

COMPETÈNCIES DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA SOBRE REGULACIÓ I CONVOCATÒRIA DE CONSULTES POPULARS

Pau Bossacoma i Busquets

Doctorand a l'Àrea de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra

SUMARI: 1. Introducció. – 2. Democràcia participativa com a submodel de democràcia representativa. – 3. Les competències de la Generalitat en la regulació i convocatòria de consultes populars. – 4. L'autorització estatal de les consultes populars per via de referèndum. – 5. Límits materials a les consultes de caire sobiranista: comentari de la inconstitucionalitat material de la Llei basca 9/2008. – 6. Les competències de la Generalitat sobre consultes populars "en l'àmbit de llurs competències". – *Resum-Resumen-Abstract.*

1. Introducció

Els objectius d'aquest treball són múltiples: (1) Presentar una breu evolució i classificació de les democràcies per tal d'observar que les consultes populars i/o els referèndums cal entendre'ls dins el paradigma de la democràcia liberal representativa. (2) Mostrar com nombroses federacions democràtiques occidentals admeten diferents mecanismes de participació sobretot en els nivells subestats de govern. (3) Abordar la distribució competencial entre Estat i Generalitat tant pel que fa a les consultes populars referendàries com per a les no referendàries. (4) Tractar l'acte estatal d'autorització de les consultes referendàries de l'art. 149.1.32 CE. (5) Explorar la inconstitucionalitat

Article rebut el 05/09/2011; acceptat el 07/02/2012.

Agraïm sincerament els consells dels doctors Antoni Bayona i Rocamora, Enric Argullol i Murgadas, Carles Viver i Pi-Sunyer, Mercè Corretja Torrens, Hèctor López Bofill i dels avaluadors anònims de l'IEA.

material de certes consultes amb motiu d'un pretès exercici del dret a l'autodeterminació i, en sintonia amb els debats actuals, exposar com la Generalitat podria formular una consulta popular de caire sobiranista o per un nou pacte fiscal respectuosa amb l'ordenament constitucional espanyol.

2. Democràcia participativa com a submodel de democràcia representativa

Durant el naixement dels estats liberals moderns, els debats entre democràcia representativa i democràcia directa es plantegen com a antagònics i irreconciliables. Les democràcies antigues, generalment les gregues es consideren les pioneres, són democràcies eminentment directes i totalitzants en les quals l'assemblea de ciutadans plenipotenciària delibera reunida públicament, aprova les lleis, escull d'entre els seus membres sons magistrats i jutges (sovint per sorteig obligatori i eludint un principi d'especialització) i frueix de formidables competències de control d'aquests càrrecs polítics (recordem la institució de l'ostracisme).¹ Aristòtil, bon coneixedor d'aquestes constitucions democràtiques, es postula tímidament en favor d'una constitució mixta entre la democràcia i l'aristocràcia. L'autor, influenciat en bona mesura per les objeccions platòniques a l'igualitarisme democràtic, inicia un debat en pro d'una concepció diferent de la democràcia que no arriba a quallar fins a la Il·lustració. Aristòtil pretén diferenciar entre la capacitat d'escollir i la d'ésser escollit dels ciutadans en virtut de la seva noblesa, perícia, capacitat intel·lectual i moral.²

El pas pels sistemes de representació dels braços medievals influeix les noves teories liberals i democràtiques florents. Basat en el principi d'especialització i de separació de poders, és durant la Il·lustració que es desenvolupa teòricament un model de democràcia representativa o mediata, concedint als ciutadans la capacitat d'escollir periòdicament els seus representants sense sotmetre aquests darrers a mandat impera-

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

2. Aristòtil, *Política*, Madrid, Alianza Editorial, 2001. Llibre III. Els elements democràtics que podria contenir la constitució d'Aristòtil serien les potestats dels ciutadans de participació en les deliberacions, d'elecció de llurs magistrats i de rendició de comptes d'aquestes magistratures.

tiu. A finals del s. XVII, Locke defensa un estat liberal i de dret que reconegui i empari els drets naturals inalienables de l'home a partir d'una rudimentària separació de poders. Per Locke, la renúncia de la llibertat natural de l'home quan consent el contracte social havia d'implicar que la societat i govern civils sorgits del pacte es regissin per la voluntat de la majoria.³ Tot assentant les bases teòriques de la Gloriosa Revolució anglesa de 1688, Locke defensa que el govern civil hauria d'ésser encaçalat per un Parlament (*Westminster*) que reunís els representants del poble. A mitjan s. XVIII, Montesquieu defensa un sistema moderat amb una separació de poders a partir d'una forma mixta de govern, en el qual els poders i contrapoders reuniran elements monàrquics, aristocràtics i democràtics. Més concretament, a partir de l'elecció dels seus representants, la ciutadania ostentaria part del poder legislatiu amb concurrència amb la cambra nobiliària i el principi monàrquic.⁴ A partir d'aquesta constitució mixta, Montesquieu pretén arribar a un estat liberal i de dret que protegeixi la llibertat dels ciutadans enfront de les ràtzies absolutistes o tiràniques. En aquest sentit, l'estat liberal (basat en les nocions d'estat de dret, drets fonamentals i separació de poders) s'esdevé abans i necessàriament a les democràcies contemporànies. A mitjan s. XIX, J.S. Mill ja defensa un estat liberal basat en un model ben travat de democràcia representativa en bona mesura inspirat pel propi funcionament de *Westminster*.⁵ Diferentment d'aquests, Rousseau es postula en favor d'una república eminentment democràtica i totalitària inspirada en els models de l'antiguitat, defugint els elements liberals defensats per Locke i Montesquieu. Respecte del contracte social, Rousseau conclou que es pot reduir a una sola clàusula: "l'alienació total de cada associat amb tots els seus drets a tota la comunitat", o el que és el mateix, "Cadascun de nosaltres posa en comú la seva persona i el seu poder sota la suprema direcció de la voluntat general; i nosaltres, com a cos, rebem cada membre una part indivisible del tot". Pel que fa als efectes del contracte: "aquest acte d'associació produeix un cos moral i col·lectiu compost de tants membres com vots té l'assemblea".⁶

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

4. Montesquieu, *De l'esperit de les lleis*, Barcelona, Edicions 62, 1983, Llibre onzè: "De les lleis que formen la llibertat política en relació amb la constitució", en especial, pp. 189-190.

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

6. Rousseau, *Del contracte social*, Barcelona, Edicions 62, 1993. Llibre primer, Cap. VI: "Del pacte social".

Si bé és cert que algunes democràcies com les nord-americanes o les suïsses recullen forts elements de participació directa de la ciutadania,⁷ la majoria de democràcies que floreixen a partir del s. XIX es decanten pel model de democràcia liberal representativa sense preveure institucions de participació ciutadana directa. A partir del s. XX, quan la democràcia directa ja havia perdut tota la capacitat d'operar vertaderament com a un model alternatiu a la democràcia representativa,⁸ les democràcies liberals representatives s'inclinen gradualment a favor d'afegir al tronc de la democràcia representativa institucions participatives com el referèndum o el dret d'iniciativa popular (ja sigui legislativa o d'altra naturalesa de disposicions normatives o acords), sense que això impliqués apartar-se del model de democràcia representativa.

La consulta i la iniciativa populars no són institucions pròpies de la democràcia directa, sinó instruments de participació directa de la ciutadania per aproximar representants i representats nascuts en el model de la democràcia liberal representativa.⁹ La noció de referèndum prové de la decisió parlamentària que es dirigeix al ciutadà *ad referendum*. A pesar de la multitud de tipologies i funcions del referèndum, no deixa de ser una forma de votació secreta en la qual es segrega un ciutadà de l'altre en la forma típica de la democràcia liberal, a diferència de l'antiga que era una democràcia que el vot s'expressava normalment de forma col·lectiva i pública (a excepció del procediment d'ostracisme). Dit d'altra manera, tant la votació dels representants electes com la decisió del vot en un referèndum rau en un ciutadà atomitzat. El referèndum, a pesar que pot ésser un pronunciament del cos que en darrera instància ostenta la sobirania popular, és respectuós amb l'estat de dret, la separació de poders i els drets fona-

7. Luciani, M., "Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana", *RCDP*, núm. 37, 2008, p. 170.

8. Aguiar de Luque, L., "Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español", dins de Trujillo, López Guerra, González-Trevijano (dirs.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 68. Respecte el referèndum, el professor Fossas alerta que sovint no ens trobem pròpiament davant d'un mecanisme de democràcia directa *stricto sensu*, ans d'un mecanisme de democràcia semi-directa. Bar, A., De Carreres, F., Carrillo, M., Fossas, E., Montilla, J.A., Torres I., "Encuesta sobre la constitucionalidad del referéndum vasco", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, 2009, p. 29.

9. Luciani, M., "Il referendum...", pp. 158-166. Aguiar de Luque, L., "Democracia directa...", pp. 70-71.

mentals (seguint una lògica ben diferent a la democràcia directa que ja hem notat que tenia unes tendències totalitzants). És a dir, el referèndum no és una expressió directa de sobirania. A més, el referèndum s'insereix en la lògica representativa en algun dels següents punts: (1) sovint el referèndum és a instància dels representants –ja siguin de la majoria governant o de l'oposició–; (2) quan el referèndum és sol·licitat a instància popular, no és infreqüent que un nombre notable de representants necessiti avalar la instància perquè aquest se celebri; (3) finalment, qui interpretarà i materialitzarà el resultat referendari seran els representants. Pel que fa al dret d'iniciativa popular és notori que es tracta d'una concreció del dret de petició col·lectiva que part de la ciutadania dirigeix als representants escollits al qual s'hi vinculen unes obligacions de tramitació i discussió parlamentàries.¹⁰

Vist així, no sembla casual que, durant el s. XX, la conquesta del dret de sufragi universal avanci sovint de la mà de la incorporació d'aquests instituts participatius que permetrien encunyar una nova denominació com 'democràcia participativa', entesa com a forma de democràcia "a mig camí entre la democràcia representativa i la democràcia directa"¹¹ o, filant més prim, 'submodel' de democràcia liberal representativa amb mecanismes que propicien la participació directa de la ciutadania inspirats en el paradigma llunyà de la democràcia antiga.¹² Malgrat la voluntat de la democràcia participativa de reduir el monopoli fàctic de la presa de decisions per la classe política professionalitzada tot fent participar més intensament i extensa a la ciutadania,¹³ aquesta democràcia no es postula com una alternativa al sistema representatiu.

La tendència de les democràcies liberals representatives és la incorporació puixant dels diferents instituts participatius. Les constitucions espanyoles vuitcentistes no contempen el referèndum.¹⁴ Pas-

10. Per a distingir el dret de petició del dret d'iniciativa legislativa popular: COLOM, B., *El derecho de petición*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 37-38.

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

12. Definició pròpia inspirada en Luciani, M., "Il referendum...".

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

14. *Ibid.*, p. 78.

sada la I Guerra Mundial, la Constitució de Weimar de 1919,¹⁵ a més de les noves constitucions austríaca, irlandesa i txecoslovaca,¹⁶ anticipen la recepció del referèndum i el plebiscit a la Constitució espanyola de 1931¹⁷ i a l'Estatut Interior de Catalunya de 1933.¹⁸ Després de la II Guerra Mundial, entre d'altres, la Constitució italiana de 1948 continuaria fent via vers la democràcia participativa, demostrant que el referèndum encaixa plenament amb la democràcia liberal representativa.¹⁹

15. En relació amb els referèndums i plebiscits, *vid.* arts. 18, 43, 73-6, 167 de la Constitució de Weimar.

16. Aguiar de Luque, L., "Democracia directa...", p. 71.

17. L'art. 66.1 Constitució de 1931 preveu un referèndum estatal l'objecte del qual eren "les lleis votades per les Corts" quan ho sol·liciti un 15% de l'electorat. Tanmateix, no és finalment desenvolupat per llei. L'art. 66.3 estableix el dret d'iniciativa legislativa popular quan ho sol·liciti un 15% de l'electorat. Finalment, no prosperaria el referèndum arbitral inspirat en l'art. 43 de la Constitució de Weimar inclòs en el projecte de la Comissió Parlamentària. Els únics referèndums que es celebren són els "plebiscits" regionals per a l'aprovació dels Estatuts tal com indica l'art. 12.b de la Constitució de 1931. Pérez Sola, N., *La regulación constitucional del referéndum*, Jaén, Universidad de Jaén, 1994, pp. 15-18. Paga la pena a recordar que en la Dictadura de Primo de Rivera es promulga l'Estatut Municipal de 1924 que regula "àmpliament" les consultes populars municipals (després reemplaçat per la Llei Municipal republicana de 1935, la qual regula el referèndum local de forma més "restrictiva"). *Vid.* Font, T., "El Referéndum Local en España", *Autonomías* 2-3, 1985, pp. 123-124.

18. Sens perjudici del referèndum de reforma estatutària regulat a l'art. 18 de l'Estatut Exterior de Catalunya de 1932, els arts. 33.3 i 34 de l'Estatut Interior de Catalunya de 1933 regulen el referèndum popular de dissolució parlamentària. El professor Castellà ens diu que el referèndum popular per decidir la dissolució del Parlament català serà a iniciativa d'un 20% dels electors inscrits. Després, aquest referèndum serà vàlid si és aprovat per majoria dels votants amb un mínim del 40% de participació exigida. Castellà, J.M., "Las consultas populares en la Sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña", dins de *Estudios sobre la Sentencia 31/2010*, URJC i IDP, 2011, pp. 204-205. Castellà no esmenta que el President de la Generalitat també està dotat del poder d'iniciativa referendària de la mateixa manera que el 20% dels electors inscrits: "Art. 34. Per ésser sotmesa a referèndum la proposta de dissolució del Parlament català, haurà de fer-la el President de la Generalitat o el 20 per 100 dels electors inscrits, (...)". En favor de Castellà val a dir que la convocatòria presidencial del referèndum respondria a un supòsit excepcional puix que: (1) el President és elegit pel Parlament ex. art. 39, (2) el President perdria aquesta condició quan perdria la confiança parlamentària ex art. 41, i, (3) si el referèndum fos refusat, el President quedaria automàticament dimitit. A nivell local, la Llei Municipal de Catalunya de 1933 conté "la regulació més completa del referèndum municipal (a Espanya) i d'altres institucions pròximes a aquest". *Vid.* Font, T., "El Referéndum Local en España", pp. 123-124.

19. L'art. 75 de la Constitució italiana recull el 'referèndum abrogatiu' de lleis que inspiraria l'art. 85 de l'Avantprojecte de la CE. També és destacable el 'referèndum constitucional' de l'art. 138.

La Constitució espanyola de 1978 (CE) opta per un model de democràcia participativa si ens fixem en els seus articles més genèrics (*ad ex.* arts. 9.2 i 23.1 CE). Quan ens deturem en la regulació més concreta de les consultes i el dret d'iniciativa legislativa populars, podem observar notables reticències, sobretot respecte de les primeres. A tall d'exemple, l'art. 92 CE atribueix un caràcter no vinculant a les consultes referendàries relatives a *decisiones polítiques d'especial transcendència*, substituint el referèndum *abrogatiu* de lleis de l'art. 85 de l'Avantprojecte de CE (tant de les lleis sancionades com de les no sancionades –*vet plebiscitari*–).²⁰ Un altre exemple es positiva a l'art. 149.1.32 CE reservant la competència exclusiva a l'Estat per a l'autorització de les consultes populars per via de referèndum. En favor dels temors i les reticències dels constituents envers aquestes institucions participatives hom pot al·legar com a mínim dos bons arguments: (1) En aquells moments calia centrar-se en la tasca immediata d'institucionalització dels principis fonamentals de la democràcia liberal representativa (*i.e.* separació de poders, respecte als drets fonamentals i normalització dels partits polítics), tot restringint els mecanismes de participació directa de la ciutadania que poguessin distorsionar-ne la consolidació. (2) Els antecedents franquistes enterbolien la institució referendària puix que intentaren legitimar de forma constitucional i aparentment democràtica un règim autoritari.²¹

20. Solé Tura (Grup comunista) fou el precursor de l'actual redacció de l'art. 92 CE presentant una esmena a l'art. 85 de l'Avantprojecte (obté el suport dels grups parlamentaris socialista, centrista i nacionalista aprovant-se per 33 vots a favor i 2 en contra). Solé Tura argumenta: (1) en favor de la doctrina de la sobirania parlamentària, (2) el respecte a la *partitocràcia* i (3) prenent l'argument de Roca Junyent, segons el qual el referèndum abrogatiu es manté indirectament a partir de la Iniciativa Legislativa Popular –ILP– i els efectes *lex posterior derogat legi priori* –sent aquest darrer una possibilitat legislativa constructiva i no merament destructiva–. Fraga Iribarne (Grup d'Aliança Popular) oposa que: (1) la voluntat de la CE no és establir una sobirania parlamentària, (2) els referèndums i les ILP són un bon contrapoder al futur monopoli dels partits polítics, (3) dins la democràcia representativa hi ha d'haver un equilibri correcte amb els elements de democràcia directa i semi-directa. Diari de Sessions del Congrés dels Diputats núm. 81 de 6.VI.1978, pp. 2936-2946.

21. Emparant-se en la Llei de Referèndum Nacional de 1945 es celebraren tres referèndums durant la Dictadura franquista: El primer, celebrat el 6.VII.1947 per a l'aprovació de les cinc primeres Lleis Fonamentals aprovada amb una majoria del 92,94%. El segon, celebrat el 12.XII.1966 per a l'aprovació de dues noves Lleis Fonamentals i la modificació parcial de les anteriors amb una majoria del 95,86%. El tercer, celebrat el 15.XII.1977 per aprovar la vuitena Llei Fonamental (Llei per a la Reforma Política) amb una majoria del 94%. Pérez Sola, N., *La regulación constitucional del referéndum*, Jaén, Universidad de Jaén, 1994, pp. 18-21.

El Tribunal Constitucional espanyol (TC) es decanta continuadament en favor d'una interpretació sorprenentment restrictiva de la regulació i exercici dels mecanismes de participació directa de la ciutadania. Heus ací, el TC ha proclamat que: "Y aun si se admitiera que la Ley puede ampliar los casos de participación directa, los supuestos habrían de ser, en todo caso, excepcionales en un régimen de democracia representativa como el instaurado por nuestra Constitución, en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa".²² En el mateix sentit: "(...) normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo".²³ El TC es reafirma en aquesta interpretació restrictiva en els darrers anys.²⁴ El TC motiva recurrentment aquesta interpretació a partir de l'art. 1.3 CE que instaura la monarquia parlamentària com a forma de govern de l'Estat espanyol.

A continuació expressarem dues crítiques a aquesta línia jurisprudencial. La primera crítica és eminentment conceptual. La interpretació restrictiva del TC és tributària de sa jurisprudència que considera els referèndums, el dret d'iniciativa (legislativa) popular i el règim de consell obert formes de democràcia directa.²⁵ Tal com ja hem exposat, les institucions participatives com les consultes populars i el dret d'iniciativa popular no són institucions pròpies i provinents de les antigues democràcies directes (ni són pròpiament mecanismes de democràcia semi-directa), sinó institucions pròpies de la democràcia representativa que no poden comprendre's deslligades d'aquest model de democràcia.²⁶ *Ergo*, l'apel·lació a la monarquia parlamentària de l'art. 1.3 CE per restringir aquests darrers mecanismes de participació directa és desencertada. La segona crítica és eminentment hermenèutica. En els moments presents la jurisprudència constitucional

22. STC 76/1994, FJ 3r.

23. STC 119/1995, FJ 3r.

24. STC 103/2008, FJ 2n.

25. STC 119/1995, FJ 3r.

26. Singularment, els règims de consell obert dels petits municipis presenten un lligam més clar amb el paradigma democràtic antic. No obstant això, no podem oblidar l'excepcionalitat d'aquest règim municipal com a mer residu històric. Àdhuc, aquests 'micromunicipis' només ostenten una limitada autonomia jurídicopolítica (no sobirania) sotmesa tothora a les lleis estatals i autonòmiques fruit de models democràtics representatius.

hauria de virar vers una interpretació expansiva dels drets de participació directa de la ciutadania (*principi pro participació*), degut a la consolidació dels principis fonamentals de la democràcia liberal representativa (separació de poders, respecte als drets fonamentals i normalització del sistema de partits –inclús una ‘partitocràcia’ sobredimensionada–) i mitigats els perills plebiscitaris que ens recordava l’experiència franquista (reduït el perill de manipulació dels resultats, augmentada la formació i cultura política de la ciutadania respecte del moment constituent i assegurat el principi de respecte del pluralisme polític).²⁷

Abans d’entrar en la distribució competencial de l’Estat Autònom, veurem breument el panorama comparat. Aquest dret comparat en relació amb altres estats políticament descentralitzats ens servirà per reforçar la necessitat que el TC usi una hermenèutica propensa a interpretar flexiblement la possibilitat de les Comunitats Autònomes (CCAA) de regular i convocar referèndums autonòmics. En un recent estudi sobre la distribució territorial del poder en els estats políticament descentralitzats,²⁸ una de les preguntes que es formula als professors enquestats és si els estats (o regions) de la seva respectiva federació (o estat regional) poden sotmetre lliurement referèndums o consultes populars de caràcter polític i/o legislatiu.²⁹ A continuació, veurem breument la majoria de les respostes d’aquests professors. Als EUA, els estats frueixen de competències per regular i celebrar referèndums i consultes a diferència de la Federació.³⁰ Al Canadà, tot i que la jurisprudència històrica del *Privy Council* no admet el referèndum vinculant en cap nivell de

27. Aguiar de Luque, L., “Democràcia directa...”, pp. 73-74.

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

29. Alertem que, seguint l’enquesta suara mencionada, fem especial referència al pla estatal (en el cas de les Federacions) i en el pla subestatal (pels casos d’estats regionals). A nivell federal, els mecanismes de democràcia directa o semi-directa sovint són més restringits (*ad ex.* a nivell federal als EUA, al Canadà, al RU, a Alemanya). En el mateix sentit: “En els estats federals, les figures participatives solen tenir un major protagonisme en les esferes de govern subnacionals (els EUA i Alemanya com a exemples paradigmàtics).” Castellà, J.M., “Las consultas populares ...”, p. 203.

30. Als EUA, a nivell estatal, els mecanismes de participació directa estan molt desenvolupats. A tall d’exemple, a múltiples estats es permet convertir peticions directament en lleis o fer cessar càrrecs electes per mitjà de la votació particular.

poder,³¹ les províncies (els estats) tenen la capacitat de promoure referèndums i consultes populars en qualsevol matèria. A la *Commonwealth* d'Austràlia, els estats poden convocar referèndums o consultes (vinculants o no) lliurement sense la intervenció de la Federació.³² A Mèxic, els estats poden establir i regular els seus propis mecanismes de participació directa (sense la intervenció de la Federació) com el plebiscit, el referèndum i la iniciativa popular, sense més limitacions que l'exercici en el seu àmbit de competències. A l'Argentina, es reconeix la regulació i l'exercici dels mecanismes de participació directa per part dels estats provincials sense la intervenció de la Federació, sens perjudici dels límits materials amb relació a certes matèries.³³ Al Regne Unit, malgrat que els governs retornats (*devolved governments*) no frueixin de cap competència expressa en aquest sentit, sembla que tampoc tindrien cap impediment per convocar-ne.³⁴ A Alemanya, els *länder* (estats) poden regular i convocar referèndums en els seus àmbits de competència d'acord amb les seves constitucions respectives. A Àustria, degut a la manca de reconeixement explícit d'aital competència a la Constitució federal, el reconeixement dependrà de les constitucions estatals, podent els *länder* regular i convocar els seus propis referèndums i consultes.³⁵ A la Confederació suïssa, els cantons (estats) són completament lliures d'establir els seus propis sistemes més o menys basats en la par-

31. La jurisprudència de 1912 del Comitè Judicial de *Privy Council* no permet que els titulars del poder polític abdicar de les seves funcions encara que sigui per delegar-les per una qüestió concreta al poble. Aquesta visió és coherent amb el seu moment històric. El professor Woehrling (enquestat) comenta que possiblement la Cort Suprema resoldria diferentment en l'actualitat. La doctrina del *Privy Council* d'antany era coherent amb el seu moment històric i la doctrina de la Sobirania Parlamentària de *Westminster*.

32. A Austràlia existeixen límits formals com ara la prohibició de celebració d'un referèndum estatal al mateix jorn de les eleccions federals o límits materials com serien la reforma constitucional.

33. A l'Argentina la reforma constitucional i la matèria tributària es consideren límits materials.

34. Al Regne Unit es reconeixeria com una competència implícita. A tall d'exemple, la competència escocesa per convocar referèndums no sembla controvertida més enllà dels límits materials i les conseqüències jurídiques de la pregunta. *Vid.* Govern escocès, *Your Scotland, Your Referendum*: <http://www.scotland.gov.uk/Publications/2012/01/1006>.

35. A Àustria, existeixen límits materials imposats per la jurisprudència constitucional. Aquesta jurisprudència alerta que no es poden imposar formes radicals de democràcia directa, ja que la democràcia representativa es considera la forma ordinària en la que es manifesta el principi democràtic.

ticipació directa.³⁶ A Itàlia, segons l'art. 123 de la Constitució, s'admet el referèndum regional sobre lleis i disposicions administratives regionals segons disposin els estatuts regionals.³⁷

En conclusió, el TC hauria d'admetre la constitucionalitat de la voluntat de caminar cap a una democràcia més participativa tenint present que: (1) El referèndum i el dret d'iniciativa popular són institucions pròpies –encara que no necessàries– de la democràcia liberal representativa. (2) Els suposats temors del constituent i TC espanyols envers els referèndums i les consultes haurien d'anar dissipant-se en la mesura que la democràcia liberal representativa es consolida en el temps. En aquest sentit, la separació dels poders, el respecte als drets fonamentals i el sistema de partits ja s'ha consolidat innegablement a l'Estat espanyol. (3) La breu passejada pels senders del dret comparat hauria de matisar els recels cap als instituts de participació directa de la ciutadania –sobretot respecte dels nivells infrafederals de poder–. Copsant els dos darrers punts, les normes constitucionals haurien d'interpretar-se, manllevant el criteri del Tribunal Europeu de Drets Humans, a la llum de les circumstàncies actuals (*in the light of the present day conditions*) tot observant-se l'evolució de les doctrines constitucionals de les demés democràcies liberals occidentals (*common ground*).

3. Les competències de la Generalitat en la regulació i convocatòria de consultes populars

La primera Sentència del Tribunal Constitucional (STC) que definirà consulta popular referendària i que tractarà els referèndums autonòmics de manera directa i principal serà la STC 103/2008, que declararà inconstitucional la Llei basca 9/2008. Aquesta Llei 9/2008 cal emmarcar-la dins els coneguts Plans Ibarretxe. Aquest emmarcament dels antecedents fàctics de la STC 103/2008 els veurem detingudament amb posterioritat quan tractem la inconstitucionalitat material de

36. A Suïssa, tots els cantons (estats) reconeixen mecanismes de participació política directa.

37. Després de la profunda reforma constitucional del Títol Vè de la Constitució italiana sobre l'organització territorial de l'Estat, els Estatuts regionals ja no estan sotmesos a l'aprovació per part de l'Estat, ans estan merament subjectes al control de constitucionalitat de la Cort Constitucional.

certes consultes de caire sobiranista. En aquest apartat estudiarem la distribució competencial sense fixar-nos en cap objecte concret d'una pregunta. L'art. 149.1.32 CE atribueix la competència exclusiva a l'Estat en matèria "d'autorització per a la convocatòria de consultes populars per via de referèndum". Malgrat que la CE no defineix el concepte de consulta popular per via de referèndum (o el que és el mateix, la CE no defineix el que és un referèndum), es desprèn de l'art. 149.1.32 CE que existeix una categoria general de consultes populars i una categoria concreta de consultes populars que serà per via de referèndum. El TC defineix el referèndum en la STC 103/2008 (FJ 2n) fent caure la consulta de la Llei basca 9/2008 dins l'àmbit competencial estatal de l'art. 149.1.32 CE. El TC diferencia el referèndum de la genèrica consulta popular amb els següents trets:

1. Consulta popular que es refereix al cos electoral.
2. Sempre que la consulta caigui sota la noció de participació política que el propi TC ha donat de l'art. 23.1 CE.
3. A través d'un procediment electoral: a) basat en el cens, b) gestionat per l'Administració electoral i c) assegurat amb les garanties jurisdiccionals específiques.
4. Implícitament el TC es refereix a consultes convocades/organitzades/celebrades per poders públics, però tal requisit no queda expressament formulat.
5. La naturalesa vinculant o merament consultiva de la consulta és un tret contingent.

La pregunta que cal formular-se és si aquests requisits per considerar una consulta com a referèndum són alternatius o acumulatius. La STC 103/2008 aboca clarament a una naturalesa acumulativa d'aquests requisits. Conseqüentment, si en una consulta popular hi manquen qualsevol d'aquests requisits ja no ens trobarem en seu de consulta en via referendària de l'art. 149.1.32 CE.

La STC 103/2008 estableix expressament com un dels elements definidors del referèndum que la consulta sigui expressió de la participació política de l'art. 23.1 CE. "En canvi, no formen part de l'àmbit protegit pel dret fonamental de participació política (...) altres moda-

litats de participació social i administrativa, (...)"³⁸ La jurisprudència del TC defineix la participació política com a expressió de la voluntat del titular de la sobirania (altrament dit, voluntat general dels ciutadans amb dret a sufragi actiu).³⁹ En la participació política de l'art 23.1 CE el TC hi inclou tant les formes de participació directa (les consultes populars referendàries, el dret d'iniciativa legislativa popular i el règim de 'consells oberts') com representativa (en les modalitats de sufragi actiu i de sufragi passiu). El TC exclou la participació administrativa de l'esfera d'influència de l'art. 23 CE perquè no es tracta d'una manifestació de la sobirania popular, malgrat que el precepte es refereix a la participació en els "afers públics". Possiblement aquesta jurisprudència constitucional s'explica per la voluntat d'evitar una allau de recursos d'emparament per raó de vulneracions del dret de participació en els procediments administratius.⁴⁰

Breument esbossada aquesta jurisprudència constitucional, ens qüestionem sobre la necessitat d'excloure les consultes populars no referendàries de la noció de participació política i de l'àmbit de cobertura de l'art. 23 CE. La pregunta ha d'ésser contestada cautelosament. El fet que una consulta no sigui expressió de la participació política de l'art. 23 CE no implica necessàriament trobar-nos davant d'una consulta de naturalesa administrativa. A tall d'exemple, tant una consulta referendària com una de no referendària relacionades amb l'actuació d'un parlament autonòmic difícilment podrien ésser considerades de naturalesa administrativa. Una consulta popular de naturalesa clarament administrativa seria aquella (1) relacionada amb l'exercici d'una potestat administrativa, (2) vinculada a un procediment administratiu i (3) que té per objectiu l'aprovació, modificació o derogació/extinció d'un reglament, acte o contracte administratiu. Ob-

38. Castellà, J.M., "Las consultas populares ...", p. 217.

39. La doctrina jurisprudencial entorn del dret fonamental de l'art. 23 CE es recull a la STC 119/1995. Aquesta és fruit d'un recurs d'emparament per motiu de la manca d'obertura, per part de l'Ajuntament de Barcelona, d'un segon tràmit d'informació pública abans de l'aprovació provisional d'un Pla especial (procediment administratiu urbanístic). En *ratio decidendi*, el TC nega que la participació administrativa caigui dins de l'àmbit de cobertura de l'art. 23 CE.

40. Ara que la reforma de 2007 de la Llei Orgànica del Tribunal Constitucional (LOTIC) ha solucionat en bona mesura el col·lapse de la jurisdicció constitucional que causaven els recursos d'emparament, el TC podria obrir el ventall de fenòmens participatius emparats per l'art. 23.1 CE.

servant la jurisprudència, la consulta popular municipal en relació amb l'elaboració d'un nou pla general urbanístic entendríem que cau plenament en l'àmbit administratiu (STS 23 de setembre 2008).⁴¹ En definitiva, podem trobar-nos amb una consulta popular no referendària que sigui de naturalesa política sense caure forçosament en l'àmbit estricte del dret fonamental de l'art. 23 CE ans en l'esfera més genèrica del principi participatiu de l'art. 9.2 CE. En definitiva, degut a la naturalesa acumulativa dels elements definidors de la consulta referendària, podríem trobar-nos amb una consulta popular no referendària que fos expressió de l'art. 23 CE.

El requisit que es tracti de consultes institucionals convocades/organitzades/celebrades per poders públics no queda expressament recollit en la STC 103/2008, però es pot deduir del fet que qui pretén celebrar la consulta són el Parlament i Govern bascos.⁴² En certa manera, aquest requisit implícit és el que permet jurídicament celebrar les anomenades consultes per la independència en nombrosos municipis catalans.⁴³ En aquest sentit, el Jutjat Contenciós-administratiu núm. 14 de Barcelona suspèn i finalment anul·la l'acord municipal de 4.VI.2009 pel qual l'Ajuntament d'Arenys de Munt autoritza a l'associació "Moviment Arenyenc Per l'Autodeterminació" a utilitzar la Sala Municipal per a realitzar una consulta sobiranista.⁴⁴

La STC 103/2008 disposa la contingència de la naturalesa vinculant o no de la consulta: "La circumstància de que no sea jurídicamen-

41. La STS 23.IX.08 estima un recurs contenciós administratiu (recurs 474/2006) interposat per l'Ajuntament granadí d'Almuñécar contra l'Acord del Consell de Ministres de 01.IX.2006, pel qual es denega a l'Ajuntament recurrent l'autorització per a la celebració d'una consulta popular relativa a l'aprovació inicial del pla general d'ordenació urbanística.

42. Aquesta visió és compartida pel professor Vintró. Opinió defensada oralment durant la seva ponència –no publicada– en el Seminari sobre "La Participació Ciutadana a l'Estat Autònom" de 18.XI.09 organitzat per l'IEA. Es dedueix de la interpretació sistemàtica de la Sentència i de sa remissió a la LOMR.

43. Per un anàlisi empíric de la convocatòria, la participació i l'organització de les consultes sobre la independència, *vid*: Muñoz, J., Guinjoan, M., Vilaregut, R., "Les consultes sobre la independència: context, organització i participació", dins de Parés, M., *Informe sobre l'estat de la democràcia a Catalunya 2010*. Bellaterra: UAB i IGOP, 2010, pp. 197-252.

44. Recurs contenciós administratiu 445/2009 presentat per la Delegació del Govern central al Jutjat Contenciós Administratiu de Barcelona. Coneixerà el recurs el Jutjat Contenciós Administratiu 14 de Barcelona les resolucions que tot seguit es mencionen. La interlocutòria de 3.IX.2009 suspèn l'acord del ple. La interlocutòria de 9.XI.2009 ho confirma. La Sentència 264/2011, de 22 de juliol, disposa finalment l'anul·lació de l'acord del Ple d'Arenys mencionat.

te vinculante resulta de todo punto irrelevante, pues es obvio que el referéndum no se define frente a otras consultas populares por el carácter vinculante de su resultado" (FJ 3r). La naturalesa no vinculant de la consulta regulada a la Llei basca 9/2008 és un argument del Govern basc per eludir la necessitat d'autorització estatal. Aquesta al·legació possiblement s'esdevé del coneixement del dret comparat (en particular, el dret francès) en virtut del qual una diferència entre la consulta referendària i la no referendària dependria de la vinculació.⁴⁵ La naturalesa vinculant implicaria una substitució del representant pel mateix representat, la ciutadania. Malgrat això, el TC no s'entreté per titllar d'irrellevant la vinculació tot eludint de fer esment al dret comparat. A pesar del seu silenci, en favor de la tesi del TC cal reconèixer que el referèndum consultiu de l'art. 92 CE fa la naturalesa vinculant del referèndum un tret contingent de la consulta referendària en l'ordenament constitucional espanyol.⁴⁶

Una vegada analitzada la definició de consulta popular per via referendària ja podem definir una consulta popular no referendària. Una consulta popular no referendària és tot tipus de crida diferent al referèndum feta per un poder públic a un fragment o al conjunt d'una població perquè manifesti la seva opinió sobre una determinada o conjunt determinat de normes, actuacions o polítiques públiques.

Diferenciades ambdues grans tipologies consultives, proposem i tot seguit desenvolupem les nostres tres tesis sobre les competències de la Generalitat sobre la regulació i convocatòria de consultes populars:

1. La competència per a la regulació de les consultes populars per via de referèndum (respectant l'autorització estatal –art. 149.1.32 CE–) hauria d'ésser entesa com una competència compartida entre l'Estat i la Generalitat.

2. La competència per a la regulació (i convocatòria) de les consultes populars per via diferent a la del referèndum és una competència exclusiva de la Generalitat, només apte d'una interferència estatal a partir de l'art. 149.1.18 CE.

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

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

3. La competència de la Generalitat per regular i convocar les consultes populars autonòmiques és una competència implícita, convertida en competència expressa per l'EAC 2006, amb el límit de la competència expressa estatal per a l'autorització de les consultes referendàries.

Per abordar les competències de la Generalitat haurem de prestar atenció a la STC 31/2010 sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya (EAC) del 2006 en la qual el TC reafirma el seu concepte restrictiu de consulta referendària (*i.e.* referèndum) i pretén ésser continuadora dels límits competencials sobre la regulació de les consultes referendàries que estableix en la STC 103/2008. Concretament, la STC 31/2010 accepta la constitucionalitat de l'art. 122 EAC 2006 tot interpretant que la competència exclusiva de la Generalitat que recull aquest precepte no és predicable de les consultes referendàries. Hom apunta que la diferència essencial entre ambdues sentències rau en què la STC 103/2008 reconeix expressament l'estatut d'autonomia com una font normativa vàlida per preveure consultes per via de referèndum, mentre que una interpretació estricta de la STC 31/2010 detrauria la importància de la previsió estatutària.⁴⁷ Malgrat la finesa d'aquesta interpretació, la interpretació que realitzem de la STC 31/2010 és la que dona continuïtat a la STC 103/2008 tot remarcant que les consultes populars referendàries autonòmiques i locals de l'art. 122 EAC no poden considerar-se competència exclusiva del legislador autonòmic. Arrel d'aquesta línia jurisprudencial (SSTC 103/2008 i 31/2010), l'Advocacia de l'Estat presenta un recurs d'inconstitucionalitat en nom del President del Govern espanyol contra els preceptes de la Llei catalana 4/2010 de Consultes Populars per via de Referèndum (en endavant, LCPR) que regulen els referèndums consultius d'àmbit autonòmic (i no en canvi, els preceptes que regulen els referèndums consultius d'àmbit local).⁴⁸

47. Castellà, J.M., "Las consultas populares ...", pp. 221-222. Aquesta interpretació tan acurada que fa l'autor es pot apreciar molt clarament quan la STC 103/2008 diu que l'excepcionalitat del referèndum com a forma de participació política directa implica que no es pugui sostenir en aquesta matèria la competència basada en poders implícits com pretenia el legislador basc de la Llei 9/2008.

48. Recurs d'inconstitucionalitat 8912/2010 admès a tràmit pel TC en data 15.II.2011 (interposat després del fracàs de la via de l'art. 33.2 LOTC). L'Advocacia de l'Estat invoca el 161.2 CE i 30 LOTC perquè es procedeixi a declarar la suspensió de la LCPR. El Ple del TC aixeca la suspensió amb la Interlocutòria de 09.VI.2011. L'advocacia de l'Estat alerta del perill d'una consulta entorn del pacte fiscal o del dret a decidir, tanmateix el TC respon

La STC 31/2010 (emprant la STC 103/2008) nega que la competència exclusiva autonòmica de regulació de les consultes populars (positivada en l'art. 122 EAC) s'estengui a les consultes referendàries, malgrat la inexistència d'una disposició constitucional expressa que així ho estableixi. En virtut de la mera conjunció dels arts. 149.1.32, 92.3, 81 i 23 CE, el TC atribueix una competència implícita a l'Estat per a regular totes les modalitats de referèndum i no només d'aquells referèndums previstos a la CE. La STC 31/2010 s'expressa en eixos termes:

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

que la consulta (1) ha de ser en l'àmbit de les competències autonòmiques i (2) que és necessària una "prèvia" autorització estatal "amb entera llibertat". Tanmateix en el darrer paràgraf de la interlocutòria el TC es reserva la possibilitat de reconsiderar la decisió fruit d'un canvi de circumstàncies. Seguint el Dict. 1618/2010 del Consell d'Estat (i els informes del Ministeri d'Interior de 9.VI.2010 i del Ministeri de Política Territorial de 25. VI.2010), només s'impugnen les consultes referendàries d'àmbit autonòmic. No és baladí recordar que en aquest Dictamen el Consell d'Estat considera les consultes populars municipals una modalitat de consulta no referendària.

este caso el derecho de participación política reconocido en el art. 23 CE.” (STC 103/2008, FJ 3).

Tot exposant les debilitats jurídiques d'aquesta jurisprudència, mostrarem que no hauríem d'interpretar-la de manera que atribueixi la competència exclusiva a l'Estat per a regular les consultes referendàries buidant completament de competències les CCAA per a regular aquesta institució. Veiem article per article la legitimació que fa el TC de la competència exclusiva de l'Estat per a regular els referèndums. Per començar, cal tenir present que la literalitat de l'art. 149.1.32 CE reserva la competència exclusiva a l'Estat per a la mera autorització de les consultes per via de referèndum, sense mencionar expressament, ni de retruc, la competència per a regular-les. L'art. 92.3 CE prescriu que una llei orgànica (LO) regularà les diverses modalitats de referèndum “previstes” a la CE. La LO que compleix aquesta funció és la Llei Orgànica de regulació de les distintes Modalitats de Referèndum (LOMR). L'objecte de l'art. 92.3 CE (partint de l'argumentació *a contrario sensu*) no pot ésser eixamplat a la regulació de tots els referèndums sense contradir la lletra i l'esperit del mateix precepte. La LOMR “descansa en l'art. 92 CE, però no així en l'art. 23 CE”.⁴⁹ El dret fonamental *stricto sensu* de l'art. 23 CE –que regula en el seu primer apartat el genèric dret de participació dels ciutadans en els afers públics ja sigui directament o per mitjà de representants–, i l'obligació corol·lària de regulació per LO derivada de l'art. 81 CE, són títols massa genèrics per atribuir una competència exclusiva de regulació referendària a l'Estat.

L'argument de la necessitat de desplegament legislatiu per LO de l'art 23 CE no és suficient per buidar de competències de regulació referendària a les CCAA. Al respecte, volem palesar la contradicció amb la mateixa línia de jurisprudència constitucional iniciada amb la STC 6/1982 (i seguida, per les SSTC 67/1985, 140/1986, 160/1987, *inter alia*) en la qual es precisa que l'art. 81 CE ha encomanat a la LO una funció

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

de mera concreció de l'enunciat constitucional del dret.⁵⁰ Això, forçosament ha de deixar espai a la regulació autonòmica de les consultes per via referendària. Aquest argument de caire més teòric pot ésser degudament complementat amb arguments més concrets. Les lleis electorals i d'iniciativa legislativa popular autonòmiques demostren sens vacil·lacions –i sense necessitat d'habilitacions per part de les LO estatals en qüestió–⁵¹ que l'art. 23 CE és apte i normalment desenvolupat per lleis autonòmiques, *ergo*, de rang no-orgànic.⁵² Àdhuc, no deixa de sorprendre'ns que l'art. 23 CE pugui emparar una interpretació restrictiva quan semblaria que hauria d'implicar una interpretació extensiva de les institucions participatives.⁵³ Evoquem el record aquell *principi hermenèutic pro participació* que abans hem defensat.

Tant la voluntat de l'art. 92.3 CE –constituent– com de la LOMR –legislador orgànic– és regular els referèndums “previstos” per la CE en una mateixa LO sense establir un *numerus clausus* de consultes referendàries. Contràriament, el TC afirma que la LOMR és la única llei constitucionalment adequada per regular les consultes referendàries dotant així de més competències a l'Estat del que el constituent i el legislador orgànic creuen oportú per a la regulació dels referèndums. La LOMR no desenvolupa el mandat constitucional de l'art. 92.3 CE com una regulació general de totes les modalitats possibles de referèndum ans com a un desenvolupament concret dels referèndums previstos a la CE.⁵⁴ Hom ha retret a aquesta doctrina constitucional

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

51. La Disp. Add. 1a LO 5/1985 de Règim Electoral General (LOREG) reconeix que les CCAA poden elaborar les seves pròpies lleis electorals, tot declarant indisponibles algunes parts de la LOREG i declarant d'aplicació merament supletòria les altres. La LO 3/1984 reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular només es refereix a les ILP presentades a les Corts Generals (arts. 4 i 5) deixant al legislador autonòmic la lliure configuració d'aquesta tipologia d'iniciativa legislativa.

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

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

54. Els referèndums previstos a la CE i regulats a la LOMR són: (1) el referèndum consultiu relatiu a decisions polítiques d'especial transcendència de l'art. 92.1 CE, (2) els referèndums de ratificació de les reformes constitucionals dels arts. 167 i 168 CE, (3) el referèndum

que: “sembla inadequat basar l’admissió o exclusió d’un referèndum autonòmic exclusivament en criteris formals, com estar o no citat en lleis estatals amb reserva de la Constitució”.⁵⁵ És més, la jurisprudència del TC és francament dèbil i allunyada de la realitat ja que la LOMR no regulava, en el dia de la seva aprovació, ni regula, avui, totes les modalitats de consultes referendàries.⁵⁶

Ara intentarem aportar una lectura favorable a la consulta referendària autonòmica derivada de la lògica de l’art. 149.1.32 CE. A què es deuria la ubicació i dicció d’aquest precepte si no es reconeixen constitucionalment ni legal els referèndums autonòmics? Degut a la ubicació de l’article, amb claredat meridiana podem respondre que el precepte no es refereix als referèndums d’àmbit estatal (ja siguin els de l’art. 92.1 CE o els de reforma constitucional). Les respostes poden basar-se en múltiples figures referendàries autonòmiques. Hom podria pensar que la lògica d’aquest article es deu a l’existència dels referèndums autonòmics d’iniciativa, d’aprovació i de reforma estatutàries. Tanmateix, quan les Corts Generals tenen encomanada la tasca d’aprovació de la proposta autonòmica per via de llei orgànica, sembla redundant i, en cert sentit, sobrer que es prevegi aquesta cautela. Un referèndum autonòmic previst constitucionalment i no regulat a la LOMR és el que figura a la Disp. Trans. Quarta CE que

d’iniciativa autonòmica de l’art. 151.1 CE, (4) els referèndum d’aprovació dels projectes d’Estatut d’Autonomia (EA) de l’art. 151.2 CE –apartats 3r i 5è–, (5) el referèndum de reforma dels EA de l’art. 152.2 CE. (6) Malgrat el silenci de la LOMR, no és sobrer recordar aquí la Disp. Trans. Quarta CE que prescriu la necessitat de celebrar un referèndum per ratificar la hipotètica incorporació de Navarra al País Basc.

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

56. La LOMR no va recollir en el seu moment la Disp. Trans. Quarta CE que prescriu la necessitat de celebrar un referèndum per ratificar la hipotètica incorporació de Navarra al País Basc. Tampoc els referèndums previstos a l’art. 8 EA d’Euskadi per l’annexió de territoris o municipis d’altres CCAA ni el referèndum anàleg que preveu la Disp. Trans. 7.3 EA Castella i Lleó de 1983 (ambdós admesos de forma pacífica pel propi TC en la STC 99/1986). No regula les consultes autonòmiques previstes en alguns EA de primera generació (competència desplegada només en el cas de l’art. 198 del Reglament del Parlament Canari). A més, no regula els nous referèndums de reforma estatutària previstos en els EA de València, d’Aragó i d’Extremadura –arts. 81.5, 115.7, 91.2.e respectivament– que, malgrat ser EA aprovats per la via de l’art. 143 CE, passen a adoptar el mecanisme agreujat de reforma propi dels EA de l’art. 151 CE (admesos aquests nous referèndums de reforma estatutària per la STC 31/2010, FJ 147). Tenint present que els EA estan dotats de rang de llei orgànica, observem la Disp. derogatòria que fa explícita l’EA d’Extremadura: “A la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica de reforma quedarán derogadas cuantas disposiciones de rango igual o inferior se opongan a la misma”.

prescriu la necessitat de celebrar un referèndum per a ratificar la hipotètica incorporació de Navarra al País Basc. No és oportú pretendre cercar la lògica de l'art. 149.1.32 CE en aquest referèndum navarrès, ja que s'hauria previst en la mateixa Disp. Trans. Quarta CE. Quines altres opcions romanen? Si les consultes populars municipals són veritables referèndums,⁵⁷ podrien legitimar per si soles l'existència i la ubicació de l'art. 149.1.32?

Degut a la competència bàsica estatal per regular el règim local (art. 149.1.18 CE) i la ubicació concreta en el llistat de competències del 149 semblaria que no ho podrien explicar satisfactòriament i suficient. Conseqüentment, opinem que el TC ha vulnerat la lògica del mateix art. 149.1.32 CE quan restringeix fins a tal punt la mera existència del referèndum autonòmic. És més, si compartim el criteri del TC que totes les consultes referendàries cal que siguin previstes a la LOMR, podríem concloure que el legislador estatal, al no preveure el referèndum autonòmic, incompleix per omissió la CE al allunyar-se tant de la lògica de l'art. 149.1.32 CE o, tal com anirem veient més endavant, podríem entendre que la LOMR fa una remissió implícita per a la regulació del referèndum autonòmic a la pròpia legislació autonòmica.⁵⁸

Una darrera prova il·lustrativa de la mera voluntat de la LOMR de regular els referèndums previstos a la CE és la Disp. Add. única de la LOMR la qual remet la regulació de les consultes municipals a les lleis que regulen el règim local.⁵⁹ Seguint la remissió de la LOMR, les consultes populars municipals es regulen a l'art. 71 Llei estatal 7/1985 de Bases del Règim Local (LBRL), sovint desenvolupat per lleis autonòmiques. Múltiples legisladors autonòmics creuen ésser competents per

57. En aquest sentit, la LCPC 4/2010, el professor Font, el professor Castellà, entre molts altres, consideren les consultes populars municipals referèndums *stricto sensu*. Font, T., "El Referèndum Local en España", pp. 123-127. Castellà, J.M., "Las consultas populares ...", p. 228. En canvi, el Consell d'Estat, en el seu Dict. 1618/2010 (FJ IV), opina que les consultes populars municipals no són referèndums.

58. El professor Aguiar també entreveu en l'art. 149.1.32 CE el referèndum autonòmic. Tanmateix, no hi dóna una força interpretativa com la nostra: "La Constitución solo menciona la posibilidad de consultas populares de ámbito autonómico para indicar que la competencia para su autorización corresponde en exclusiva al Estado". (art. 149.1.32 CE). Aguiar de Luque, L., "Democracia directa...", p. 86.

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

a la regulació autonòmica de les consultes municipals tot desenvolupant l'art. 71 LBRL (en alguns casos, sense necessitat d'atribució estatutària expressa a pesar que l'art. 71 LBRL exigeix que la CCAA "tingui competència estatutàriament atribuïda per això").⁶⁰ Concretament, a Catalunya, el legislador de règim local havia regulat les consultes populars locals desenvolupant les previsions de la LBRL en virtut de l'art. 10.2 EAC 1979.⁶¹ Si hom contrasta la regulació de les consultes locals a la LBRL i el desenvolupament que fan algunes legislacions autonòmiques, no dubtarem a concloure que la regulació de detall queda en mans del legislador autonòmic i de les mateixes corporacions municipals a partir de llur potestat d'autoorganització.⁶² Les conclusions derivades d'aquesta remissió, contràriament a la jurisprudència del TC, són les següents: (1) La mateixa LOMR reconeix clarament la possibilitat de regular per llei ordinària les concrecions normatives de l'art. 23 CE.⁶³ Heus ací, l'apartat que regula les consultes populars locals de la LBRL no s'aprova amb majories de llei orgànica, ans amb el procediment propi de les lleis ordinàries. (2) Es regulen les consultes locals en una norma diferent de la prevista a l'art. 92.3 CE, demostrant així, que la funció de la LOMR és la mera regulació dels referèndums previstos a la CE. (3) El legislador estatal no és l'únic competent per a regular consultes populars. Conseqüentment, no seria forassenyat interpretar que la LOMR, mentre remet de forma expressa la regulació a les lleis ordinàries reguladores del règim local, implícitament remetria la regulació dels referèndums autonòmics a les pròpies legis-

60. A tall d'exemple, Llei navarresa 27/2002 Reguladora de les Consultes Populars d'Àmbit Local, Llei gallega 5/1997 de l'Administració Local, Llei aragonesa 7/1999 de l'Administració Local.

61. Art. 10.2 EAC 1979: "Correspon a la Generalitat el desenvolupament legislatiu del sistema de Consultes Populars Municipals en l'àmbit de Catalunya de conformitat amb allò que disposin les Lleis a les quals es refereix l'apartat 3 de l'article 92 i el número 18 de l'apartat 1 de l'article 149 de la Constitució i corresponent a l'Estat l'autorització de llur convocatòria". Desenvolupen aquest precepte estatutari la Llei 8/1987, de 15 d'Abril, municipal i de règim local de Catalunya (arts. 144-146) i el Decret 294/1996 pel qual s'aprova el Reglament de Consultes Populars Municipals. Més tard, la regulació legal es recull al Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'Abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (arts. 159-161). La LCPR 4/2010 deroga finalment aquestes darreres disposicions normatives.

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

63. Per a Lasagabaster, l'exclusió de la Disp. Add. Única LOMR té indefectiblement els efectes jurídics d'excloure regular les consultes locals per majories absolutes característiques de les LO. *Ergo*, segons la comprensió del legislador estatal, la regulació de les consultes locals és matèria de llei ordinària. Lasagabaster, I., *Consulta o Referéndum...*, p. 84.

lacions autonòmiques puix que les CCAA estan dotades d'un major grau d'autonomia respecte dels ens municipals.

En referència a la competència per regular els referèndums que inclouen els estatuts d'autonomia de darrera generació (casos anàlegs a l'art. 122 EAC 2006), algun autor argüeix en favor de la constitucionalitat de la competència compartida;⁶⁴ altres, en favor de la constitucionalitat de la competència exclusiva.⁶⁵ Tenint present la bateria d'arguments presentada, la lectura de la competència compartida en matèria de consultes referendàries és possible derivada de la STC 31/2010. Hom pot interpretar que hi ha una competència exclusiva estatal quan el TC estableix que la LOMR és la "criada per l'article 92.3" CE i l'"única Llei constitucionalment adequada" pel compliment de la reserva de LO de l'art. 81 CE. Tanmateix, una competència compartida podria ésser llegida de la interpretació conforme de l'art. 122 EAC 2006, en la qual s'exclou la competència exclusiva per a la regulació del referèndum (posat de manifest per la pròpia STC 31/2010). És a dir, el TC es limita a citar parcialment la STC 103/2008 i a recordar que és el mateix EAC 2006 el que nega la competència exclusiva de la Generalitat en matèria de consultes referendàries. La competència compartida en la regulació de consultes per via de referèndum s'allunyaria de posicions extremes i salvaguardaria la constitucionalitat de la LCPR la qual preveu expressament l'autorització per part de l'Estat dels referèndums previstos en aquesta.

En la STC 103/2008, el Govern i el Parlament bascos al·leguen la seva competència implícita a partir de la conjunció del principi

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

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

democràtic (art. 1 CE, valor fonamental vertebrador de la CE) i els principis d'autonomia i autoorganització (arts. 2 CE, 137 CE i 143 CE i 10.2 EAE) per a aprovar la Llei basca 9/2008. El TC, sense considerar detingudament aquests arguments, conclou que contra una atribució expressa de competència estatal (art. 149.1.32 CE), no és possible oposar una competència autonòmica implícita. Concretament, respecte a la competència implícita, la STC 103/2008 (FJ 3r) resa el següent:

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

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

En aquests fragments, el TC no nega l'existència de la competència implícita per a regular consultes populars, ans per convocar-les (autoritzar-les?). És a dir, només es nega la capacitat d'al·legar un títol competencial implícit enfront del títol competencial exprés (art. 149.1.32 CE). Cal interpretar, doncs, que la limitació del títol implícit segons el TC s'estén només a la convocatòria de consultes populars per via de referèndum però no en canvi a la regulació de les consultes populars. Seguint aquest fil argumental inclús la regulació de consultes referendàries seria possible en virtut del títol implícit tot respectant l'àmbit d'autorització estatal reservat pel 149.1.32 CE ('autorització' que el TC ha transformat subtilment en 'convocatòria' la qual indiscutiblement ha de donar-se abans d'una consulta concreta, mentre una 'autorització' podria arribar a donar-se en termes més generals de tal manera que donés cabuda a més d'una consulta concreta o extraordinàriament, fins i tot, podria autoritzar-se *ex post*). Abans de continuar volem alertar que aquesta competència implícita que ara defensem s'ha convertit en competència expressa per la Generalitat a partir de l'art. 122 EAC.

El títol competencial autonòmic implícit per a regular ambdues tipologies de consultes (i convocar *motu proprio* en el cas de les no referendàries) es basaria en dos grups de principis: (1) el principi democràtic i el principi participatiu i (2) el principi d'autonomia i la potestat d'autoorganització. El principi democràtic derivat de l'art. 1.1 CE és un principi vertebrador de l'Estat constitucional espanyol i de tot el constitucionalisme occidental contemporani. El principi participatiu de l'art. 9.2 CE estableix que els poders públics han de facilitar la participació ciutadana. La noció de 'governança' a nivell europeu s'està erigint com a principi en virtut del qual els poders públics han de facilitar la participació dels diferents actors públics i privats (entre aquests darrers, la ciutadania) en el disseny de les polítiques públiques. En virtut d'aquests principis, una administració territorial democràticament escollida ha de poder consultar els seus ciutadans sobre les seves preferències i opinions, a no ser que una disposició constitucional expressa els ho impedeixi.

La STC 31/2010 alerta que les consultes per via no referendària podrien entrar dins de la hipotètica esfera de competència legislativa estatal bàsica de l'art. 149.1.18 CE (competència estatal per regular les bases del règim jurídic de les administracions públiques, incloent així tant les autonòmiques com les locals). De nou, hem de matisar aquesta interpretació constitucional i ho farem en consideració al que hem exposat sobre la participació política. Partint de la dicotomia entre participació política i participació administrativa, el títol competencial de l'art. 149.1.18 CE pot operar quan ens trobem davant de consultes populars d'àmbit autonòmic de naturalesa administrativa però no en canvi quan la consulta popular –ja sigui referendària o no referendària– caigui en l'esfera de la participació política –ja sigui expressió de l'art. 23.1 CE o merament de l'art. 9.2 CE–. Rescatant l'exemple que hem usat amb anterioritat, tant una consulta referendària o com una de no referendària relacionades amb una hipotètica actuació del Parlament difícilment podrien ésser considerades de naturalesa administrativa. A tall il·lustratiu, no deixaria de sobtar-nos que l'Estat dictés normes bàsiques que condicionessin les lleis autonòmiques d'iniciativa legislativa popular en base a l'art. 149.1.18 CE. En les consultes populars no referendàries d'àmbit municipal, la irrupció de l'art. 149.1.18 CE podria ésser major degut a la naturalesa politicoadministrativa (no legislativa) de l'autonomia local. Així, la competència de la Generalitat per a la regulació de les consultes populars no referendàries d'àmbit autonòmic és una competència exclusiva

autonòmica, només apte d'una interferència estatal a partir del 149.1.18 CE quan ens trobem en consultes populars no referendàries que siguin expressió d'una mera participació administrativa.

Tot seguit ens detenim més concretament en relació amb la competència autonòmica implícita per a regular (i convocar les consultes no referendàries) derivada de les pròpies competències genèriques d'autonomia, d'autogovern i d'autoorganització (arts. 2, 137, 143 i 148.1.1 CE i 1, 2.1, 3.1 i 112 EAC).⁶⁶ El sistema espanyol d'organització territorial ha escollit una forma d'estat compost políticament descentralitzat. La descentralització política requereix sempre el reconeixement d'unes àmplies potestats d'autogovern i d'autoorganització en els processos de conformació de la voluntat general dels diferents nivells territorials de poder. En aquest sentit, a manca de reserva expressa en favor de l'Estat de la regulació de les consultes populars (i d'autorització per les de via no referendària), hem d'interpretar forçosament que es tracta d'una competència de cada nivell territorial dotat d'autonomia (matisat en el cas d'una mera autonomia de caràcter eminentment administratiu com és l'autonomia local).

Una altra de les motivacions que podem reprendre per al·legar la competència implícita (derivada de les competències genèriques d'autogovern i d'autoorganització) és, novament, a partir de la Disp. Add. única de la LOMR. El legislador orgànic entén que qui ha de regular les consultes populars d'àmbit local, més enllà dels referèndums previstos a la CE, és el legislador del règim local. En el mateix sentit, el Consell d'Estat advoca per entendre les consultes populars municipals dins de la competència genèrica de l'art. 149.1.18 CE.⁶⁷ Així, s'està negant la matèria o 'submatèria' de consultes populars com a competència diferenciada de la competència general de regulació del règim local. És a dir, s'està reconeixent la competència per a regular les

66. Per veure altres argumentacions sobre l'existència de la competència implícita: Lasagabaster, I., *Consulta o Referèndum...*, pp. 87-96 i Dict. Comissió Jurídica Assessora d'Euskadi 96/2008.

67. Consejo De Estado, Dict. 1070/2001, de 21 de junio, relativo al Proyecto Real Decreto regulador del procedimiento de autorización por el Gobierno de la Nación de las consultas populares municipales. Respecte d'aquestes consultes dirà: "Por otra parte, la invocación del artículo 149.1.18ª CE evita los problemas de interpretación que ha ocasionado el artículo 149.1.32ª y su eventual limitación a las Comunidades Autónomas que hayan asumido la competencia específica sobre sistema de consultas populares".

consultes populars (municipals) com a competència autonòmica dins de la competència de desenvolupament de les bases estatals del règim local i, a la vegada, s'està reconeixent la competència de les pròpies corporacions locals per a la regulació de detall en ús de la seva potestat d'autoorganització.⁶⁸ Hom ha alertat que l'ús de l'art. 149.1.18 CE per atribuir competències en matèria consultiva a l'Estat, comporta entendre les consultes populars com a 'submatèria' inclosa dins de les competències genèriques d'autogovern (art. 148.1.1 CE), tot entenent les disposicions estatutàries anàlogues a l'art. 122 EAC "a efectes de seguretat jurídica", o el que és el mateix, a efectes de blindatge competencial.⁶⁹ Si tenim present el major grau d'autonomia política de les CCAA respecte de les corporacions locals (en especial, la competència legislativa autonòmica a diferència dels ens estatals), emprant un argument a *fortiori* podem interpretar que la LOMR fa una remissió implícita de la regulació de les consultes populars autonòmiques a les mateixes CCAA.

Tenint present que l'art. 122 EAC ha convertit la competència implícita de la Generalitat en competència expressa, la teoria de la competència implícita esclareix la naturalesa declarativa o enunciativa (no constitutiva) d'aquest precepte estatutari. És a dir, que la funció de l'art. 122 EAC no és atribuir de noves competències a la Generalitat, ans blindar la competència implícita enfront de canvis de parer del legislador estatal i de la jurisprudència del constitucional. Aquesta tècnica de mera declaració i salvaguarda que al·leguem amb relació a l'art. 122 EAC és coherent amb la voluntat general de blindatge competencial autonòmic i la 'tècnica del desenvolupament per submatèries' de l'EAC 2006.⁷⁰ A tall d'exemple, hom dubta que la Generalitat tingués competències per regular (i dur a terme) les seves pròpies *enquestes* abans de l'existència de l'art. 122 EAC 2006?

En conclusió, la interpretació de la CE i de les SSTC 103/2008 i 31/2010 que proposem: (1) hi ha competència compartida entre l'Estat i la Generalitat en la regulació de les consultes populars referendàries

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

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

70. Per a més detalls sobre la voluntat i tècnica del blindatge competencial i tècnica del desenvolupament per submatèries de l'EAC 2006, es pot veure (*inter alia*): Dict. 269/2005 Consell Consultiu de Catalunya.

que no s'estén a l'autorització/convocatòria –car l'autorització està expressament reservada a l'Estat en virtut de l'art. 149.1.32 CE–; (2) hi ha competència exclusiva de la Generalitat tant pel que fa a la regulació com la convocatòria de les consultes no referendàries –sense interferència de l'autorització prevista en l'art. 149.1.32 CE–. No obstant, la competència exclusiva en les consultes no referendàries podria veure's afectada per la competència bàsica estatal de l'art. 149.1.18 CE. La irrupció de l'art. 149.1.18 CE en les consultes no referendàries d'àmbit autonòmic es limitaria a aquelles consultes de naturalesa administrativa.

A conseqüència d'aquestes tesis, l'aprovació d'una nova llei de consultes no referendàries és constitucionalment acceptable, sense necessitat que aquesta derogui la LCPR 4/2010. Altrament, la Generalitat ha de defensar la constitucionalitat de la LCPR enfront del TC a conseqüència del recurs presentat per l'Advocacia de l'Estat en nom del President del Govern. La consideració de competència compartida de regulació (i bifàsica per raó de l'autorització) de les consultes referendàries i la consideració de competència exclusiva (de regulació i convocatòria) de les consultes no referendàries (sens perjudici de la competència bàsica estatal de l'art. 149.1.18 CE respecte d'aquelles consultes de naturalesa administrativa) és una interpretació jurídica-ment acceptable, de consens, no maximalista, coherent, sistemàtica i en harmonia amb el que succeeix en els demés Estats políticament descentralitzats anteriorment mencionats.

Ultima ratio, si existís voluntat política per part del legislador estatal de salvar les consultes referendàries autonòmiques de la LCPR, podria reformar-se la LOMR. Vàries veus han senyalat, algunes de fa temps i de forma reiterada, la necessitat de reformar la LOMR per donar cabuda expressa a les consultes populars d'àmbit supramunicipal i autonòmic.⁷¹ Una de les opcions consistiria en què la LOMR inclogués una habilitació per remetre la regulació del referèndum autonòmic a les CCAA seguint el model de la seva Disp. Add. Única referent a les consultes populars locals.⁷² Una opció més sofisticada podria consistir en incloure dins l'articulat de la LOMR algun precep-

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

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

te respecte de les consultes referendàries autonòmiques complint aquesta darrera la funció de llei bàsica (puix que la funció de llei bàsica en el cas de les consultes populars municipals la compleix la LBRL).⁷³ Partint d'una predisposició política estatal, les opcions anteriors encara podrien reforçar-se a partir de les lleis orgàniques dels arts. 150.1 o 150.2 CE.

4. L'autorització estatal de les consultes populars per via de referèndum

Seguint el nostre fil expositiu, queda clar que l'autorització estatal no seria exigible per les consultes autonòmiques no referendàries. Respecte a les consultes referendàries, hi ha una corrent que postula que l'art. 149.1.32 CE només fa referència als referèndums previstos expressament a la CE.⁷⁴ Aquestes postures es basarien en el fet que els referèndums previstos expressament a la CE no siguin únicament d'àmbit estatal (a tall d'exemple, referèndums amb relació a l'aprovació i modificació d'estatuts d'autonomia). Queda palesa la dificultat de sostenir literalment i sistemàtica aquesta interpretació fruit del que ja hem exposat sobre l'art. 149.1.32 CE. Altrament, el que sí que intentarem mostrar a continuació són els arguments per reclamar una potestat estatal ben acotada de control referendari.

Hom es planteja la naturalesa, el tipus de control, les possibilitats de delegació i el sentit del silenci administratiu de l'acte d'autorització estatal de l'art. 149.1.32 CE. L'art. 149.1.32 CE no especifica quin òrgan estatal hauria d'autoritzar les consultes referendàries.⁷⁵ L'art. 2.2 LOMR concreta que serà el Govern central l'autoritzant llevat que la CE ho

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

74. Lasagabaster, I., *Consulta o Referèndum...*, cap. V. Aquest autor dóna una amalgama de possibilitats d'interpretar diferent l'àmbit d'actuació de l'art. 149.1.32 CE. Dict. Comissió Jurídica Assessora d'Euskadi 96/2008, quan comenta l'art. 149.1.32 (paràgraf 112 i ss.). En essència, la Comissió argumenta que una interpretació del precepte permetent controlar tots els referèndums autonòmics seria contrari al principi d'autonomia política de les CC.AA, puix que situaria les CCAA en una posició de submissió jeràrquica.

75. Les conseqüències que el legislador esculli l'autorització per part del Govern central o les Corts Generals no són baladines. Escollir una o altra opció altera completament les capacitats de control jurisdiccional puix que un acte polític de les Corts Generals no pot ésser controlat per la jurisdicció ordinària. En aquest sentit, paràgrafs 124 i 125 del Dict. Comissió Jurídica Assessora d'Euskadi 96/2008.

reservi expressament a les Corts Generals. En la mateixa línia, l'art. 71 LBRL estableix que serà el Govern central.⁷⁶ Els arts. 13 i 35 LCPR ens estableixen que la Generalitat tramet la sol·licitud de consulta popular referendària al Govern central. Respecte de les consultes populars municipals, el Consell d'Estat ha exposat reiteradament una concepció de l'acte d'autorització del Consell de Ministres notablement respectuosa amb el principi d'autonomia municipal: el considera un acte administratiu (no un acte polític del Govern), de control de mera legalitat (excloent el d'oportunitat) i revisable judicialment.⁷⁷ Aquesta doctrina és coherent amb la doctrina jurídica sobre la prohibició de controls administratius d'oportunitat de les disposicions i actuacions de les corporacions locals per part de les administracions territorials estatal i autonòmica.⁷⁸ Si despleguem els efectes de la doctrina del Consell d'Estat a l'àmbit autonòmic, tenint present que l'autonomia de les CCAA és politicolegislativa ("autonomia qualitativament superior a l'administrativa", en paraules del TC⁷⁹), ens hauria de conduir a considerar l'acte d'autorització del Govern Central com a acte administratiu de control de mera constitucionalitat (i no de legalitat). En virtut de l'art. 153 CE, el control governatiu de l'activitat autonòmica queda restringit a les funcions delegades, sent els tribunals contenciosos administratius i el propi TC els encarregats de controlar la resta de normes i actuacions de les CCAA (excloent-se, així, el control polític d'oportunitat).⁸⁰ La LCPR no ens esclareix la naturalesa de l'acte

76. El Projecte de Reial Decret regulador del procediment d'autorització de les consultes populars municipals finalment no veié la llum, malgrat ser informat favorablement pel Consell d'Estat en el segon Dict. davall citat.

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

78. STC 4/1981 (FJ 3r), arts. 4.4 i 8 Carta Europea d'Autonomia Local, art. 84.1 EAC 2006 i Títol V, caps. II i III LBRL.

79. *Inter alia*, STC 4/1981 (FJ 3r). Aquesta autonomia qualitativament superior a l'administrativa es positiva a l'art 153 CE.

80. Fruit de l'art. 153 CE, s'exclou la capacitat del control governatiu-administratiu estatal de l'actuació autonòmica més enllà de les capacitats d'impugnació judicial. Com a excepcions: (1) el control de les funcions delegades en virtut de l'art. 150.2, (2) la suspensió automàtica

d'autorització del Govern, ni el tipus de control. Amb motiu de la Llei basca 9/2008, el Govern basc de 2008 entén que no pot ésser considerat un control de legalitat ordinària, sinó un control de constitucionalitat.⁸¹ Aquesta concepció restrictiva de l'autorització és coherent amb el respecte al principi democràtic i el d'autonomia (político-legislativa) i potestat d'autoorganització de les CCAA. Tanmateix, en la Interlocutòria de 09.06.2011, el Ple del TC entén l'autorització estatal de les consultes autonòmiques de la LCPR, com a (1) necessària en tots els casos, (2) prèvia a la convocatòria de la consulta i (3) atorgada segons criteris de pura oportunitat. El TC admet en l'àmbit de les consultes referendàries autonòmiques un control de pura oportunitat política, de mera legalitat i/o de constitucionalitat. Concretament, estableix que el Govern de l'Estat decidirà "amb plena llibertat". Aquesta interpretació constitucional és incoherent amb la seva pròpia doctrina restrictiva del control estatal respecte de l'activitat autonòmica i local. En definitiva i prenent com a referent la doctrina del Consell d'Estat, l'acte d'autorització de les consultes populars del Consell de Ministres és un acte administratiu de control de la legalitat per l'àmbit municipal i de constitucionalitat per l'àmbit autonòmic sempre sotmès a la jurisdicció contenciosa administrativa. Pel que fa a la possibilitat de delegació de la competència d'autorització estatal de l'art. 149.1.32 CE a les CCAA, semblaria jurídicament viable en virtut d'una llei orgànica de transferència o delegació de l'art. 150.2 CE (possibilitat que podria ésser contemplada a la LOMR).⁸² Finalment, tal com resol el Consell d'Estat en el dictàmens suara referits, en virtut de l'art. 43 de la Llei estatal 30/1992, el silenci administratiu ha d'entendre's positiu.

Pel que fa al control jurisdiccional, el Tribunal Suprem (TS) es declara competent per controlar l'acte d'autorització de les consultes populars municipals per part del Consell de Ministres (*inter alia*, SSTS

de les disposicions autonòmiques ex art. 161.2 CE les impugni el Govern espanyol i (3) la via tan excepcional de l'art. 155 CE.

81. Antecedent 6.b.3 STC 103/2008 per veure la concepció del Govern basc.

82. A tall il·lustratiu, l'art. 46.2 EA d'Euskadi resa: "El Gobierno Vasco podrá ser facultado, por delegación expresa del Estado, para convocar los referéndums a que se refiere el presente artículo". Anàlogament, respecte dels referèndums de reforma estatutària, l'art. 223.1.i) EAC 2006 i l'art. 91.2. EA d'Extremadura preveu que l'aprovació de les Corts Generals per llei orgànica de les reformes estatutàries ja inclourà l'autorització perquè la Generalitat i la Junta d'Extremadura, respectivament, convoquin en el termini màxim de sis mesos el referèndum estatutari. Aquesta disposició estatutària ha estat admesa per la STC 31/2010 (FJ 145).

de 22 de gener de 1993, 17 de febrer de 2000 i de 23 setembre de 2008). Seguint la seva doctrina del control dels actes polítics (per totes, *vid.* STS de 22 de gener de 1993), el TS opta per declarar-se competent per controlar els elements reglats, però en canvi, inhibint-se de conèixer decisions de fons de mera oportunitat política del Consell de Ministres.⁸³ En la STS de 23 de setembre de 2008, el Tribunal declara nul l'acte de denegació de l'autorització del Consell de Ministres a l'Ajuntament granadí d'Almuñécar per considerar com a municipal (compartida amb la CCAA) la competència en matèria de planificació general urbanística i reconeix directament al consistori la possibilitat de celebrar la consulta relativa a l'aprovació inicial del pla general. Als efectes del treball que ens ocupa, entre d'altres raons, aquesta línia jurisprudencial és rellevant perquè (1) en bona mesura estaria reconeixent la competència per celebrar consultes en matèries que només existeix una competència d'iniciativa en les quals l'aprovació final dependrà d'una instància territorial de poder superior (*i.e.* consulta popular municipal sobre l'aprovació municipal inicial de la planificació general urbanística); (2) en certa mesura, impedirà que els òrgans de l'Estat central puguin refugiar-se en arguments aparentment jurídics per denegar l'autorització de futures consultes.

5. Límits materials a les consultes de caire sobiranista: comentari de la inconstitucionalitat material de la Llei basca 9/2008

La STC 103/2008 desenvolupa la doctrina constitucional contemporània del TC en matèria de consultes populars i dret d'autodeterminació. La STC 103/2008 considera que la Llei basca 9/2008 és un exercici inconstitucional d'un pretès dret d'autodeterminació del poble basc (sense aturar-se a diferenciar si es tractaria d'un exercici d'autodeter-

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

minació interna o externa⁸⁴), concloent que tal consulta no està en mans de l'electorat basc, ans de l'electorat espanyol en general. En aquest sentit, el TC disposa que la Llei en qüestió, més enllà d'incórrer en inconstitucionalitat competencial, també incorre en inconstitucionalitat material. És a dir, la STC 103/2008 imposa límits materials a l'objecte de les consultes. El TC argüeix que la Llei basca 9/2008 vulnera els arts. 1 i 2 CE en conjunció amb el 168 CE. L'art. 1.2 CE proclama que la sobirania nacional resideix en el poble espanyol. L'art. 2 CE prescriu la indissolubilitat de la nació espanyola. L'art. 168 CE estableix el procediment de revisió agreujat de la CE (el TC inclou en aquest tipus procediment de reforma constitucional allò relatiu a la integritat territorial i l'exercici d'un suposat dret d'autodeterminació del poble basc). Amb aquesta conjunció de preceptes la STC 103/2008 fonamenta que la Llei enjudiciada és una reforma constitucional emmascarada que pretén aprovar-se sense seguir els procediments constitucionalment establerts.

Tal com ja havíem alertat, la Llei basca 9/2008 cal emmarcar-la dins els coneguts Plans Ibarretxe. El 30 de desembre de 2004, el Parlament basc aprova una proposta de reforma de l'EAE de 1979 (*Propuesta de reforma del Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi*), més coneguda popularment com a primer Pla Ibarretxe (en referència a J.J. Ibarretxe, President basc entre 1999 i 2009). La Proposta és titulada de reforma constitucional encoberta i el Congrés dels Diputats en rebutja la tramitació.⁸⁵ La intenció manifestada pel Lehendakari Ibarretxe de sotmetre a referèndum el Pla fou contestada pel Govern central i les Corts Generals amb la tipificació penal del delictes de convocatòria il·legal de referèndum.⁸⁶ Posteriorment, es formula el segon Pla Ibarretxe, amb els dos objectius relacionats d'aconseguir la fi de

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

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

86. Antic art. 506 bis del Codi Penal afegit per la LO 20/2003 i suprimit posteriorment per la LO 2/2005.

la violència d'ETA i reconèixer del dret de decidir del poble basc. Aquests objectius es pretenen assolir a través de l'oferta d'acord polític que realitza el President basc en data de 8 de setembre de 2007 al President del govern espanyol (J.L. Rodríguez Zapatero) i la posterior ratificació de l'eventual pacte per part dels representants electes i dels ciutadans bascos. L'oferta d'acord polític és rebutjada pel President del govern espanyol i, així, s'activa el pas subsidiari següent: l'aprovació pel Parlament basc de la Llei 9/2008. La Llei basca 9/2008 és una llei d'article únic que conté una autorització⁸⁷ del Parlament basc al Lehendakari per a sotmetre a referèndum consultiu dels ciutadans bascos amb sufragi actiu les següents preguntes:

a. ¿Está Usted de acuerdo en 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?

b. ¿Está Usted de acuerdo en que los partidos vascos, sin exclusiones, inicien un proceso de negociación para alcanzar un Acuerdo Democrático sobre el ejercicio del derecho a decidir del Pueblo Vasco, y que dicho Acuerdo sea sometido a referéndum antes de que finalice el año 2010?

La Llei 9/2008 atribueix un caràcter merament consultiu (no vinculant) a la consulta popular amb l'objectiu que els partits polítics bascos negociïn un acord d'exercici del dret a decidir forçant així al Govern central a negociar després de que aquest rebutgés la primera oferta del Lehendakari. L'hipotètic acord dels partits bascos seria finalment sotmès a referèndum vinculant per l'electorat basc l'any 2010. Aquesta estratègia en conjunt s'inspira en l'opinió consultiva de la Cort Suprema del Canadà del 1998 sobre la secessió del Quebec⁸⁸ puix

87. El Consell d'Estat, en el seu Dict. 1119/2008, es refereix a l'ambigüitat respecte de si es tracta d'una mera autorització del Parlament basc al Lehendakari perquè aquest convoqui la consulta o una convocatòria directament per part del Parlament (la Llei 9/2008 conté les preguntes, el procediment i la data). Es configura com una autorització per deixar pendent la consulta als fruits del diàleg, convertint així aquesta primera consulta en un mecanisme de pressió.

88. *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217. Aquesta famosa opinió consultiva de la Cort Suprema del Canadà, disposa que de la ponderació dels quatre principis fonamentals del sistema constitucional canadenc (principis democràtic, de constitucionalitat, de federalisme i de protecció de les minories) en sorgeix una obligació jurídica de la Federació a "negociar de bona fe" la secessió del Quebec si una "clara majoria" de

que basa l'esdevenir del poble basc en una negociació condicionada per la pressió politicojurídica del principi democràtic manifestat a partir d'una consulta directa a la ciutadania basca.⁸⁹ Diferentment del que succeeix al Canadà,⁹⁰ aquest pla és aturat per la STC 103/2008 declarant inconstitucional per raons competencials, materials i procedimentals la Llei 9/2008.

Per iniciar una crítica fonamentada jurídicament primerament cal distingir la Llei basca 9/2008 en si amb el procés que es coneix com el Pla Ibarretxe. En un sentit similar, és rellevant diferenciar la primera consulta que es faria l'octubre de 2008 (no vinculant i molt oberta), de la hipotètica consulta que es preveia pel 2010 (definitiva, vinculant i basada en el dret a decidir del poble basc). La hipotètica consulta de 2010 no es pot sotmetre a judici del TC a 2008 car el seu redactat, contingut i resultat eren simplement incerts. Les preguntes de la Llei basca 9/2008 van encaminades a legitimar i reforçar la necessitat d'un procés de diàleg, el fet que d'aquest diàleg se'n pogués derivar un pacte polític per a l'autodeterminació del País Basc és una qüestió contingent i diferent del control de constitucionalitat concret de la Llei en qüestió. Tal com al·lega López Basaguren basant-se amb la pròpia jurisprudència constitucional, el TC ha negat amb anterioritat la possibilitat d'enjudiciar *blocs normatius*. Coherentment, aquest autor apunta que el TC no pot jutjar sobre hipotètiques normes futures o meres intencions futures del legislador.⁹¹

quebequesos responenent a una "pregunta clara" així ho desitjés. La inspiració del Pla Ibarretxe en aquesta opinió consultiva és compartida per Corcuera Atienza, J., "Soberanía y Autonomía. Los Límites del 'Derecho a Decidir' (Comentario de la STC 103/2008)", *REDC*, núm. 86, 2009.

89. Aquesta estratègia parteix de diverses premisses: (1) la solució ha d'ésser consensuada amb el Govern central (no proclamen cap estratègia unilateral), (2) es reconeixen certes limitacions constitucionals (i així s'explica la complexitat del pla), (3) el pacte amb el Govern espanyol ha de contenir el reconeixement del dret de decidir del País Basc, (4) es creu que el reconeixement del dret a decidir al Poble Basc frenarà la violència etarra.

90. Al Canadà, el govern provincial del Quebec ha celebrat ja dos referèndums sobiranistes (1980 i 1995). En el referèndum de 1980: el vot a favor fou del 40'44% v. el negatiu del 59'56%. En el de 1995 el resultat fou més ajustat: 49'42% a favor v. 50'58% en contra. Lévesque, M., Pelletier M., *Les Référendums au Québec: Bibliographie*. Bibliothèque de l'Assemblée nationale du Québec, 2005.

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

El Govern basc ja alerta que la impugnació de la Llei 9/2008 arranca d'una interpretació que observa més la conjuntura i es basa més en l'especulació sobre els interessos suposadament subjacents que en el tenor literal dels preceptes.⁹² El fragment de l'Exposició de motius que resava "amb l'objectiu d'arribar a un Acord de normalització política en el que s'estableixin les bases d'una nova relació entre la Comunitat Autònoma del País Basc i l'Estat Espanyol" va condicionar que el TC no se centrés en el text normatiu i emprengués una tasca política, alliberant d'aquesta labor al Govern i Parlament espanyols. Si ens cenyim a una interpretació literal de la Llei impugnada i de les dues preguntes que es volen formular, no s'està reformant la CE (ni es nega el procediment que s'hauria de seguir), ni s'està constituint un nou subjecte polític dotat de sobirania, ni s'està proclamant la secessió d'una part del territori nacional... simplement es consulta el parer del cos electoral basc sobre la conveniència de l'obertura d'un procés de debat entre els partits bascos per arribar a un "Acord Democràtic sobre l'exercici del dret a decidir del Poble Basc". Arribats aquí ens preguntem: un bon judici de constitucionalitat es basa en la voluntat de l'autor de la llei, *voluntas legislatoris*, o en el sentit i les paraules finalment positivades en la llei, *voluntas legis*? Creiem que el Preàmbul de la Llei 9/2008 i la voluntat del legislador basc no és motiu jurídic suficient per declarar la inconstitucionalitat d'aital Llei i expulsar-la de l'ordenament jurídic, ara bé, podria merèixer una interpretació conforme i/o algun *obiter dictum* per part del TC.

Voldríem donar un sobrer ressò d'un trio de crítiques punyents que etziba Lasagabaster⁹³ a la STC 103/2008. (1) Com a punt primer i principal, en contradicció amb l'ús abusiu de principis per motivar la inconstitucionalitat de la Llei 9/2008, l'autor troba a faltar l'al·lusió per part del TC al principi democràtic, valor constitucional suprem positivat a l'art. 1 CE. Aquest principi no ha estat obviat en altres casos anàlegs d'altres sistemes liberal-democràtics.⁹⁴ En aquestes jurisdiccions a les quals ens referim, s'ha entès el principi democràtic com a motor d'interpretació constitucional. Les teories de les constitucions obertes o com a marc de confluències democràtiques també apunten cap a conclusions dinàmiques del principi de constitucionalitat. (2) En

92. Antecedent 6.a STC 103/2008.

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

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

segon lloc, i relacionat amb el primer, Lasagabaster es plany de la manca d'estudi comparatiu per part de la STC 103/2008. Diferentment, aquesta mancança del TC no es comet de manera tan manifesta en el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya 15/2010, del qual ens n'ocuparem en el següent apartat.⁹⁵ (3) Lasagabaster mostra com el TC acaba fent-se un embolic de si la Llei 9/2008 és una reforma constitucional o estatutària encoberta. Afegim el lament que la STC 103/2008 no entri a debatre sobre la doctrina del dret internacional a l'autodeterminació dels pobles i la relació d'aquesta doctrina amb l'ordenament intern.

Respecte a l'hipotètic dret de secessió (altrament anomenat dret d'autodeterminació externa, segons Seymour⁹⁶), la STC 103/2008 reafirma la possible secessió d'una part de l'Estat prèvia reforma constitucional. Hi ha una línia jurisprudencial sòlida del TC que nega l'existència de límits materials a la reforma constitucional inclús pel que fa a la integritat territorial o la definició de la nació sobirana (*mutatis mutandis*, SSTC 48/2003 –FJ 7è–, 103/2008 –FJ 3r–, 31/2010 –FJ 12è–).⁹⁷ Pel que fa a l'absència de límits materials a la reforma constitucional, la doctrina constitucional acadèmica està dividida.⁹⁸ Aquesta no és una qüestió baladina puix que hi ha constitucions libe-

95. El Dict. 15/2010 del CGE no s'oblida de considerar la famosa Opinió Consultiva de la Cort Suprema del Canadà del 1998 ja citada.

96. Seymour, M., "Els Pobles...", *op. cit.*

97. STC 48/2003 (FJ 7è) s'expressa així: "[l]a Constitución Española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento".

98. Intentarem resumir breument les línies mestres del debat doctrinal: Pedro de Vega, malgrat reconeix que el dret constitucional positiu deixa clara la inexistència de límits materials (p. 219), creu que no és una qüestió reduïble al dret positiu (p. 220). L'autor diferencia poder constituent de poder de reforma. Pel que fa a la definició dels límits materials, els situa en els més elementals de l'Estat constitucional: (1) l'Estat ha de ser un poder constituït, (2) l'Estat ha de tenir un poder limitat (p. 221). Vega, P., *La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1995. Manuel Aragón al·lega que no hi ha límits materials ni explícits ni implícits a la reforma constitucional derivat de: (1) la possibilitat explícita de "revisió total", (2) l'absència de clàusules d'intangibilitat, (3) s'ha positivat expressament un procés més agreujat de reforma, (4) la sobirania nacional rau en el poble espanyol, (5) les normes jurídiques són productes històrics i com a tals, tenint present el principi democràtic, no poden presumir-se immutables. Aragón Reyes, M., *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 191-202.

ral-democràtiques occidentals, o la interpretació que es fa d'aquestes per la justícia constitucional, que consideren la nació dotada de sobirania i la integritat territorial de l'estat qüestions fora de l'abast del poder reformador del legislador constitucional.⁹⁹ Aquesta línia jurisprudencial espanyola s'explica parcialment perquè el TC és conscient de les reforçadíssimes majories constitucionals que requereix l'art 168 CE (breument: aprovació per 2/3 parts d'ambdues cambres, seguides d'una dissolució i noves eleccions de les Corts, una nova aprovació del text per 2/3 parts d'ambdues cambres i, finalment, la ratificació per referèndum). Tanmateix, de manera totalment incoherent amb la doctrina de la manca de límits materials a la reforma constitucional, la mateixa STC 103/2008 impedeix que es pugui fer participar la ciutadania sobre la mera intenció d'iniciar un procés de reforma constitucional.¹⁰⁰ Des de la perspectiva fàctica, és previsible que tal dia que es vulgui reformar la CE en algun dels punts que requereixen del procediment reformador de l'art. 168 CE, a les forces que governin els calgui consultar prèviament a la ciutadania per no iniciar en va aquest agreujadíssim procediment (pensem en la possibilitat de rebuig referendari). En el proper apartat tractarem les capacitats autonòmiques d'iniciar un procés de reforma constitucional.

En definitiva, la inconstitucionalitat material de la Llei basca 9/2008 es basa en sil·logismes, manca d'argumentació jurídica i temors polítics. Si imaginéssim per un instant que aquesta STC que ara explorem no hagués estat publicada, *o pe legis* no s'hauria ni proclamat un nou subjecte polític dotat de sobirania, ni s'hauria trencat la unitat

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

100. Viver i Pi-Sunyer, C., "El Reconeixement de la Plurinacionalitat de l'Estat en l'Ordenament Jurídic Espanyol", dins de Requejo, F., i Gagnon, A., (ed.), *Nacions ...*, pp. 222-223. Crítica l'autor en relació amb la STC 103/2008: "En definitiva, la 'ratio decidendi' emprada en la sentència es basa en l'afirmació que no es pot sotmetre a referèndum consultiu cap «decisió política d'especial transcendència» –per emprar l'expressió de l'article 92 de la Constitució referit a l'objecte dels referèndums– que «afecti» el que està establert a la Constitució. No es pot preguntar, per tant, sobre si es vol iniciar un procés de reforma constitucional en un determinat sentit. Aquesta pregunta ja suposa, en si mateixa, una reforma de fet de la Constitució. Aquest és un límit a les qüestions que poden ser objecte de referèndum que no està expressament previst a la Constitució [...]. En qualsevol cas segons aquesta sentència ni l'Estat ni les comunitats poden consultar als ciutadans sobre la possibilitat d'iniciar processos de reforma i, més concretament, no poden consultar sobre qüestions que, en la hipòtesi que obtinguessin el vot favorable dels ciutadans, requerissin iniciar un procés de reforma de la Constitució".

de l'Estat espanyol, ni s'hauria modificat la CE pels mers efectes de la celebració de la consulta prevista pel 2008. El TC forja uns límits molt estrictes a l'objecte de consulta puix que veta qualsevol qüestió la resposta positiva de la qual pugui implicar la necessitat de reforma constitucional. Contradictòriament, tot admetent-se que els límits territorials de l'estat poden ésser objecte de reforma constitucional (negant-se així una hipotètica clàusula d'intangibilitat a la francesa), la STC 103/2008 pretén prohibir formular consultes populars contràries als principis i valors constitucionals.

Abans de cloure aquest apartat, volem evocar la rellevància de la institució de la consulta popular com a mecanisme democràtic de l'ordenament constitucional espanyol per a l'exercici del dret a l'autodeterminació territorial interna.¹⁰¹

6. Les competències de la Generalitat sobre consultes populars "en l'àmbit de llurs competències"

Tal com ja hem vist, la competència de la Generalitat entorn de les consultes populars es recull a l'art. 122 EAC 2006. Aquest precepte ha estat interpretat de manera que (auto)limita l'exercici de la competència exclusiva de la Generalitat en matèria de consultes populars cenyint-les a "l'àmbit de llurs competències".¹⁰² A partir d'una interpretació gramatical del precepte 122 EAC, hom podria arribar a concloure que la limitació "en l'àmbit de llurs competències" només és aplicable als ens locals puix que la trobem just a continuació d'aquests darrers ens. Emperò, en aquest apartat, partirem de la interpretació en virtut de la qual aquesta limitació també és aplicable a la Generalitat.

101. Previstos pròpiament a la Constitució: (1) Referèndums d'iniciativa, d'aprovació i de modificació d'Estatuts d'Autonomia (EA) per la via de l'art. 151 CE i (2) referèndum d'anexió de Navarra a Euskadi. *Vid.* peu de pàgina 54. Endemés cal afegir: (3) Referèndums previstos en els EA de València i d'Aragó –arts. 81.5 i 115.7, respectivament– que malgrat ser EA aprovats per la via de l'art. 143 CE passen a adoptar el mecanisme agreujat de reforma propi dels de l'art. 151 CE (admesos aquests nous referèndums de reforma estatutària per la STC 31/2010, FJ 147); finalment, (4) per a la integració d'un municipi d'una comunitat autònoma a una altra: art. 8.b EAE, Disp. Trans. Tercera.c EA de Castella i Lleó i art. 10.b EA d'Aragó. *Vid.* peu de pàgina 56.

102. LCPR (art. 2) i Dict. 15/2010 del Consell de Garanties Estatutàries (FJ. 3r).

Recordem la naturalesa merament declarativa/enunciativa –contrària a una naturalesa constitutiva/atributiva– de l'art. 122 EAC que hem exposat en un apartat anterior. Reprenent l'explicació, aquest precepte no atribueix *ex novo* una competència a la Generalitat, ans blinda i salvaguarda la competència implícita (fruit de l'art. 122 EAC convertida en competència expressa) de la Generalitat enfront de conflictes i invasions competencials. Aquesta voluntat de salvaguarda de l'art. 122 EAC, forçosament ha de matisar els efectes exageradament restrictius de la limitació “en l'àmbit de llurs competències”. Seria exagerat que una disposició que pretén ésser un escut competencial per a la Generalitat (i un fre a les invasions o conflictes competencials), acabi convertint-se una arma de doble tall. Tenint en compte la tendència jurisprudencial del TC a interpretar de forma molt semblant tots els EA (a pesar dels matisos puntuals de cada un) és prudent observar que altres estatuts com ara l'andalús o el balear no recullen aquest incís.

A continuació seguirem donant arguments per interpretar de forma àmplia la limitació “en l'àmbit de llurs competències”. La noció de competència ens remet a la capacitat d'un ens per a exercir una potestat (poder/funció) enfront d'alguna matèria o procediment. És a dir, podem entendre una competència com la potestat de proposar, iniciar, tramitar o resoldre un procediment. Aquest darrer sentit és el que pretenem explotar a continuació per tal de demostrar que la Generalitat pot seguir limitant-se en l'àmbit de les seves competències quan hipotèticament volgués convocar les repetides consultes per a un nou pacte fiscal amb l'Estat espanyol o una consulta de caire sobiranista.

La clau de volta de la qüestió gira entorn de l'art. 87.2 CE.¹⁰³ Aquest precepte apodera als parlaments autonòmics per demanar al Govern l'adopció de projectes de llei o, alternativament, presentar directament proposicions de llei a les Corts espanyoles (desenvolupat a l'EAC 2006 per l'art. 61.b i 61.c a títol de “funcions” del Parlament). Conseqüentment, les competències de la Generalitat inclourien la celebració d'una consulta per veure el suport que té entre els seus ciu-

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

tadans la petició al Govern espanyol perquè adopti un projecte de llei o la presentació directament a les Corts Generals d'una proposició de llei per a reformar la LOFCA i aconseguir així un tractament més benèvol en matèria fiscal. La potencialitat de l'art. 87.2 CE no acaba aquí. L'art. 87.2 CE interpretat conjuntament amb els arts. 166, 167 i 168 CE permeten la promoció de reformes constitucionals des dels Parlaments autonòmics.¹⁰⁴ En aquest sentit, l'art. 166 CE remet a l'art. 87.2 CE l'establiment dels subjectes que poden promoure la reforma constitucional. *Ergo*, la Generalitat curiosament podria formular una consulta de caire sobiranista respectuosa amb l'ordenament constitucional espanyol. Podríem reforçar l'art. 87.2 CE, amb l'apel·lació al principi democràtic (arts. 1 CE i 4.3 EAC), el principi d'autonomia i d'autogovern (arts. 2, 137 i 143 CE i 1, 2.1, 3.1 EAC), el principi participatiu (arts. 9.2 CE i 4.2 i 43 EAC), el dret fonamental de la ciutadania a participar en els afers públics (arts. 23.1 CE i 29.1 EAC), el dret fonamental de petició individual i col·lectiva (arts. 29 CE i 29.5 EAC), el dret estatutari de promoure consultes populars (art. 29.6 EAC) i els drets històrics¹⁰⁵ (Disp. Add. Primera CE, Disp. Trans. Segona CE i art. 5 EAC). Recordem que en anteriors apartats hem exposat com (1) la jurisprudència del TC declara repetidament l'absència de límits materials a la revisió constitucional, *id est*, la potestat del legislador constitucional de reformar el que li plagui mentre segueixi els procediments establerts en la mateixa CE; (2) la jurisprudència del TS accepta la competència per celebrar consultes populars respecte de competències d'iniciativa en les quals la decisió final rau en un ens territorial superior (recordem la consulta popular municipal respecte l'aprovació municipal inicial de la planificació general urbanística).

104. A títol d'"atribucions", l'art. 16.2.a del nou EA d'Extremadura constata que correspon a l'Asamblea extremeña: "Ejercer las iniciativas de reforma de la Constitución y del presente Estatuto".

105. Respecte dels drets històrics, la STC 31/2010 ha negat la relació entre la Disp. Add. 1a CE i els drets històrics de Catalunya reconeguts a l'art. 5 EAC. El TC restringeix els efectes dels drets històrics de Catalunya reconeguts a l'art. 5 EAC al dret privat i, pel que fa al dret públic, a la Disp. Trans. 2a CE (FJ 10è). Malgrat ésser coneixedors d'aquesta jurisprudència, ens recolzem en els treballs doctrinals del Dr. Ferret i del Dr. Montagut. Entre d'altres: Ferret J., *Catalunya i els drets històrics (L'aplicabilitat a Catalunya de la disposició addicional primera de la Constitució)*, Barcelona, IEA, 2001. Ferret J., "Nació, símbols i drets històrics", *REAF*, núm. 12, 2011, pp. 44-60. De Montagut, T., "Ruptura i transició a la democràcia com a fonts de dos tipus de drets històrics compatibles per a Catalunya", *RCDP: Especial sentència sobre l'Estatut*, 2010, pp. 117-121. De Montagut, T., "Els drets històrics a Catalunya", *Ivs Fvgit*, 15, 2007-2008, pp. 125-137. De Montagut, T., *Informe sobre la noció dels drets històrics i la seva aplicació a Catalunya*, IEC. 16.V.2006.

La qüestió jurídica entorn d'una consulta sobiranista ha estat tractada a Catalunya pel Consell de Garanties Estatutàries (CGE) en el seu Dictamen 15/2010, de 6 de Juliol, respecte a la Proposta de consulta popular per via de referèndum sobre la independència de la nació catalana. Aquest dictamen sorgeix d'una proposta de consulta d'iniciativa ciutadana en virtut de l'art. 21 i ss. de la LCPR (preceptes que despleguen el dret estatutari de promoció ciutadana de consultes populars de l'art. 29.6 EAC). Una vegada admesa a tràmit la proposta de consulta popular d'iniciativa ciutadana per la Mesa del Parlament, un conjunt de diputats sol·liciten un dictamen sobre la constitucionalitat i estatutarietat de la proposta de consulta (excloent-se, en virtut de l'art. 24.4 LCPR, el dictamen sobre els articles de configuració merament legal).¹⁰⁶ La consulta sobre la qual haurà de dictaminar de forma no vinculant el CGE és la següent:

«Per tal que el Parlament de Catalunya porti a terme les iniciatives necessàries per fer efectiva la voluntat popular, ¿Està d'acord que la Nació Catalana esdevingui un Estat de dret, independent, democràtic i social integrat en la Unió Europea?».

L'opinió consultiva del CGE rebutja aquesta proposta de consulta bàsicament per dos motius: (1) per extralimitació de les competències autonòmiques dels arts. 29.6 i 122 EAC 2006 (a parer d'aquest treball, interpretant de forma excessivament restrictiva la interpretació "en l'àmbit de llurs competències"); i, (2) degut a la manca de claredat de la pregunta formulada.¹⁰⁷ Tanmateix, la claredat és un requisit de configuració merament legal que no deriva directament de cap norma concreta de la CE ni de l'EAC, si no és apel·lant a principis genèrics com fóra el de seguretat jurídica.

106. Dict. 15/2010 CGE: "(...) del que es tracta, és de verificar que les propostes de consulta popular, a més d'observar la Constitució i l'Estatut, compleixin també les condicions establertes per una llei, la LCR, per la qual cosa també caldrà fer una anàlisi de conformitat de la proposta de consulta als preceptes de la LCR que tinguin una relació directa amb la Constitució i l'Estatut" (FJ 1r). "(...) la Mesa del Parlament ja verifica políticament i legal la consulta presentada pels promotors, sense que ens haguem de pronunciar expressament, en raó de la nostra genèrica funció dictaminadora, sobre la compatibilitat de la Proposta amb els preceptes de la LCR" (FJ. 3r).

107. Dict. 15/2010 CGE: "Només cal afegir que la indicació que precedeix l'entreinterrogació és imprecisa i equívoca, ja que no és possible saber del cert quin tipus d'iniciatives del Parlament de Catalunya són necessàries a tenor de la pregunta. En conseqüència, entenem que la pregunta proposada és incompatible amb l'article 7.a LCR." (FJ. 3r).

Creiem convenient afegir cinc retrets a aquest Dictamen: (1) la insuficient apel·lació al principi democràtic; (2) l'oblit de l'art. 87 CE en conjunció amb els arts. 166 i 168 CE –errant en la concepció excessivament restrictiva de competències de la Generalitat–; (3) l'oblit de la referència a la jurisprudència constitucional en relació amb la manca de límits materials a la reforma constitucional –inclús en allò referent a la integritat territorial–;¹⁰⁸ (4) que s'hagi prescindit totalment de les reiterades declaracions del Parlament de Catalunya reconeixent el dret d'autodeterminació a la nació catalana;¹⁰⁹ (5) relacionat amb la darrera, la manca de debat entorn de la doctrina del dret internacional a l'autodeterminació dels pobles.

Partint de les tesis que defensem en aquest darrer apartat del treball, plantegem, a fins i efectes merament doctrinals, una redacció alternativa de la pregunta demostrant la possible formulació constitucional sense modificar la voluntat de la proposta de consulta popular d'iniciativa ciutadana:

Està d'acord en què el Parlament de Catalunya, en virtut de les seves potestats d'instar una reforma constitucional emanades de l'article 87 de la Constitució espanyola, insti al Govern central i les Corts Generals a emprendre la reforma constitucional que reconegui el dret de Catalunya, com a nacionalitat, a autodeterminar-se com a estat sobirà i independent en virtut d'un procediment democràtic?

Aquesta consulta no ultrapassa les competències de la Generalitat i difícilment pot ésser titllada d'ambigua. Respecte a l'ambigüitat es resol tant "les iniciatives necessàries" com el contingut de l'"entreinterrogació" (emprant els vocables del CGE) de la consulta abans citada. En aquest sentit, sembla que l'ambigüitat que restaria pendent

108. *Vid.* l'apartat d'aquest treball sobre els límits materials a una consulta de caire sobiranista.

109. La Resolució 98/III, del 12 de desembre de 1989, sobre el dret a l'autodeterminació de la nació catalana; la Resolució 679/V, de l'1 d'octubre de 1998, sobre l'orientació política general del Consell Executiu; i la Resolució 631/VIII, del 3 de març de 2010, sobre el dret a l'autodeterminació i sobre el reconeixement de les consultes populars sobre la independència. Totes elles reafirmades per la Moció 6/IX del Parlament de Catalunya, sobre el dret a l'autodeterminació del poble de Catalunya i sobre el dret de la societat a expressar-se mitjançant consultes populars de 10 de març de 2011.

seria "en virtut d'un procediment democràtic". Difícilment podem pretendre que no quedi algun terme obert en la pregunta. El procediment democràtic en qüestió seria objecte de discussió constitucional tot observant les experiències del dret comparat. Sembla que el procediment democràtic sorgiria de la concurrència de la voluntat del Parlament de Catalunya i una clara majoria dels ciutadans catalans que així ho avalés.¹¹⁰ La necessitat d'una clara majoria ciutadana (la noció de la "*clear majority*") sorgeix de l'Opinió Consultiva de l'any 1998 de la Cort Suprema del Canadà.¹¹¹ Sembla que s'està erigint un tímid consens internacional sobre aquesta noció de clara majoria ciutadana que consistiria en el mínim de participació del 50% del cens electoral responnent afirmativament un 55% dels votants.¹¹² Malgrat l'interès doctrinal i pràctic que poden comportar aquestes reflexions, no ens estenem més en aquest sentit car ens allunya de l'objecte principal que ara ens ocupa.

Hom pot criticar aquest model de consulta basada en la reforma constitucional i l'art. 87 CE per estar-se reconeixent indirectament la necessitat d'una via bilateral/consensuada d'accés a la sobirania nacional plena. No és una crítica baladina. Emperò, cal recordar que l'accés unilateral de les nacions a la independència sovint es deu al fracàs de previs intents d'acords bilaterals/consensuats.¹¹³ Conseqüentment, els intents fallits de solucions bilaterals, doten de més arguments polítics i jurídics a l'hipotètic dret de secessió unilateral que hom pot pregonar.

110. Per un anàlisi empíric del comportament dels ciutadans catalans sobre la qüestió "Si demà es fes un referèndum per decidir la independència de Catalunya, vostè què faria?", *vid.*: CEO. *Encreuaments per opció de comportament en un referèndum per decidir la independència de Catalunya*. Baròmetre d'Opinió Política (BOP). 2a onada 2011 - REO 652.

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

112. Regles aplicades pel cas de Montenegro i Sudan del Sud. *Vid.*: López Bofill, H., "L'evolució jurídica cap a un Estat Propi", *RCDP: Especial sentència sobre l'Estatut*, 2010, pp. 485-493. Aquestes regles no són acceptades pel Govern escocès que sosté la regla de la majoria simple i la manca de llindars mínims de participació referendària. *Vid.* Govern escocès, *Your Scotland, Your Referendum*, *op. cit.*, p. 13.

113. *Vid.* Opinió Consultiva de la Cort internacional de Justícia de 22 de Juliol de 2010 amb relació a la pregunta que l'Assemblea General de Nacions Unides li formula entorn de la conformitat amb el dret internacional de la declaració unilateral d'independència de Kosovo. En aquest Dictamen es posen de manifest els intents fallits de buscar una solució consensuada entre els representants kosovars i els representants serbis.

RESUM

L'article analitza les competències de la Generalitat sobre regulació i convocatòria de consultes populars. Primerament, s'ofereixen arguments de caire teòric, històric i comparat perquè el Tribunal Constitucional interpreti expansivament la Constitució per permetre a les Comunitats autònomes caminar folgadamente vers la democràcia participativa. L'article traça una doctrina de competències compartides Estat-Generalitat en relació amb la regulació de les consultes populars referendàries (reservant l'autorització a l'Estat) i una competència exclusiva de la Generalitat de regulació i convocatòria de consultes no referendàries. Així, s'argüeix la constitucionalitat de la Llei catalana 4/2010 de Consultes Populars per via de Referèndum. Es tracta l'autorització estatal de les consultes referendàries. Es constata la paradoxa entre l'absència de límits materials a la reforma constitucional espanyola segons el propi Tribunal Constitucional (inclús pel que fa als confins de l'Estat o el reconeixement d'un hipotètic dret de secessió) i la impossibilitat de consultar a la ciutadania sobre qüestions que requereixin una reforma constitucional. Finalment, es defensa que l'article 87.2 de la Constitució és la clau de volta per legitimar jurídicament la competència de la Generalitat per formular una consulta popular per a un nou pacte fiscal o una consulta de caire sobiranista.

Paraules clau: consultes populars; referèndums; competències de la Generalitat; democràcia participativa; pacte fiscal; sobirania.

RESUMEN

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

defiende que el artículo 87.2 de la Constitución es la clave para legitimar jurídicamente la competencia de la Generalitat para formular una consulta popular para un nuevo pacto fiscal o una consulta de tipo soberanista.

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

ABSTRACT

This paper analyses the powers of the Catalan Government to regulate and call popular consultations. Firstly, theoretical, historical and comparative arguments are given to explain why the Constitutional Court should make a broad interpretation of the Constitution and let the the Autonomous Communities move forward to a more participatory democracy. A doctrine of concurrent powers between the central government and the Catalan Government is outlined with regards to the regulation of referendary consultations (reserving their authorisation for the State) and the exclusive power of the Catalan Government to regulate and call non-referendary consultations. Thus, Catalan Law 4/2010 of "Consultes Populares per via de Referèndum" is defended as being constitutional. The authorisation of referendums by the central government is also discussed. It is highlighted the paradoxical situation of there being no material limits to the reform of the Spanish Constitution according to the Constitutional Court itself (even regarding the boundaries of the State or the recognition of a hypothetical right of secession) and the impossibility of consulting the people about questions requiring constitutional reform. Finally, the paper points out that the Article 87.2 of the Constitution is the key to legitimate the juridical power of the Catalan government to conduct a popular consultation regarding a new fiscal pact or sovereignty.

Key words: popular consultations; referendums; powers of the Generalitat; participatory democracy; fiscal pact, sovereignty.