

LA COMPETENCIA EN MATERIA DE CONSULTAS POPULARES POR LA VÍA DE REFERÉNDUM EN LA SENTENCIA 31/2010 SOBRE EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA

Josep M. Castellà Andreu*

1.

El art. 122 EAC, al prever la competencia exclusiva de la Generalitat «para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización propia y la convocatoria por la misma Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias [...] [de] cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución», admite, en abstracto, tres interpretaciones posibles:

a) La más amplia, según la cual la Generalitat tiene competencia exclusiva para regular toda consulta popular, entre las cuales está el referéndum aunque no se mencione. Esta competencia tiene, no obstante, dos límites: objetivo –las consultas sólo se pueden hacer sobre cuestiones en que la Generalitat o los entes locales tengan competencias– y competencial –la autorización por el Estado de la convocatoria de «consultas populares por la vía de referéndum» (art. 149.1.32 CE). De acuerdo con esta interpretación literal del precepto estatutario, el Parlamento catalán podría regular toda la institución del referéndum, excepto la autorización de su convocatoria, que la tiene atribuida el Estado.

b) Una interpretación intermedia, de acuerdo con la cual la Generalitat puede regular el referéndum, como modalidad de consulta que es, amparándose en la cláusula residual que pone fin al art. 122 EAC («cualquier otro instrumento de consulta»), pero al hacerlo ha de ajustarse a otras normas constitucionales, además del art. 149.1.32 CE: la competencia básica del Estado sobre el régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE) en relación con los referéndums locales, y las reservas de ley

* Josep M. Castellà Andreu, profesor titular de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona. Este comentario se inserta en las actividades del proyecto de investigación «Estado autonómico y democracia: los derechos de participación en los estatutos de autonomía» (MCI, DER 2009-12921).

orgánica del Estado, la del art. 92.3 CE (una ley que regula las condiciones y procedimientos de las «distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución») y la del art. 81 CE (ley de desarrollo de los derechos fundamentales, entre los que está el derecho de participación directa del art. 23.1 CE). Siguiendo esta interpretación sistemática, la Generalitat no tiene competencia estrictamente exclusiva sobre el conjunto de la institución referendaria pero sí que puede aprobar una legislación propia que sea respetuosa con el marco jurídico enunciado. Mientras que en la primera interpretación –la más amplia– el Parlamento de Cataluña podría prever, por ejemplo, el tipo de referéndum de derogación de leyes, de acuerdo con la segunda mencionada, el Parlamento podría regular el referéndum siempre que se ajustara al modelo constitucional de referéndum (el consultivo sobre decisiones políticas).

c) La interpretación más restrictiva del art. 122 EAC, a partir de la cual el precepto hace mención expresa de unas modalidades de consulta (encuestas, audiencias públicas, foros de participación) que se pueden completar legalmente con otras parecidas, entre las que no figuraría el referéndum, por su diferente naturaleza jurídica (los primeros son instrumentos de democracia participativa; el referéndum lo es de democracia directa).¹ Es más, la referencia a la excepción del art. 149.1.32 CE reforzaría la idea de que «cualquier otro instrumento de consulta» no puede incluir el referéndum. De acuerdo con esta interpretación, quedaría excluida la posibilidad de que la Generalitat regulara el referéndum a partir de la competencia del art. 122 EAC.

Mientras que optar por la interpretación descrita en la opción *a*) implica declarar conforme a la Constitución el art. 122 EAC en lo que se refiere a la admisión de la competencia de la Generalitat en materia de referéndum, la opción *b*) daría lugar a una sentencia interpretativa igual que la opción *c*). Una declaración de inconstitucionalidad del precepto es difícil dada la redacción del mismo, que no menciona el referéndum, salvo que se refiriese a las consultas en general.

1. Como el mismo TC aclaró en la STC 103/2008 completando la argumentación de la STC 119/1995.

2.

La Sentencia 31/2010, en el FJ 69, opta por la última interpretación, la más estrecha de las posibles, y afirma que «la excepción en él contemplada [la del art. 149.1.32 CE] se extiende a la institución del **referéndum en su integridad**, y no sólo a la autorización estatal de su convocatoria» (negrita añadida). Ahora bien, en lugar de declarar inconstitucional todo el precepto, como pedían los recurrentes y defiende el voto particular del magistrado Rodríguez-Zapata, en el punto 12, realiza una interpretación conforme de constitucionalidad en los términos mencionados de rechazo del referéndum, que lleva al fallo. Podemos resumir los pasos de la argumentación –muy sucinta– del supremo intérprete de la Constitución en los puntos siguientes:

a) El referéndum es una especie dentro del género «consultas populares», como ya había dejado claro en la STC 103/2008, donde se define el referéndum por contener un llamamiento al cuerpo electoral, siguiendo un determinado procedimiento electoral y cumpliendo unas determinadas garantías jurídicas. La autorización de la convocatoria por el Estado sólo ocurre en relación con el referéndum y no respecto a otras especies de consultas populares, como en cambio sostenían los recurrentes que debería ocurrir.

b) La competencia de la Generalitat sobre las consultas populares mencionadas en el artículo 122 es perfectamente legítima en términos constitucionales. Ahora bien, no es una competencia exclusiva porque está sometida a diversos límites: *a)* materiales: la intangibilidad por esta vía del sistema constitucional vigente, y *b)* competenciales: las bases del régimen jurídico de las Administraciones que corresponde legislar al Estado (art. 149.1.18 CE). De esta manera y con estas condiciones, lo que hemos denominado figuras propias de la democracia participativa –mediante las cuales se expresa la opinión de individuos y colectivos (no la voluntad popular como pasa en el referéndum)– pueden ser reguladas por las instituciones catalanas, tanto para el plano autonómico como para el local.

c) La exclusión de la competencia de la Generalitat sobre consultas populares de «la entera disciplina» del referéndum. Para el Tribunal la mención de la excepción del art. 149.1.32 CE afecta no solo a la autorización de la convocatoria, sino que también ha de extenderse a «la entera disciplina de esa institución» (lo cual incluye el establecimiento y la regulación). Este entendimiento «parece implícito» en los términos utilizados

por el mismo precepto. Así pues, para el Tribunal, el inciso «cualquier otro instrumento de consulta popular» no puede incluir el referéndum. El razonamiento de la Sentencia se limita a reproducir un fragmento de la ya mencionada STC 103/2008, con lo cual parece desprenderse la continuidad con la jurisprudencia anterior. Se afirma «la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre Regulación de las Distintas Modalidades de Referéndum, es la llamada por el art. 92.3 CE para regular las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución, siendo además la única ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de otra reserva, añadida a la competencial del art. 149.1.32 CE: la genérica del art. 81 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales, en este caso el derecho de participación política reconocido en el art. 23 CE» (FJ 3). De acuerdo con esta cita, hay dos reservas de ley orgánica que ha de respetar al legislador estatutario, además de la competencia del art. 149.1.32 CE: la del art. 92.3 CE y la del art. 81 CE. Las dos se concretan en la Ley Orgánica Reguladora de las Distintas Modalidades de Referéndum, que sería la ley constitucionalmente habilitada para regular el régimen jurídico de los referéndums, incluyendo los referéndums autonómicos.

En definitiva, el Tribunal salva la constitucionalidad del art. 122 EAC a costa de interpretarlo de manera que «lo vacía de contenido», como afirma el magistrado Rodríguez-Zapata en su voto particular. Lo cual es cierto en relación con el referéndum, no con el resto del precepto.

3.

Una vez leídos los argumentos del Tribunal Constitucional, se nos plantean una serie de dudas, en las que ahora queremos detenernos, porque en nuestra opinión el FJ 69 de la Sentencia no ofrece una argumentación lo suficientemente convincente para justificar la exclusión absoluta de la institución referendaria de la competencia autonómica sobre consultas. La discrepancia se centra en el punto c) del apartado anterior en que acabamos de resumir la posición del Tribunal sobre el referéndum. En nuestra opinión, dejando de lado algunas afirmaciones discutibles, la argumentación de fondo que se desprende de lo que afirma el Tribunal no debería llevar a concluir la exclusión del referéndum del art. 122, de acuerdo con la interpretación más restrictiva que hemos señalado en el punto I, sino más bien a la que hemos llamado *intermedia*: la admisión del referéndum,

respetando las reservas legales y las competencias estatales que la Constitución establece. Lo que al fin parece que es determinante para que el Tribunal adopte la interpretación más estricta, en lugar de una menos lesiva para la competencia catalana sobre el referéndum, es el hecho de que no se mencione expresamente el referéndum en la redacción del art. 122 EAC, ni sobre todo que no aparezca ninguna referencia al sometimiento a la reserva de ley orgánica del art. 92.3 CE y/o a los títulos competenciales del Estado implicados en la materia: el art. 149.1.18 CE (para los locales) y el art. 149.1.1 CE (para los de ámbito catalán; título que por cierto no se menciona en el FJ 69). En cambio, seguramente no ha sido decisivo para el sentido de la resolución del Tribunal la calificación como *exclusiva* de la competencia sobre consultas –si atendemos al hecho de que la misma Sentencia quita valor a esta calificación, como recuerda el mismo FJ 69 remitiendo a otros fundamentos jurídicos.² Veámoslo más detenidamente.

a) De entrada, tener que deducir la competencia de la Generalitat sobre referéndum de un inciso residual, en lugar de mencionarlo expresamente, no obedece a la mejor técnica jurídica posible, vista la entidad que tiene esta institución y sus diferencias de naturaleza jurídica respecto a las citadas expresamente (modalidad de democracia directa/de democracia participativa). Parece que el legislador estatutario, tanto en el art. 122 EAC (en sede de competencias) como en el art. 29.6 EAC (en sede de derechos: el derecho a promover la convocatoria de consultas populares –sobre el cual, por cierto, el Tribunal no dice nada–), está pensando en esta figura, como lo acreditan los debates, y lo confirma la aprobación a continuación de la Ley 4/2010, de Consultas Populares por la Vía de Referéndum, por el legislador catalán ordinario. Sin embargo, el estatuyente no se atreve a incorporarla directamente y usa estas fórmulas elípticas, que no han servido para esconder el problema ni a los recurrentes ni al propio Tribunal.

b) El Tribunal se basa en la doctrina ya establecida en la STC 103/2008. En esta Sentencia se declara inconstitucional la ley vasca que re-

2. Tenemos un precedente a considerar: el Estatuto catalán de 1979 disponía de una competencia compartida de la Generalitat sobre consultas populares con relación sólo a los municipios, donde se hacía remisión expresa a las leyes y competencias estatales implicadas. Y el no mencionar explícitamente el referéndum no impidió legislar acerca del referéndum local: «Corresponde a la Generalitat el desarrollo legislativo del sistema de consultas populares municipales en el ámbito de Cataluña, de conformidad con lo que dispongan las Leyes a que se refiere el apartado 3 del artículo 92 y el número 18 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, correspondiendo al Estado la autorización de su convocatoria» (art. 10.2).

gulaba la consulta sobre el derecho a decidir, sobre la base de tres tipos de fundamentos (competencial, sustantivo y de procedimiento). Atendiendo ahora al primero, se dice que la ley no encuentra soporte en ningún título competencial expreso del Estatuto del País Vasco (donde efectivamente no se habla de consultas) y que vulnera el art. 149.1.32 CE. Se podría deducir de la Sentencia, por el contrario, que cuando haya un título competencial que prevea las consultas populares sería conforme con la Constitución (en el caso vasco había otras causas de inconstitucionalidad de tipo sustantivo). Y añade que «solo pueden convocarse y celebrarse los referendos que **expresamente** estén previstos en las normas del Estado, incluidos los Estatutos de Autonomía, de conformidad con la Constitución» (FJ 3, negrita añadida). Como sabemos, el Estatuto catalán de 2006 es ambivalente: prevé la competencia sobre consultas populares en sentido amplio, pero no menciona expresamente el referéndum entre las especies de consultas (tampoco lo excluye como, en cambio, hace el artículo equivalente del Estatuto de Andalucía de 2007, art. 78, y el de Aragón, art. 71.27). Tampoco la Ley Orgánica de 1980 dice nada sobre el referéndum autonómico (en el caso del referéndum municipal, no lo regula pero la Disposición adicional remite a la legislación de régimen local, donde sí que se hace).

c) La Sentencia 31/2010, cuando se refiere a reservas específicas de ley orgánica para regular los referéndums,³ habla de la Ley Orgánica 2/1980 como «la única ley constitucionalmente adecuada» y parece desprenderse de eso que si la Generalitat no es competente para la regulación de «la entera disciplina» del referéndum esta tarea compete al Estado. Sin embargo, si tomamos en consideración el alcance de estas reservas de ley, la ley orgánica de desarrollo de un derecho fundamental no agota toda la legislación de la materia. De la misma manera que la LOREG no excluye la posibilidad de leyes electorales autonómicas, tampoco la LO 2/1980 tiene por qué impedir la legislación autonómica sobre el referéndum, siempre que haya base competencial. Tampoco se llega a una conclusión diferente si se tiene en cuenta la competencia del Estado en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1 CE), que no cierra el paso a la legislación autonómica sobre derechos.

3. El Estatuto, aprobado como ley orgánica, no podría satisfacer las reservas mencionadas: puede *prever* el referéndum pero no *regular* el régimen jurídico, de acuerdo con lo que se reitera en otras partes de la Sentencia en relación con las reservas de leyes estatales específicas, como la LOPJ o la LOFCA.

En el caso concreto de la reserva de la ley de las distintas modalidades de referéndum del art. 92.3 CE, se centra en las «previstas en esta Constitución». Entre los referéndums previstos en la Constitución no están ni los autonómicos ni los locales. Sí que encontramos, en cambio, el referéndum de reforma estatutaria (art. 152.2 CE). Y, en relación con este, la Sentencia que ahora se comenta, cuando juzga la constitucionalidad de los preceptos sobre la convocatoria de referéndum por la Generalitat (arts. 222 y 223 del Estatuto), hace referencia a lo que pasaría si algún Estatuto de Autonomía de una Comunidad Autónoma diferente de las del art. 151 CE previera el referéndum de reforma de su Estatuto, a partir de la habilitación para regular el procedimiento de reforma que hace el art. 147.3 CE (cosa que, por cierto, ya pasa en los nuevos Estatutos de la Comunitat Valenciana y Aragón). En este caso, afirma la Sentencia, «se trataría entonces de una modalidad de referéndum distinta a las contempladas en la Constitución y, por tanto, si bien no podría celebrarse sin sujeción a los procedimientos y formalidades más elementales de cuantos se regulan en la Ley Orgánica 2/1980, sí cabría excepcionar 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). Si pasa eso con los referéndums de reforma estatutaria no previstos por la Constitución, ¿no se podría decir lo mismo de los referéndums autonómicos? Parece incoherente por parte de la Sentencia afirmar, por un lado, que la única ley competente para regular el referéndum es hoy por hoy la Ley Orgánica de 1980 (FJ 69) y, por otro, admitir la posibilidad de excepcionar la aplicación de los elementos menos relevantes del régimen jurídico del referéndum previsto en dicha ley orgánica a las otras regulaciones no previstas en la Constitución (FJ 147). Se puede entender, por lo tanto, que las Comunidades Autónomas pueden prever el referéndum en el Estatuto y regularlo las leyes autonómicas, respetando la reserva de ley orgánica del art. 81 CE, dado que se estaría desarrollando un aspecto concreto de un derecho fundamental, el derecho de participación directa.

4.

De acuerdo con la literalidad de la Sentencia, la Generalitat ahora no tiene competencia para regular ningún referéndum (excepto el de reforma estatutaria), ni en el ámbito catalán ni en el local. Sin embargo, como veíamos, la Sentencia no anula el precepto, sino que hace una interpretación conforme. En este sentido, el Tribunal no precisa qué pasa con el referéndum local, previsto

en la LRBRL⁴ por remisión de la LO 2/1980. Se puede interpretar que este ya tiene, pues, cobertura normativa y que el legislador catalán puede legislar sobre consultas locales de tipo referendario desarrollando las bases contenidas en la Ley de Bases de Régimen Local. De ese modo se podría salvar parte de la Ley 4/2010, de Consultas Populares por la Vía de Referéndum, que incluye tanto el referéndum autonómico como el municipal, respetando el contenido de las reservas normativas mencionadas (como expresamente declara el preámbulo). Otra cosa es lo que pasa con el referéndum autonómico: a la luz de la Sentencia, queda sin ninguna cobertura competencial.

Se ha señalado, como vía para superar la situación, la incorporación de una disposición adicional a la LO 2/1980 que excluyera la aplicación de esta ley a los referéndums autonómicos, como la que ya hay con respecto a los referéndums locales, y que dejara claro que pueden ser regulados por ley autonómica.⁵ Pero hay una diferencia con respecto a la situación de los referéndums locales anterior a la entrada en vigor del Estatuto de 2006: estos están previstos en la LRBRL. Por lo que quizás sería mejor incorporar en el texto de la LO 2/1980 algún artículo relativo a los referéndums autonómicos, con lo cual se les aplicaría el marco normativo general que esta ley establece, al que se tendría que someter la legislación autonómica reguladora de las consultas populares por vía de referéndum.

Al final será el Tribunal Constitucional el que decidirá sobre la constitucionalidad de la Ley 4/2010, ya que el gobierno del Estado ha acordado pedir al presidente del Gobierno la interposición de un recurso de inconstitucionalidad (Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de diciembre de 2010). Mientras tanto, el nuevo presidente de la Generalitat se ha pronunciado a favor de modificar la ley de consultas, con el fin de facilitar la participación ciudadana sin necesidad de intervención de los poderes públicos estatales (Discurso de Investidura, 20 de diciembre de 2010).

4. De hecho, el art. 71 de la LRBRL empieza diciendo, con respecto a las consultas municipales: «De conformidad con la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuando tenga ésta competencia estatutariamente atribuida para ello...».

5. Véase el comentario de Esther Martín en este número extraordinario de la RCDP sobre la Sentencia del Estatuto y también el *Informe* sobre la STC sobre el EAC elaborado por un grupo de expertos por encargo del presidente de la Generalitat, p. 29.

COMENTARIO A LA SENTENCIA SOBRE EL ESTATUTO. COMPETENCIA EN MATERIA DE CONSULTAS POPULARES (ART. 122)

Esther Martín Núñez*

El artículo 122 EAC reconoce 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 CE.

La STC 31/2010, de 28 de junio, avala, en su fundamento jurídico 69, la constitucionalidad del precepto estatutario pero con una interpretación marcadamente restrictiva, pues la excepción en él contemplada no se ciñe exclusivamente a la autorización de la convocatoria sino que se extiende a la institución del referéndum «en su integridad». Ello comporta, como veremos, vaciar de contenido el precepto estatutario. El Tribunal advierte que el referéndum es un tipo de consulta popular en la que su autorización, establecimiento y regulación corresponde únicamente al Estado, mientras que el régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria de las consultas en las que se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualquier asunto de interés público son competencia de la Generalitat. De este modo niega en la competencia autonómica la posible inclusión del referéndum como instrumento de consulta popular, exclusión que se justifica además en la inadecuación del Estatuto como sede normativa adecuada para establecer regulaciones reservadas a las leyes orgánicas. Así, con cita de la STC 103/2008, se nos dice que «la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, es la llamada por el art. 92.3 CE para regular las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución, siendo además la única ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de otra reserva, añadida a la competencial del art. 149.1.32 CE: la genérica del art. 81 CE para el desarrollo de los derechos

* Esther Martín Núñez, profesora titular de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona. Este comentario se inserta en las actividades del proyecto de investigación «Estado autonómico y democracia: los derechos de participación en los estatutos de autonomía» (MCI, DER 2009-12921).

fundamentales, en este caso el derecho de participación política reconocido por el art. 23 CE» (FJ 3).

Esta interpretación conforme que realiza la STC del precepto impugnado nos lleva a realizar una serie de consideraciones respecto a tres cuestiones: 1. la dimensión institucional del referéndum, 2. la competencia de la Generalitat para regular el referéndum y la autorización del Estado para su convocatoria y 3. los límites derivados de la reserva de ley orgánica.

1. La dimensión institucional del referéndum

El propio concepto de autonomía que deriva de la Constitución comporta la capacidad de las Comunidades Autónomas para configurar sus propias instituciones, aspecto esencial que debe ser previsto en los respectivos Estatutos (art. 147.2.c CE) y que ha configurado el sistema autonómico desde sus inicios. La potestad de autoorganización de las Comunidades es algo que no ofrece dudas y que permite no sólo la configuración particular que pueda tener el Parlamento o el Gobierno, como prevé expresamente el art. 152 CE, sino que también permite crear, organizar y regular las instituciones autónomas propias que canalizan la acción política de la Comunidad Autónoma, en muchas ocasiones con una configuración paralela a la estatal (Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas, etc.) y avaladas por la doctrina del Tribunal Constitucional.¹ El referéndum como instrumento de participación política directa de los ciudadanos –que implica el ejercicio de un derecho fundamental– tiene también una dimensión institucional, que, de acuerdo con la forma de gobierno basada en una democracia representativa diseñada por la Constitución para las CCAA (art. 152 CE) y reiterada por el EAC, opera de forma complementaria al funcionamiento ordinario de las instituciones representativas. Es en este sentido y en el marco del art. 152.1 CE –que determina las instituciones básicas de las Comunidades Autónomas– que las consultas por vía de referéndum pueden integrarse también en el ámbito de la autonomía institucional que habilita a la Generalitat para la organización de sus instituciones de autogobierno.

1. Así, en la STC 247/2007 se afirma que «[...] los Estatutos [...] 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 autonómicos, tanto en su dimensión material como organizativa, y a las relaciones de dichos poderes e instituciones con los restantes poderes públicos estatales y autonómicos, de un lado, y con los ciudadanos de otro» (FJ 12).

2. La competencia de la Generalitat para regular el referéndum y la autorización del Estado para su convocatoria

El art. 122 EAC atribuye a la Generalitat la competencia para regular y realizar las diversas formas de participación de los ciudadanos en las decisiones que las instituciones adopten en el ámbito de sus competencias, y lo hace de una forma sumamente amplia ya que, por un lado, enumera diferentes medios que pueden servir a este objetivo –encuestas, audiencias públicas, foros de participación– en una lista de carácter abierto y, por otro, comprende todas las funciones y potestades que se pueden actuar (régimen jurídico, modalidades, procedimientos, realización, convocatoria). Ciertamente en el precepto estatutario no se menciona expresamente el referéndum, pero la puntualización que realiza de que dichas potestades pueden realizarse salvando lo que dispone el art. 149.1.32 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en «la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum», parecía indicar que el ámbito material de la competencia autonómica incorporaba el referéndum en el sentido constitucional, es decir, como una especie del género «consulta popular», tal como había sido configurado por el Tribunal. Ciertamente la técnica de distribución que utiliza el precepto constitucional no se corresponde con las categorías generales que rigen la división de competencias y que pivotan en general sobre los conceptos de legislación y ejecución, sino que opera como mecanismo de garantía de la unidad política, porque permite que las Comunidades Autónomas desplieguen todas sus potestades legislativas y ejecutivas pero reservando la decisión última de realización del referéndum a la autorización del Estado.

La STC 31/2010 viene a negar tal interpretación y argumenta la exclusión del referéndum como materia que pueda ser asumida estatutariamente en la doctrina establecida en la STC 103/2008. Sin embargo, hace una cita muy selectiva de esta. Efectivamente, en esta Sentencia podemos leer que «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 sea éste el cuerpo electoral, cuya vía de manifestación propia es la de los distintos procedimientos electorales, con sus correspondientes garantías». Sin embargo, la reciente Sentencia sobre el Estatuto catalán establece una limitación adicional: la competencia estatal no se limita a la autorización de la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum sino que se extiende «a la entera disciplina de esta institución, esto es, a su establecimiento y regulación».

Ciertamente, la interpretación del art. 122 podía ser efectuada desde una posición maximalista o minimalista siguiendo, precisamente, la propia doctrina constitucional establecida en la STC 103/2008, según la cual hay que diferenciar entre «consultas populares» y «referéndum». En primer lugar, la materia de la competencia puede hacer referencia al género «consultas populares», entre las que se incluyen las diferentes modalidades establecidas en el propio precepto estatutario: encuestas, audiencias públicas y foros de participación –aspectos que no plantean para el Tribunal ninguna duda de inconstitucionalidad.² Pero la cláusula abierta que posibilita regular «cualquier otro instrumento de consulta popular» puede ser entendida en el sentido de incluir el referéndum, salvando la competencia del Estado para autorizar su convocatoria, o en el sentido de excluirlo deliberadamente (interpretación seguida por el TC).³ La opción estatutaria partía de un presupuesto jurídico: identificar el referéndum con las consultas populares que requieren autorización del Estado (art. 149.1.32). El referéndum sería así una «especie» del «género» consulta popular que mantiene unas características propias y diferenciadas de las anteriores modalidades: el llamamiento al cuerpo electoral y el cumplimiento de determinadas garantías jurídicas propias de la legislación electoral a lo largo del procedimiento de la consulta. La competencia del Estado en esta materia quedaría así reservada a la autorización de la convocatoria de las consultas realizadas a través de referéndum, permitiendo que la Generalitat pueda regular la iniciativa y el procedimiento previo a la convocatoria. Sin embargo, el Tribunal rechaza esta lectura del precepto en tanto que la excepción que contiene el precepto estatutario «no puede limitarse a la autorización estatal para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, sino que ha de extenderse a la entera disciplina de esta institución, esto es, su establecimiento y regulación»,⁴ apartándose de su doctrina anterior (STC 103/2008, FJ 3) en la que se declaraba inconstitucional

2. Sin embargo, con relación a estos tipos de consultas populares que se encuentran expresamente previstas en el art. 122 EAC, la Sentencia destaca que se deben circunscribir al ámbito de las competencias autonómicas y locales, por lo cual «se evidencia que no puede haber afectación alguna del ámbito competencial privativo del Estado».

3. El Tribunal Constitucional destaca que los recurrentes parten de la idea de que no es posible diferenciar, como hace el precepto estatutario, entre «consultas populares» y «referéndum», y recuerda la STC 103/2008, en la que se señala que «el referéndum es [...] una especie del género “consulta popular” [...] cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral».

4. Esta interpretación del precepto supone dejar sin cobertura competencial la reciente Ley 4/2010, de Consultas Populares por Vía de Referéndum, recientemente aprobada por el Parlamento catalán, al menos para los referéndums de ámbito autonómico y cuya constitucionalidad será decidida por el TC en el recurso interpuesto por el presidente del Gobierno.

la ley del parlamento vasco 9/2008, entre otras razones, por la falta de un «título competencial expreso».

3. Los límites derivados de la reserva de ley orgánica

El referéndum es un instrumento de participación política directa de los ciudadanos que implica el ejercicio de un derecho fundamental, el previsto en el art. 23.1 de la Constitución, y, por tanto, su desarrollo legislativo requiere ley orgánica según dispone el art. 81.1 CE. Reserva de ley que debe ser analizada junto a la previsión contemplada en el art. 92.3 CE que exige una ley orgánica para la regulación de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución. Si bien ninguno de estos dos preceptos supone la atribución de un título competencial al Estado central, el examen de los límites derivados de estas reservas debe ser posterior a la delimitación competencial de la materia referéndum. Por ello, el desarrollo legislativo sí que vincula a las Comunidades Autónomas, dado que este desarrollo sólo puede ser efectuado por las Cortes Generales (como ha reconocido el TC en la Sentencia 173/1998, de 23 de julio, señalando que «siendo cierto que la reserva de ley orgánica no supone atribución de título competencial, no lo es menos que, 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» –FJ 7–). Es en este sentido que se debe entender que sólo será vinculante para las Comunidades el contenido de la ley orgánica que implique un desarrollo del derecho de participación, que debe deducirse de los principios de la ley (pues no pueden aplicarse miméticamente todos los requisitos materiales referidos).

En esta ocasión el TC considera que la única norma «constitucionalmente adecuada» para regular referéndums es la Ley Orgánica 2/1980, de Regulación de las Distintas Modalidades de Referéndum, que es la ley llamada por el art. 92.3, que cumple además con la reserva del art. 81 CE para el desarrollo del derecho fundamental de participación. La consideración de sus preceptos como normativa básica –no formalmente, pero sí materialmente– en materia de democracia directa del art. 23.1 CE (como parece que lo entiende el Consejo de Estado en el Dictamen de 2008 sobre la ley vasca de la consulta popular) y de acuerdo con las previsiones del art. 149.1.1 CE comportaría que fueran de aplicación a todos los referéndums como condiciones básicas. Sin embargo, la falta de previsión en la LORMR de 1980 de los posibles referéndums autonómicos no debe ser entendida como una prohibición siempre que exista base compe-

tencial.⁵ Creo que es en este sentido como hay que entender la remisión que hace la Disposición adicional de la Ley Orgánica de 1980, que excluye de su ámbito de aplicación las consultas populares que puedan celebrar los ayuntamientos salvando, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización. La Ley de Bases de Régimen Local, sin tener rango de orgánica y respetando las competencias autonómicas, regula los referéndums consultivos de los ayuntamientos para los asuntos de su competencia y de carácter municipal.

La competencia exclusiva de la Generalitat del art. 122 avalaría en este sentido la posibilidad de regular las consultas populares de ámbito local respetando la competencia estatal establecida en el art. 149.18 CE relativa a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y concretada en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, donde se reconoce la posibilidad de que las Comunidades Autónomas hayan asumido competencias en materia de consultas populares.⁶ Es en este sentido que una reforma de la ley orgánica reguladora del referéndum, que incluyera en la disposición adicional las consultas populares por vía de referéndum que puedan celebrar las Comunidades Autónomas, podría salvar esta interpretación restrictiva adoptada por la Sentencia.

5. De la misma manera que la iniciativa legislativa popular es considerada un mecanismo de participación política directa de los ciudadanos conectando el art. 23.1 (derecho fundamental de participación política) con la previsión del art. 87.3, se exige igualmente una ley orgánica para regular esta institución y esta exigencia constitucional no ha impedido que la mayor parte de Comunidades Autónomas hayan desarrollado la iniciativa legislativa popular, algunas siguiendo de forma prácticamente mimética la regulación que establece la ley orgánica prevista en el art. 87.3, otras con un carácter innovador, pero en ningún caso el hecho de que se trate de un mecanismo de participación política de los ciudadanos como manifestación de un derecho fundamental sometido a reserva de ley orgánica (como lo es el referéndum) ha impedido la regulación legislativa autonómica.

6. La competencia que el art. 122 reconoce a la Generalitat en materia de consultas populares por los entes locales es una nueva competencia. En el anterior Estatuto de 1979 las consultas populares «municipales» se encontraban reguladas en el art. 10.2. En este se atribuía a la Generalitat «el desarrollo legislativo del sistema de consultas populares municipales [...] de conformidad con lo que dispongan las Leyes a las cuales se refiere el apartado 3 del artículo 92 y el número 18 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución». Por lo tanto desaparece ahora la referencia a la ley de referéndum y a la competencia compartida de régimen jurídico de las Administraciones públicas. Esta supresión es debida a que, en el momento de aprobación del Estatuto del 79, no existía la Ley Orgánica Reguladora de las Distintas Modalidades de Referéndum y fue posteriormente la propia ley la que excluyó de su ámbito de aplicación las consultas municipales.