tal determinación estatutaria⁶, y más recientemente se ha insistido en la misma idea con el argumento que surge como evidente a la vista del propio tenor literal del citado art. 122 EAC, y que es: «Ciertamente, las disposiciones estatutarias no están estableciendo la competencia para la convocatoria de 'consultas' con características de referéndum. Por la trascendencia de la figura, si hubiesen pre-

5 Recuérdese que el art. 149.1.32^a dispone que el Estado tiene competencia exclusiva en relación con la «Autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum».

6 LÓPEZ DE LERMA I LÓPEZ, Josep, en el artículo expresivamente titulado «La dudosa competencia exclusiva de la Generalitat de Catalunya para promover consultas populares», *La Ley*, nº 6810, 20 de octubre de 2007, Ref. D-230.

tendido tal cosa, se hubiese recogido expresamente ese supuesto. En este contexto, no es sostenible la pretensión de utilizar el carácter abierto del inciso final para incluir un contenido que trascendería sustancialmente de la naturaleza de aquellos a los que la norma hace expresa referencia; la forma implícita no puede tener una naturaleza y una trascendencia significativamente distinta a la de las formas contempladas de forma explícita⁷; en definitiva, «Si el Estatuto no asume competencias en dicha materia, ha de entenderse que la Comunidad Autónoma no puede regular las consultas populares autonómicas»⁸.

Y, en efecto, en la STC 31/2010, el Tribunal ha hecho objeto dicho artículo de interpretación constitucional conforme (interpretación que, frente a lo que ocurre con otras muchas en la misma Sentencia, en este caso lleva al Fallo, algo que ha de entenderse como notoriamente significativo) afirmando que: 1º) «La exclusividad del art. 122 EAC ha de serlo... sin perjuicio de la competencia estatal relativa a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas», vale decir, pues, que no es competencia exclusiva, pues concurre con la competencia estatal del art. 149.1.18ª CE⁹; 2º) que en la cláusula residual del mismo precepto que reza «cualquier otro instrumento de consulta popular» según el TC «no se comprende el referéndum», con lo que iguala al Estatuto catalán con el andaluz y el aragonés en este punto, pues, como ha quedado reflejado antes, excepcionan de su competencia («exclusiva») sobre consultas populares la modalidad del referéndum¹⁰; y 3º) que la competencia estatal que especifica el art. 122 EAC como condicionante a la competencia que pretende asumir en exclusiva, esto es, la autorización estatal de la convocatoria de la consulta conforme al art. 149.1.32ª, no es la única que ostenta el Estado en tal materia, sino que abarca «la entera disciplina de esa institución, esto es, a su establecimiento y regulación», regulación que —se ratifica con ello en lo dicho en la previa STC 103/2008— se encuentra necesariamente en la LORDMR, que es «la única Ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de otra reserva...: la genérica del art. 81 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales, en este caso el derecho de participación política reconocido en el art. 23 CE» (FJ 69).

7 LÓPEZ BASAGUREN, A., «Sobre referéndum y Comunidades Autónomas», Ob. cit., pág. 221; el autor no se refiere específicamente al art. 122 EAC, pero es manifiesto que éste constituye el supuesto paradigmático de lo razonado. En idéntico sentido, LÓPEZ DE LERMA, Ob. cit.

8 CORCUERA ATIENZA, J., «Soberanía y autonomía. Los límites del “derecho a decidir (Comentario a la STC 103/2008)”», REDC núm. 86, 2009, pág. 321.

9 Tal y como había razonado ya LÓPEZ DE LERMA: «No es cierto, como se afirma en el art. 122 del Estatuto, que estemos ante una *competencia exclusiva* de la Generalidad y está fuera de lugar que el régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, el cumplimiento y la convocatoria estén en manos exclusivas de sus instituciones de autogobierno» (Ob. cit.). En contra, en cambio, PÉREZ SOLA, «La competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de consultas populares», TRC, núm. 24, 2009, pág. 453.

10 No muchas semanas antes de redactar estas líneas, ha tenido lugar un singular enfrentamiento entre el Presidente de la Generalitat —Sr. José Montilla— (del PSC, partido que hasta ahora no parece que quepa calificar de independentista) y su Consejero de Gobernación (de ERC, partido que propugna como meta final la soberanía catalana) acerca de la consulta soberanista convocada por la plataforma «Barcelona Decideix» («Barcelona Decide»): mientras éste manifestó el respaldo institucional y material (proporcionando algunos recursos básicos para ello, como las urnas mismas) a la consulta, aquél negó de inmediato y en términos rotundos ese apoyo: cfr., p. ej., el diario *El País*, de 15 de octubre de 2010. Y celebradas las elecciones catalanas, con el resultado de un gobierno monocolor, una consulta del mismo tipo ha producido un desencuentro entre los números uno y dos (Sres. Artur Mas y Oriol Pujol) del mismo partido (cfr., p. ej., *El País*, 4/02/2011).

Queda, pues, confirmada esta doctrina constitucional con la contundente determinación con la que el Tribunal la expuso en la STC 103/2008, lo que no parece que deje precisamente mucho margen a la referida Ley del Parlament catalán sobre consultas populares por vía de referéndum, en particular en lo que al referéndum autonómico se refiere¹¹.

De los razonamientos del TC que se acaban de transcribir cabe hacer tres comentarios. El primero, que, afirmada por el Alto Tribunal la imposibilidad de una competencia implícita referendaria autonómica, ha de concluirse lo mismo respecto de algunos nuevos Estatutos que, al abordar la competencia sobre consultas populares, no excluyen de éstas el referéndum, y ello por más que hagan referencia a los arts. 93.2 y 149.1.32^a CE, preceptos estos que versan únicamente sobre consultas referendarias (casos de los arts. 31.10 EAIBal. o 71.1.15^a EAACL¹²).

El segundo, que tal doctrina parece que repercute irremediabilmente sobre los referéndums municipales. Y ello porque el art. 71 de la Ley de Bases del Régimen Local, dispone como primero de los requisitos para que pueda el Alcalde de un municipio convocar una consulta en forma de referéndum (no parece que la exigencia de autorización del Gobierno de la nación que exige dicho artículo tenga sentido para otro tipo de consultas), que «la Comunidad Autónoma... tenga competencia estatutariamente atribuida para ello». De esta exigencia clara, junto con el sentido restrictivo general que, según se ha visto, predica el TC de este instrumento de democracia directa, cabe inferir que resulta bastante problemática, constitucionalmente hablando, la posibilidad de celebraciones de este tipo de consultas por los entes territoriales inferiores o locales, cuando los Estatutos de las Comunidades a las que pertenezcan no contemplen la misma como competencia específica. Hasta unos meses antes de esta intervención, el caso más notorio podía ser el de la Ley foral navarra 27/2002, de 28 de octubre, reguladora de las consultas populares en el ámbito local, en la medida en que adopten la forma referendaria, notoriedad derivada de que la norma institucional básica de dicha Comunidad, la LORARFN^a, no contempla dicha competencia¹³. Desde la citada Ley del Parlamento catalán 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum de Cataluña, sin embargo, ésta ha adquirido todo el protagonismo.

11 Ya entregada esta intervención, la prensa ha anunciado que el Consejo de Ministros ha recurrido ante el Tribunal Constitucional la Ley de consultas populares catalana, con dictamen favorable del Consejo de Estado y que aquél ha admitido la impugnación con la suspensión automática que comporta la invocación por el Gobierno del art. 161.2 CE.

12 Corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de «Sistemas de consultas populares en el ámbito de las Illes Balears, de conformidad con las leyes a que se refieren el apartado 3 del artículo 92 y el núm. 32 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución» (art. 31.10 EAIB), o el «Sistema de consultas populares en el ámbito de Castilla y León, de conformidad con lo que disponga la ley a la que se refiere el artículo 92.3 de la Constitución y demás leyes del Estado, correspondiendo a éste la autorización de su Convocatoria» (art. 71.1.15^o EAACL). En cambio, en el caso del Estatuto de la Comunitat valenciana la referencia a los preceptos constitucionales citados, 92.3 y 149.1.32, se circunscribe a las consultas populares municipales únicamente.

13 Desde la redacción de noviembre de 2004, el art. 96.2 de la Ley foral 6/1990, que regula el régimen de la Administración local de Navarra, determina que «No pueden realizarse consultas populares en los casos en que no esté permitida la celebración de referéndum», formulación que parece equiparar éste a aquéllas, cuando son una especie del género; pero lo relevante es que sigue sin disponer la LORARFN^a una competencia de la Comunidad foral sobre las consultas populares, ni siquiera tras la reciente reforma que acaba de tener lugar una vez redactado este trabajo, mediante LO 7/2010, de 27 de octubre.

Y tampoco resultan conformes, en nuestra modesta opinión, las regulaciones de tales consultas cuando se integren en la regulación autonómica del régimen local, entendiéndolas como atribución inherente a dicho régimen y no como una atribución específica¹⁴: en contra de lo que se ha dicho¹⁵, además de que la exigencia de disponer la Comunidad Autónoma de competencia sobre consultas referendarias del citado art. 71 LRBR es palmaria¹⁶, el sentido restrictivo en el que hace hincapié el Tribunal Constitucional sobre la institución del referéndum lleva derechamente a tal conclusión.

El tercero y último de esos comentarios resulta ser un desacuerdo con la doctrina del TC, referido a la reserva de ley orgánica en materia de referéndum. Como se ha visto, el TC entiende que la LORDMR es «la única Ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de otra reserva...: la genérica del art. 81 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales, en este caso el derecho de participación política reconocido en el art. 23 CE». No lo entendemos nosotros así, porque nos parece que podría no ser la única que cumple con la reserva constitucional en materia de referéndum, desde el momento en que la literalidad del art. 92.3 CE cuando se remite a ella, hace referencia a «las modalidades de referéndum previstas en esta Constitución»: nada impediría teóricamente, de acuerdo con esta literalidad, que pudiesen existir dos leyes orgánicas distintas reguladoras de referendums, una para los previstos en la Constitución y otra para los demás. Otra cosa es el principio práctico de economía legislativa y el que la lógica imponga la coherencia entre dos eventuales regímenes de este tipo de consultas populares. Lo que resultaría más acertado en este sentido, como bien se ha apuntado¹⁷, es que la misma

14 P. ej., el art. 157 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón parece disponer consultas referendarias, cuando antes no preveía el Estatuto de dicha Comunidad una competencia específica sobre la materia, y la nueva versión del mismo exceptúa precisamente, como se ha dicho, el referéndum, tanto para la Comunidad como para «los entes locales»; lo mismo, por cierto, que el nuevo Estatuto andaluz, art. 78, lo que ha sido criticado por BUENO ARMIJO por suponer una disminución competencial respecto del Estatuto inicial («“Consultas populares” y “referéndum consultivo”: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial», *RAP*, nº 177 (2008), pág. 220). En cambio, el art. 257 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia, parece regular otras consultas que no adopten la forma de referéndum.

15 Desde tiempos tempranos: en 1985, T. FONT I LLOVET, «El referéndum local en España», *Autonomías*, núms. 2 y 3 (1985), llegaba a tal conclusión (pág. 125). Más recientemente, afirma A. RODRÍGUEZ: «Es pues evidente, que con la regulación actualmente vigente la asunción expresa en el Estatuto de una competencia específica sobre consultas populares es innecesaria para el ejercicio efectivo de la misma en los entes locales, siempre que se hayan asumido competencias, más genéricas, sobre régimen local» («Consultas populares», en *Reformas Estatutarias y Distribución de Competencias*, F. Balaguer, dir., IAAP, 2007, pág. 87). En el mismo sentido, BUENO ARMIJO concluye respecto de tres de los nuevos Estatutos que han asumido específicamente competencias exclusivas sobre consultas populares, en relación con aquellos otros que no ostentan competencia explícita alguna sobre tal materia, que lo que «han ganado» los primeros es «exclusivamente seguridad jurídica» (Ob. cit., pág. 219).

16 Dice J. CORCUERA en este sentido: «La práctica parece haber obviado la exigencia de la LBRL de que podría aprobarse una legislación autonómica en esta materia sólo en el caso de que la comunidad tuviera competencia estatutaria atribuida para ello. Es probable que nadie haya tenido interés por plantear un conflicto constitucional por cuestión realmente menor dada la garantía del control del Gobierno del Estado sobre las circunstancias de cada consulta. En todo caso, es un manifiesto incumplimiento de la Ley de Bases del Régimen Local, quizá disimulado por el hecho de tratarse de un requisito que no se encontraba en la LO de modalidades de referéndum, que remite la legislación autonómica en la materia únicamente a la “legislación de régimen Local”» (ob. cit., pág. 319).

17 Por RODRÍGUEZ, A., «Consultas populares», cit., pág. 884, n. 4.

LORDMR dispusiese una regulación para los referéndums establecidos en la Constitución y, en lo que correspondiese al imperativo desarrollo por ley orgánica *ex art.* 81.1 CE que debe observar el derecho de participación política del art. 23 CE, otra.

Esta segunda regulación podría ser la aplicable, p. ej., a los referendos del art. 8 del Estatuto vasco y D. T. 3^a del actual Estatuto castellano-leonés, entre las poblaciones de los enclaves territoriales susceptibles de integración/segregación, respectivamente, al del art. 47.2 también del Estatuto vasco para «el conjunto de los territorios afectados», y al del art. 10.b) del Estatuto aragonés para los supuestos de integración que regula, referendos que, no previstos en la Constitución pero sí en los citados Estatutos, resultan ejemplos de consultas referendarias no constitucionales y sin duda perfectamente lícitas.

El referéndum en el procedimiento de reforma del Estatuto de Cataluña (y de otras fórmulas idénticas o similares)

Pero la Sentencia constitucional sobre el *Estatut* se pronuncia también sobre el otro tipo de referéndum autonómico posible: el de su reforma, contenido estatutario impugnado igualmente por los recurrentes. En particular, la convocatoria y autorización de dicho referéndum es objeto de verificación por el supremo intérprete de la Constitución. En este sentido, la determinación con la que, como ha tenido ocasión de verse, se expresa el TC en relación con el referéndum, tanto en la STC 103/2008 como en la STC 31/2010, hace que sea precisamente más llamativa la solución que en esta última da a la regulación del Estatuto de Cataluña sobre la autoría de la convocatoria del referéndum para ratificar su reforma. Conforme a la literalidad constitucional, no parece que quepan dudas de que tal convocatoria corresponde al Rey, en tanto en cuanto el referéndum en cuestión es indudablemente de los que están «previstos en la Constitución», según dispone el art. 62.c) CE¹⁸, concretamente en el art. 152.2 CE. Frente a esta literalidad, la fórmula que inserta el actual art. 222.1.d) EAC para «La reforma de los Títulos que no afectan a las relaciones con el Estado», reza: «d) Una vez ratificada la reforma por las Cortes Generales, la Generalitat debe someterla a referéndum»; y la del art. 223.1.i) EAC, para las demás reformas, dispone: «La aprobación de la reforma por las Cortes Generales mediante una ley orgánica incluirá la autorización del Estado para que la Generalitat convoque en el plazo máximo de seis meses el referéndum...». En consecuencia, conforme a ambos preceptos, la convocatoria de las consultas referendarias aludidas corresponde no al Rey, sino a la Generalitat, vale decir, a su Presidente.

Conviene indicar antes de comentar lo que el superior intérprete de la Constitución ha dicho en su STC 31/2010 en relación con esta regulación, dos cosas: que la fórmula vista viene a ser en esencia la misma que la empleada por la redacción originaria del art. 56.3 del Estatuto catalán ahora reformado (que establecía que «La aprobación de la reforma por las Cortes Generales mediante Ley Orgánica incluirá la autorización del Estado para que la Generalidad convoque el referéndum...»)¹⁹, y que, igualmente, es idéntica o similar a la que utilizan algunos otros de los nuevos Estatutos (en concreto, el de Va-

18 Art. 62 CE: «Corresponde al Rey: c) Convocar a referéndum en los casos previstos en la Constitución».

19 De hecho, la convocatoria del referéndum para la reforma del Estatuto catalán tuvo lugar mediante Decreto 170/2006, de 18 de mayo, del President de la Generalitat Pasqual Maragall.

lencia, el de Andalucía²⁰ y el de Aragón). Diríase, ante este panorama, que el TC parece que ha tratado con empeño de fundar la constitucionalidad de la fórmula para confirmar, con ello, la validez de las opciones estatutarias que se acaban de señalar. Pero es evidente que una práctica posiblemente indebida, si no es impugnada, produce los efectos correspondientes, lo mismo que lo es que la reiteración de una incorrección no la vuelve correcta.

A nuestro modesto parecer, las razones que ofrece el Tribunal para justificar constitucionalmente la regulación estatutaria transcrita, no son lo suficientemente convincentes como para ahuyentar las sombras sobre la inobservancia de un precepto constitucional, que en el caso es el citado art. 62.c) CE, con la consecuencia que tal inobservancia comporta, a saber: la detracción de una atribución constitucional del Rey, el resultado de cuyo ejercicio —por supuesto— resultaría un acto debido, esto es, en todo caso habría de proceder a convocar el referéndum de que se trate, igual que resultaría un acto debido para el referendante del mismo, que habría de serlo el Presidente del Gobierno, tal refrendo.

De entrada, el Tribunal parece contradecirse cuando, primero, señala que «...invocan los recurrentes [contra el Estatuto de Cataluña] el art. 62 c) CE, por el que corresponde al Rey '[c]onvocar a referéndum en los casos previstos en la Constitución'. Ciertamente, el referéndum de reforma estatutaria se comprende en esa categoría, por lo que la convocatoria regia sería una condición necesaria para la celebración de la consulta» (FJ 146); para aseverar al inicio del siguiente párrafo que «El referéndum de reforma estatutaria no es objeto en la Constitución, por lo que hace a su convocatoria, de una atribución expresa al Jefe del Estado, a quien cumple '[c]onvocar a referéndum en los casos previstos en la Constitución' en virtud de un precepto constitucional en el que sólo se contemplan actos referidos a órganos y funciones del Estado propiamente dicho» (mismo Fundamento). Entre medias de ambas citas, traza el TC un pretendido paralelismo entre Estatuto y actos internos a las CCAA a efectos de la intervención del monarca, intervención que no tiene lugar en estos (así, no interviene en la sanción de las leyes autonómicas, en el nombramiento de los miembros del Consejo de Gobierno, etc.), soslayando que el Estatuto, en cuanto ley orgánica que formalmente es, aunque constituya la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma no forma parte de sus actos internos, sino del ordenamiento estatal (como explicita el art. 147.1 CE).

Tampoco parece que sea especialmente convincente el argumento vertido en el mismo FJ 146 conforme al cual «Hemos entendido... que las previsiones constitucionales referidas al Rey en sus relaciones con los órganos del Estado —típicamente, las relacionadas en el art. 62 CE— son extensibles a los órganos autonómicos 'en el caso de que *expresamente* se atribuya al Rey un acto relativo a las Comunidades Autónomas' (STC 5/1987, FJ 5), como es el supuesto del nombramiento de sus Presidentes (art. 152.1 CE)», no siendo el referéndum de reforma estatutaria «objeto en la Constitución, por lo que hace a su convocatoria, de una atribución expresa al Jefe del Estado» (cursiva nuestra): tal modo de razonar supone, a nuestro modesto entender, convertir una interpretación singular del propio Tribunal Constitucional que éste circunscribía a los órganos, en

20 De hecho, también fue convocado por el Presidente andaluz, Sr. Chaves, el referéndum correspondiente para la reforma del Estatuto de Andalucía, mediante Decreto 2/2007, de 16 de enero.

una categoría general constitucional que en el caso que nos ocupa afecta a la consulta de la voluntad popular autonómica, ámbito evidentemente distinto al de la organización institucional autonómica.

Quizá, no obstante, la mayor perplejidad la suscite el argumento del Tribunal según el cual, habiendo previsto la nueva versión de algunos EEAA aprobados por la vía del art. 143 CE para su reforma referendos convocados por la propia Comunidad Autónoma, «... no tendría entonces mayor sentido que sólo para los elaborados por la del art. 151 CE se exigiera la convocatoria regia...», cuando el Rey ya sanciona y promulga las leyes orgánicas de reforma estatutaria. Nos parece a nosotros que, precisamente porque los casos del art. 143 «pueden» (haciendo ahora abstracción de lo muy discutible que ello resulta en nuestra opinión, según hemos dicho en otras ocasiones) prever tal referéndum, pero a los del art. 151 no les cabe optar sino que «deben» hacerlo necesariamente, es por lo que en estos tiene más sentido la convocatoria regia, y, en todo caso —como bien dice alguno de los Votos Particulares, lo lógico sería justamente lo opuesto, es decir, imponer a los primeros también la convocatoria por el monarca cuando dispongan como parte de su procedimiento de reforma un referéndum: por lo demás, ello resulta no ya una posibilidad, sino una necesidad cuando se concluye, como nosotros hacemos, que tal tipo de referéndum tiene la misma naturaleza que el del art. 152.2 CE²¹.

En fin, es evidente que el Estatuto resulta formalmente diferente a las demás leyes (orgánicas, incluso), y que una de las manifestaciones de esa diferencia es el referéndum para su reforma (obligatorio en el caso de los elaborados por el cauce del art. 151, como es el EAC), referéndum que adquiere especial sentido al tratarse de la norma que, salvo la Constitución, compone el bloque de la constitucionalidad con más propiedad o idoneidad que el resto de las normas que lo integran.

Lo que en realidad sucede con este extremo de la convocatoria por el Rey del referéndum para la reforma de los EEAA, es que estamos ante una ocasión más en la que se muestra la distancia entre la idea teórica de la forma de Estado que se desprende de la Constitución, y la práctica de tal forma de Estado. En virtud de la primera, es innegablemente coherente que el Jefe del Estado, «símbolo de la unidad» del mismo (art. 56.1

21 Nosotros hemos puesto de relieve la disconformidad de esta posibilidad con una correcta concepción del sistema de fuentes: cfr. AGUADO RENEDO, C., Comentario al artículo 55, en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia*, M. García Canales y A. Garrorena Morales (coords.), Región de Murcia, 2005: pág. 1665 y remisión efectuada en la n. 40; pero, una vez hecha realidad la misma entre otras cosas por una (mera) Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 1993, hoy perfectamente vigente, en nuestra opinión, frente a lo que se ha mantenido en algunas ocasiones (p. ej., últimamente, así parece entenderlo BUENO ARMIJO, A., ob. cit., pág. 206, n. 24), el referéndum de reforma de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades de acceso gradual a la autonomía, aunque no se explicita en la Constitución, es, sin duda, de idéntica naturaleza a los del art. 152.2 CE, pues, con independencia de su carácter obligatorio o facultativo, tiene el mismo objeto y el mismo valor y efecto: la aprobación, o no, de la reforma o del nuevo Estatuto. Por ello mismo, habría de estar sometido a idénticas exigencias que el referéndum del art. 152.2 CE: incluida la de que su régimen legal es el dispuesto por la Ley Orgánica de las Distintas Modalidades de Referéndum, a la que se remite el art. 92.3 CE, que sigue siendo hoy la L. O. 2/1980, de 18 de enero: el razonamiento por extenso, en nuestro trabajo *El Estatuto de autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, CEC, 1996, págs. 405-410; en sentido similar, AGUIAR DE LUQUE, L.: «también a estos les sería aplicable analógicamente el art. 152.2 CE»: tema «Referéndum», en *Temas Básicos de Derecho Constitucional* (M. ARAGÓN REYES y C. AGUADO RENEDO, Dirs.), Thomson, 2ª ed., 2011, págs. 148 y ss.

CE), convoque el llamamiento de los ciudadanos de un territorio determinado a pronunciarse sobre la reforma de la norma institucional básica de ese territorio que, en cuanto tal tipo de norma, afecta —siquiera por reflejo— al entero Estado. Y ello con independencia de que también sancione y promulgue la ley orgánica mediante la que formalmente se efectúa la reforma estatutaria, requisito éste de todas las leyes estatales (como es el Estatuto de Autonomía, con independencia ahora de sus peculiaridades y significación) que, en cambio, no requieren de consulta popular: la convocatoria del referéndum de reforma estatutaria es un acto de entidad netamente distinta a los de sanción y promulgación legales, en cuanto que contribuye justamente a subrayar el significado del Estatuto como el singular tipo de norma que es, incluso frente a fuentes de idéntico *nomen iuris* (leyes orgánicas)²², y por ello aparece como singularmente idóneo que el encargado de hacerlo sea formalmente el símbolo de integración institucional, o sea, el Rey.

Frente a esta coherencia lógica se alza, además de la economía que supone prescindir de un trámite más en un proceso normativo complejo como es la reforma de un Estatuto de Autonomía, sobre todo el simbólico de que no sea una autoridad externa, o mejor, no propiamente interna a la Comunidad que dicha norma va a regir —aunque sea la más alta Magistratura del Estado del que forma parte la Comunidad en cuestión—, la que realice el llamamiento al cuerpo electoral del ente territorial autónomo, sino que tal convocatoria la haga la autoridad que encarna la representación de la Comunidad —por más que según el TC lo haga «... no en representación de la Comunidad Autónoma (art. 152.1 CE), sino en representación del Estado (en su otra cualidad institucional, según el mismo art. 152.1 CE), lo que significa, más específicamente aún, en nombre del órgano estatal, el Rey, que tiene atribuida de modo general [art. 62 c) CE] dicha función» (FJ 147)—. Esta convocatoria por la máxima Magistratura ordinaria de la Comunidad Autónoma, asemeja a los Estatutos al menos en su proceso de reforma (ya que no en el proceso de su elaboración) bastante más a las Constituciones de los Estados miembros de un sistema federal que a lo que ordinariamente son: leyes orgánicas en su manifestación jurídico-formal —art. 81.1 CE—, «parte integrante [del]... ordenamiento jurídico» del Estado —art. 147.1 CE—. Tal explicación, que aparece como la más plausible para la aceptación por el Tribunal Constitucional de la exclusión de la convocatoria por el Jefe del Estado del referéndum de reforma de los Estatutos elaborados por el cauce del art. 151 CE, la hace comprensible, ciertamente, pero, el nulo margen que deja la literalidad del art. 62.c) CE, la convierte en claro ejemplo —a nuestro parecer— de lo que es hacer decir a la Constitución lo que ésta no dice.

Además de la afectación que esta regulación supone para el órgano constitucional de la Jefatura del Estado tal y como se ha visto, la misma comporta también una doble modificación de la LORDMR, al disponer como se ha visto en su art. 223.1.i), que «La aprobación de la reforma por las Cortes Generales mediante una ley orgánica incluirá la autorización del Estado para que la Generalitat convoque en el plazo máximo de seis meses el referéndum...». Doble modificación, decimos, porque, de un lado, desapodera al Gobierno de la autorización de la consulta popular, contra lo que dispone el art. 2.2 de

22 Y, más aún: era una de las singularidades que contribuía a destacar la diferencia entre los Estatutos de las Comunidades de acceso rápido a la autonomía y las de acceso gradual: diferencia inocua jurídicamente, pero con una importante carga simbólica, según entendíamos algunos.

aquella, para atribuírsela a las Cortes Generales; y, de otro, incluye el parecer del Senado en esa autorización, cuando el mismo art. 2.2 LORDMR sólo prevé la autorización del Congreso de los Diputados para los casos en que no corresponda al Gobierno. Si la remisión del art. 92.3 CE a la regulación de «las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum *previstas en esta Constitución*» se entiende —como no parece que haya otro modo de entenderlo— como la remisión a una ley orgánica que no sea un Estatuto de Autonomía dada la consabida indisponibilidad unilateral de éste para el legislador estatal, la conclusión a la que necesariamente aboca el razonamiento del Tribunal Constitucional es que considera de hecho el referéndum de reforma estatutaria enjuiciado como si no fuera de los previstos en la Constitución en su art. 152.2. Que, como argumenta el Tribunal, el Gobierno no pueda disponer de dicho referéndum con criterios de oportunidad política porque se trata de un referéndum preceptivo (FJ 145) o, igualmente, que la extensión al Senado de la autorización del referéndum de reforma estatutaria no sea ilógica en cuanto es definido por la Constitución como «Cámara de representación territorial» (art. 69.1 CE), no vuelve regular —siempre a nuestro modesto entender— una regulación estatutaria que ignora una regulación efectuada en virtud de una reserva *ad hoc* del constituyente como es la del art. 92.3 CE: de considerarse la regulación incorporada al EAC como la más idónea, lo suyo hubiera sido modificar el único precepto que se ocupa en dicho cuerpo legal de los referendos previstos en el art. 152.2 CE, el art. 10 LORDRM.

Que —conforme a lo visto en las páginas anteriores— la fórmula adoptada para la convocatoria y autorización del referéndum en el Estatuto de Cataluña y en algunos otros (dado el principio de emulación que, como es bien sabido, constituye la causa más efectiva de las modificaciones de nuestro sistema de descentralización territorial, no sólo no es descartable que vuelva a reproducirse dicha fórmula en nuevas versiones de textos estatutarios, sino que es más bien probable que ello ocurra) no se cohoneste con la Constitución y con la Ley Orgánica que regula tales consultas, seguramente no puede calificarse de dramático, sobre todo si se compara esa falta de conformidad con la que tiene lugar respecto de otros ámbitos más relevantes.

Pero no deja de ser un supuesto más en el que ese fenómeno tiene lugar, el cual, junto con otros, contribuye a desleír el ordenamiento jurídico, con la Constitución a su cabeza, tal y como se ha conformado, y sirve como nuevo ejemplo o como un precedente más que abunda en el riesgo constante de su deconstrucción: una conclusión poco aleccionadora para derivarse de una decisión del Tribunal Constitucional.

TITLE: *The «referendum autonómico» in Constitutional Court's Ruling*

ABSTRACT: *The «referendum autonómico», that is, the appeal to the opinion of the electorate in the Autonomous Communities (CAA), has gained notoriety in recent times as a result of its legal treatment in the two CCAA certainly most significant: País Vasco and Cataluña. In its consultative form, both of them have been declared unconstitutional, but not, in the case of Cataluña, as referred to mandatory statutory reform. This paper analyzes the two decisions of the Constitutional Court about the matter, with a critical view of the second one, and notes the tendency to breach the order, at least in its most literal and therefore more logical, for the consultative referendum desired by the Communities because of its obvious political significance.*

RESUMEN: *El referéndum como forma de apelación al parecer del cuerpo electoral en las Comunidades Autónomas, ha adquirido notoriedad en los últimos tiempos, debido a los tratamientos jurídico-políticos del mismo que se han llevado a cabo en las dos Comunidades Autónomas sin duda más significadas: el País Vasco y Cataluña. Ambos tratamientos han sido declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en su forma consultiva, no así, en el segundo de los casos, en su forma preceptiva como requisito de la reforma estatutaria. Este trabajo analiza desde un punto de vista formal las dos decisiones del Tribunal Constitucional recaídas, con una visión crítica de la segunda de ellas, y constata la tendencia al incumplimiento del ordenamiento —al menos en su sentido más literal y por ello más lógico— respecto de los referendos consultivos pretendidos por las Comunidades en virtud de la evidente significación política que es propia de tal instrumento consultivo.*

KEY WORDS: *Referendum. Direct democracy. Representative democracy. Surveys. Reservation of organic law. Reform of the Autonomous Statute.*

PALABRAS CLAVE: *Referéndum. Democracia directa. Sondeos. Reserva de ley orgánica. Consultas populares. Reforma de Estatutos de Autonomía.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 26.05.2011 FECHA DE ACEPTACIÓN: 29.07.2011