

Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

Núm. 9 - Octubre 2009



SOBRE REFERÉNDUM Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LA LEY VASCA DE LA 'CONSULTA' ANTE EL TRIBUNAL CONSTITU- CIONAL (CONSIDERACIONES CON MOTIVO DE LA STC 103/2008)

Alberto López Basaguren

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco

SUMARIO: I. La Ley vasca de la consulta y su impugnación ante el Tribunal Constitucional. – II. Sobre la competencia de la Comunidad Autónoma entre 'consulta' y 'referéndum': 1. ¿Es la 'consulta' un referéndum? 2. ¿Tiene el País Vasco competencia para establecer y convocar una consulta como la que se pretende? 3. Comunidades Autónomas y referéndum: el requisito de la autorización del Estado. – III. ¿Problemas sustantivos en la 'consulta' prevista en la Ley vasca? – IV. Sobre las infracciones en el procedimiento de elaboración de la Ley de la consulta. – V. ¿Podrían las Comunidades Autónomas tener competencia para la convocatoria de referéndum consultivo? – *Resumen-Resum-Abstract.*

I. La Ley vasca de la consulta y su impugnación ante el Tribunal Constitucional

La Ley vasca de la consulta es el punto final de un largo recorrido en la estrategia del nacionalismo vasco por la soberanía; estrategia que ha sido comúnmente conocida como *plan Ibarretxe*, por el nombre de su proponente, el entonces Presidente –*Lehendakari*– del Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Se podría decir que la Ley de la consulta es el 'canto del cisne' del mencionado *plan*¹, pues

Artículo recibido el 17/07/2009; aceptado el 31/07/2009.

1. Sobre el desarrollo del plan Ibarretxe, concretado en la aprobación de la Propuesta de nuevo Estatuto Político para el País Vasco y su desarrollo posterior, *vid.* Alberto López

con ella ha concluido –de momento, cuando menos– esa estrategia al haber perdido el PNV y sus aliados el Gobierno de la Comunidad Autónoma.

Tras el rechazo por el Congreso de los Diputados, en febrero de 2005², de la Propuesta de nuevo Estatuto Político para el País Vasco, aprobada por el Parlamento de la Comunidad Autónoma en diciembre de 2004³, el *Lehendakari* disolvió la Cámara de forma anticipada y procedió a la convocatoria de elecciones. Tras ellas, reeditó un Gobierno tripartito de muy precaria mayoría⁴, retomando su estrategia en el debate de política general de septiembre de 2007 en el Parlamento Vasco. En él expuso lo que dio en llamar “la hoja de ruta” del inmediato futuro –conocido como *plan Ibarretxe II*–, que giraba, fundamentalmente, en torno a la realización de una ‘consulta’ en octubre de 2008 y un ‘referéndum resolutivo’ en el segundo semestre de 2010⁵.

Realizadas las elecciones generales en marzo de 2008, la estrategia podía seguir adelante, aunque en un contexto de creciente de-

Basaguren: «Trasformazioni dello Stato autonomico e riforma dello Statuto del Paese basco: tra rottura e ‘accomodamento a volontà’», en Silvio Gambino (ed.): *Regionalismi e Statuti. Le riforme in Spagna e in Italia*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 171-217.

2. Vid. *Diario de Sesiones*. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, núm. 65, de 01/02/2005.

3. Vid. Parlamento Vasco. *Diario de Sesiones*. VII.ª Legislatura, n.º 114, de 30 de diciembre de 2004. La Propuesta fue publicada en el *Boletín Oficial del Parlamento Vasco*. VII Legislatura, n.º 115, de 7 de noviembre de 2003.

4. En las elecciones autonómicas de 2005 el Partido Nacionalista Vasco –PNV– perdió casi 140.000 votos respecto a las elecciones autonómicas de 2001, pasando de un 42’72% de los votos a un 38’67%.

5. Las previsiones del *Lehendakari* eran las siguientes: primero, la realización de una “oferta de pacto político al Presidente del Gobierno español”, hasta junio de 2008; segundo, realización de un pleno del Parlamento Vasco, en junio de 2008, para “refrendar el pacto político alcanzado con el Estado y autorizar una consulta jurídicamente vinculante para su ratificación”, o, en caso de ausencia de acuerdo con el Estado, para “autorizar la celebración de una consulta habilitadora que abra un proceso de solución”; tercero, la realización de la “consulta”, en cualquiera de las dos modalidades –con acuerdo o sin acuerdo–, según las circunstancias, el 25 de octubre de 2008. Finalmente, en el segundo semestre de 2010 se abriría el conclusivo proceso de negociación, con realización del “referéndum resolutivo”. En palabras del *Lehendakari*, éste constituiría, tanto en el supuesto de acuerdo con el Estado como de desacuerdo, la plasmación del “ejercicio del derecho a decidir libremente nuestro futuro”: cfr. Parlamento Vasco. *Diario de Sesiones*. VIII Legislatura, n.º 68, sesión de 28 de septiembre de 2007, pp. 38 y siguientes.

bilidad política del Gobierno vasco⁶. Frente al rechazo por el nuevo Gobierno central del acuerdo propuesto por el ejecutivo vasco, éste presentó el Proyecto de Ley de la consulta, que fue aprobado por el Parlamento Vasco en el verano de 2008⁷.

La Ley de la consulta tiene un artículo único en el que se establece, por una parte, la autorización del Parlamento al Presidente del Gobierno para someter a consulta de todos los ciudadanos con derecho de sufragio activo, y con carácter no vinculante, dos preguntas, simultáneas, en una misma papeleta. Y dispone que la consulta se celebre el 25 de octubre de 2008. Las preguntas eran las siguientes: "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?"

Finalmente, la Ley tiene una extensa Disposición Adicional en la que se regula el procedimiento de realización de la consulta –y las subvenciones a recibir por los grupos políticos para la campaña–, estableciendo una reconducción completa a la legislación electoral general

6. Las elecciones a Cortes Generales celebradas en 2008 revalidaron la mayoría parlamentaria del Partido Socialista (PS), aún sin obtener mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados. En la CA del País Vasco el PS obtuvo un notable triunfo electoral, con el 38'14% de los votos y 9 Diputados, frente al 27'11% de los votos y 6 Diputados del PNV y el 18'53% de los votos y 3 Diputados del Partido Popular –PP–. Los pequeños partidos que integran o apoyan la coalición de gobierno en la CA del País Vasco obtuvieron resultados modestos, sin lograr representación parlamentaria: Eusko Alkartasuna –EA– el 4'46% de lo votos, Izquierda Unida –IU– el 4'46% y Aralar el 2'66%. Con ello, el bloque nacionalista (PNV-EA) confirmaba una fuerte pérdida de votos, que ya se había manifestado en las elecciones locales celebradas en 2007.

7. Cfr. Ley vasca 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política (*Boletín Oficial del País Vasco*, n.º 134, de 15 de julio de 2008). La Ley resultó aprobada por 34 votos a favor y 33 en contra, además de 7 abstenciones. El Grupo Parlamentario Ezker Abertzalea, cobertura política de la organización terrorista ETA, aportó el voto necesario para que la Ley saliera adelante, a pesar de que su intervención en el Pleno fue en contra de la aprobación de la misma; los 7 miembros restantes se abstuvieron: *vid.* Parlamento Vasco. *Diario de Sesiones*. VIII Legislatura, n. 98, de 27 de junio de 2008.

y previendo la utilización de la administración electoral y del procedimiento electoral en toda su extensión, en las mismas condiciones que en una convocatoria de referéndum o de un proceso electoral.

Contra la Ley vasca de la consulta se interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, tanto por el Presidente del Gobierno como por un grupo de Diputados del Partido Popular⁸. En el recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno, el Abogado del Estado planteó tres tipos diferentes de motivos que aquejarían de inconstitucionalidad a la Ley vasca⁹. El primero es de carácter competencial, en la medida en que se considera que la 'consulta', a pesar de su nombre, no es otra cosa que un referéndum, para cuya convocatoria la Comunidad Autónoma carecería de competencia. Además, al no prever la solicitud de autorización al Estado para su realización, vulneraría lo previsto en el artículo 149.1.32^a de la Constitución. Por otra parte, se impugna el propio contenido sustantivo de la consulta, en la medida en que se considera que trata de configurar al electorado vasco como cuerpo soberano, rompiendo la unidad del pueblo español como sujeto de la soberanía de acuerdo con la Constitución. Y ello, porque la consulta pretendería reformar la Constitución al margen de los procedimientos en ella expresamente previstos para ese fin, en la medida en que se pretende consultar a esa fracción del pueblo soberano sobre el modo de articular un supuesto derecho de autodeterminación, identificado como "derecho a decidir". Por último, un problema de procedimiento, por la utilización para su aprobación del procedimiento de "lectura única", sin que concudiesen los presupuestos requeridos para ello en el Reglamento del Parlamento Vasco.

Vamos a tratar de analizar estas cuestiones detenidamente, a la luz de las alegaciones del recurrente y de la respuesta que ha dado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 103/2008, de 11 de septiembre,

8. Cfr. Recurso de Inconstitucionalidad n.º 5707-2008, promovido por el Presidente del Gobierno, quien ha invocado el artículo 161.2 de la Constitución, quedando suspendida la vigencia de la Ley; y Recurso de Inconstitucionalidad 5748-2008, promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Popular del Congreso: *vid. Boletín Oficial del Estado*, n.º 173, de 18 de julio de 2008.

9. Sobre los posibles motivos de inconstitucionalidad de la Ley vasca de la consulta, *vid. Consejo de Estado. Dictamen n.º 1.119/2008*, de 3 de julio de 2008, relativo a la pretensión del Presidente del Gobierno de interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley vasca de la consulta.

en la que ha acogido cada uno de los tres motivos de inconstitucionalidad planteados por el Abogado del Estado¹⁰.

II. Sobre la competencia de la Comunidad Autónoma entre 'consulta' y 'referéndum'

1. ¿Es la 'consulta' un referéndum?

En relación con el análisis de la constitucionalidad de la Ley vasca de la consulta es necesario aclarar, en primer lugar, la naturaleza de la denominada 'consulta'; es decir, si se trata, pura y simplemente, de un referéndum al que se ha atribuido un *nomen* diferente o si se trata de un instituto distinto¹¹. De ello dependerá la clarificación de la cuestión de la competencia de la Comunidad Autónoma para establecer por Ley un instrumento semejante de participación de los ciudadanos y, muy especialmente, el requisito de previa autorización del Estado para su convocatoria.

La Ley, en consonancia con lo que venía sosteniendo el *Lehendakari*¹², pretende que la "consulta" regulada en ella no es un refe-

10. El recurso planteado por los Diputados del Partido Popular fue declarado extinguido por desaparición sobrevvenida de su objeto, al haber dictado el Tribunal Constitucional Sentencia declarando la inconstitucionalidad de la Ley recurrida en resolución del recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno: *vid.* ATC 269/2008, de 11 de septiembre.

11. Ciertamente, el debate suscitado en torno a la naturaleza de la consulta prevista en la Ley vasca parece sorprendente a la luz de la claridad sobre el significado del "referéndum" como instituto jurídico que parecía existir a juicio de la doctrina. Así, Giangiulio Ambrosini: *Referendum*, Bollati Boringhieri ed, Torino, 1993, p. 13, comienza su pequeño estudio con una afirmación tajante: "Il referendum è istituto tanto noto da non essere necessarie parole per chiarirne il significato".

12. Sobre los argumentos en defensa de la constitucionalidad de la Ley *vid.* el *Informe de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad Autónoma del País Vasco* que forma parte del Expediente remitido por el Gobierno al Parlamento al presentar el Proyecto de Ley: *cfr.* Parlamento Vasco. VIII Legislatura, ref. doc. 08\09\01\00\0028. El expediente está accesible en el sitio web del Parlamento Vasco (http://parlamento.euskadi.net/fr_iniciac). Los argumentos en defensa de la constitucionalidad de la Ley vasca se han tratado de fundamentar, *in extenso*, por Iñaki Lasagabaster Herrarte: *Consulta o referéndum. La necesidad de una nueva reflexión jurídica sobre la idea de democracia*, Lete, Bilbao, 2008. Sobre este trabajo véase el comentario crítico de Antonio Bueno Armijo: «La discutida aceptación de los referendums autonómicos: el caso vasco», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 6, 2009, pp. 72 ss.

réndum, aunque sí lo sería la consulta cuya realización se preveía realizar en 2010. En el Preámbulo de la Ley se utilizan dos tipos de argumentos para sostener que la consulta no es un referéndum. En primer lugar, que no constituye una de las modalidades de referéndum previstas en la Constitución; en segundo lugar, el hecho de que la consulta no tenga carácter vinculante desde el punto de vista jurídico¹³. Estas dos condiciones son, por tanto, las que, a juicio del legislador vasco, definen el referéndum como forma de participación popular.

En las alegaciones de la representación procesal del Gobierno vasco ante el Tribunal Constitucional en defensa de la constitucionalidad de la Ley impugnada –según se recogen en los antecedentes de la Sentencia– se incorpora, junto a los indicados, un nuevo argumento por el que se niega, igualmente, que la ‘consulta’ sea un referéndum. De acuerdo con estas alegaciones, sobre la base de lo previsto en el artículo 92 de la Constitución, no se trataría de un referéndum por el hecho de que el objeto de estos es la ratificación de una decisión previamente adoptada, en cuyo *iter* se encuadraría la participación popular a través del referéndum. En la consulta prevista en la Ley vasca no concurriría ninguna de estas características: no hay decisión sobre la que se apele al pueblo para que manifieste su opinión. De acuerdo con esta reconstrucción, solo se pretendería recabar el “estado de opinión” sobre dos cuestiones presentes en el debate político autonómico, sin que el resultado de la consulta pueda, por su propia naturaleza, vincular jurídica ni políticamente a nadie¹⁴.

13. Según la Exposición de Motivos, sin embargo, dicha “consulta habilitadora, aun no siendo jurídicamente vinculante, tiene plena validez política y social para abordar e impulsar el fin definitivo de la violencia, así como para conocer el estado de opinión de la sociedad vasca al objeto de abrir un proceso de resolución definitiva del conflicto político, entre todas las partes implicadas y sin exclusiones”.

14. Cfr. STC 103/2008, cit., núm 6.B. 1 y 2 de los Antecedentes. Las palabras que utilizó el *Lehendakari* en su exposición parlamentaria en septiembre de 2007 eran radicalmente distintas. Tras hablar de que la ‘consulta habilitadora’ enviaría un “mandato imperativo” a todas las partes, afirmó: “De esta forma, una vez celebrada la consulta de ratificación del pacto alcanzado con el Estado o, en su caso, la consulta habilitadora, y si esta es positiva, la siguiente fase natural es que todas las partes implicadas se sientan obligadas democráticamente a dar los pasos correspondientes para iniciar un proceso de solución. Por un lado, ETA estaría obligada por decisión popular a realizar una manifestación inequívoca, creíble y demostrable, de su voluntad para poner fin a la lucha armada y, en consecuencia, el Gobierno español y ETA abrirían una mesa de diálogo para dilucidar todos los aspectos relacionados con el fin definitivo de la violencia. Por otro lado, todas las fuerzas políticas vascas, sin exclusiones, estarían comprometidas a poner en marcha una mesa de negociación política para alcanzar, en un plazo fijado de antemano, un Acuerdo de Nor-

El TC, ciertamente, considera que para abordar la cuestión de la alegada falta de competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco para establecer y celebrar la 'consulta' establecida en la Ley es determinante aclarar si la consulta prevista es o no un referéndum; y considera, a la luz de las alegaciones procesales de las partes, que es pacífico entre ellas que "la Ley sería inconstitucional si su objeto fuera la celebración de una consulta referendaria"¹⁵. De esta forma, el TC afronta la tarea de establecer, en primer lugar, "lo que constitucionalmente deba ser considerado referéndum", para precisar, posteriormente, si lo que la Ley impugnada califica como consulta "constituye en realidad un auténtico referéndum aunque se eluda tal denominación", en cuyo caso la Ley impugnada incurriría en inconstitucionalidad¹⁶.

En este sentido, el TC –siguiendo la doctrina sentada en la STC 119/1995– distingue la participación política de la participación en general, y precisa que el referéndum es un instrumento de participación directa de los ciudadanos de naturaleza estrictamente política, manifestación del derecho fundamental de participación política contenido en el artículo 23.1 de la Constitución; es decir, es "una forma de democracia directa" y no una mera manifestación de la participación, en general, de las que difiere tanto en su justificación u origen como en su eficacia jurídica. Las formas de participación política directa son modalidades de la democracia política, manifestación de una voluntad general –y no particular o colectiva, como las otras formas de participación–, en la medida en que son imputables al cuerpo electoral. Su función, por tanto, señala el TC, no es recabar "la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos, sino aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral", es decir, expresivo de la voluntad del pueblo –tal y como se recogía en la STC 12/2008–. Por ello, el TC considera que el referéndum, en cuanto instrumento de participación política directa del cuerpo electoral, aparece "conformado y exteriorizado a través de

malización Política sobre el derecho a decidir del Pueblo Vasco, las relaciones de territorialidad y, por supuesto, todas aquellas cuestiones que los partidos consideren de interés, que a continuación sería sometido a referéndum resolutivo": cfr. Parlamento Vasco. *Diario de Sesiones*. VIII Legislatura, n.º 68, sesión de 28 de septiembre de 2007, pp. 40-41.

15. Cfr. STC 103/2008, cit., FJ 2.º

16. *Ibidem*.

un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas, siempre en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos constituye el ejercicio del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el artículo 23". Sobre estas bases, el TC concluye que para determinar si una consulta popular se realiza a través de referéndum "ha de atenderse a la identidad del sujeto consultado, de manera que siempre que este sea el cuerpo electoral, cuya vía de manifestación propia es la de los distintos procedimientos electorales, con sus correspondientes garantías, estaremos ante una consulta referendaria"¹⁷.

Para el TC, por tanto, no hay duda; la consulta establecida en la Ley vasca es un referéndum.

La firmeza de las posiciones que, en el campo político y en el jurídico, han tratado de defender una interpretación contraria a la finalmente sostenida por el TC hace conveniente, a mi juicio, que se realice una indagación doctrinal más amplia para tratar de precisar el grado de solidez o debilidad de la decisión del juez de la constitucionalidad.

En torno al referéndum existe una práctica relativamente amplia en los ordenamientos de nuestro entorno, de la que se extrae la conclusión de que no siempre existe –ni ha existido– una identidad absoluta en su caracterización general o en sus diferentes modalidades, así como en la identificación de este instituto frente a otras figuras próximas. Formas similares pueden recibir, en ocasiones, denominaciones diferentes, considerándose en unos países como referéndum en sentido estricto lo que en otros países se identifica como otro tipo de figuras similares o afines (especialmente, el plebiscito).

Estas diferencias, sin embargo, no impiden la existencia de una coincidencia sustancial en la caracterización de la figura del referéndum. Por encima de las diferencias, a partir de la forma que el referéndum asume en Suiza –cuando reaparece como forma moderna, tras pasar por el tamiz de la Revolución Francesa–, como forma nece-

17. *Ibidem*.

saría de ratificación de las leyes aprobadas por las Asambleas Parlamentarias¹⁸, el referéndum se caracteriza por ser una forma de participación directa en la que el electorado se pronuncia en vía electoral, de forma afirmativa o negativa, sobre una cuestión sometida a su consideración¹⁹. Mayoritariamente, el referéndum ha tenido carácter *deliberativo* –o, mejor, *decisorio*–, vinculado siempre a un acto cuya validez requiere de la decisión mayoritaria del cuerpo electoral expresada a través de esta forma de participación directa. Esta característica concurre en la forma tradicional de referéndum *aprobatorio* de leyes ya debatidas –y aprobadas– en sede parlamentaria, que se corresponde con la figura originaria suiza, y concurre, igualmente, en los típicos referéndum destinados a sancionar la aprobación o reforma de los textos constitucionales u otros de carácter institucional básico o fundamental –como los Estatutos de Autonomía, p. e.–, o en el referéndum de tipo *abrogatorio* característico del sistema constitucional italiano.

La configuración tradicionalmente *deliberativa* –o *decisoria*– del referéndum no ha impedido la proliferación de otras formas de referéndum, especialmente, por contraposición a esta última, de la forma *consultiva* de referéndum. En este caso, el pueblo –el cuerpo electoral– es también llamado a pronunciarse, a través del voto, de forma afirmativa o negativa, pero con carácter no directamente decisorio o ratificatorio de un acto; acto que si, inicialmente, era de carácter legislativo –o, genéricamente, normativo–, pasa a incorporar, igualmen-

18. Vid. Julián Santamaría: «Participación política y democracia directa», en *Estudios de Ciencia Política y Sociología. Homenaje al Profesor Carlos Ollero*, Madrid, 1972, pp. 743-783; Eugenio De Marco: *Contributo allo studio del referendum nel diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano, 1974, esp. pp. 19 ss.; Giulio M. Salerno: *Il referendum*, CEDAM, Padova, 1992, pp. 1 ss.; Giulio M. Salerno: «Referendum», voz en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 200 ss.; Aldo Loiodice – Alberto Brighina: «Referendum», voz en *Enciclopedia giurídica Treccani*, vol. XXVI; Mauro Volpi: «Referendum», voz en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XII, UTET, Torino, 1977, pp. 494 ss. Resulta de interés ver el análisis del referéndum en diferentes países contenido en Francis Delpérée (dir.): *Référendums*, CRISP, Bruxelles, 1985 y, especialmente, por lo que ahora interesa, el referido a Suiza, realizado por Luzius Wildhaber, Bernhard Schmid y Marco Sassòli, pp. 357 ss. Sobre la evolución del concepto en Francia, desde la Revolución a la V.ª República, tiene gran interés Jean-Marie Denquin: *Référendum et plébiscite*, LGDJ, Paris, 1976.

19. En este sentido, G. Ambrosini: *Referendum*, cit., p. 13, afirma: “In senso latissimo si può definire (el referéndum) (como) una consultazione elettorale avente per oggetto uno specifico tema, su cui il «popolo» è chiamato direttamente a esprimersi, in forma deliberativa o in forma consultiva”.

te, actos de naturaleza directamente política. Mientras que en el caso del referéndum deliberativo o decisorio el pronunciamiento del electorado tiene efectos jurídicos inmediatos y vinculantes en el proceso aprobatorio de la Ley –o en su abrogación–, en el referéndum consultivo parece que no debiera tenerlos, por su propia naturaleza, aunque se trata de una cuestión que algunos discuten y que políticamente es muy comprometida²⁰.

El referéndum, en definitiva, consiste en “hacer aflorar la voluntad deliberativa popular mayoritaria (positiva o negativa), en orden a una cuestión relativa a una determinada decisión pública”²¹. El referéndum, así, “constituye una forma de consulta popular en la que el cuerpo electoral se expresa a través del voto al objeto de realizar el pronunciamiento popular relativo a una determinada decisión pública”²². Y esa manifestación de voluntad se realiza a través del voto directo, con todas las garantías del proceso electoral.

En la Ley vasca la ‘consulta’, como se ha visto, se configura como una forma directa de manifestación de la voluntad del cuerpo electoral, rodeada de todas las garantías propias del proceso electoral. Sustancialmente, desde este punto de vista, nos encontramos ante una figura en la que concurren las características que definen o que identifican al referéndum como tal instituto jurídico. Es decir, se trata de un referéndum, con independencia del *nomen* que el legislador le haya atribuido.

Hechas estas precisiones, los argumentos utilizados para negar que la ‘consulta’ tenga la condición sustancial de referéndum tienen poco fundamento. Respecto al argumento del carácter jurídicamente no vinculante de la consulta como elemento que negaría su carácter

20. Sobre el referéndum consultivo, frente al deliberativo, *vid.* G. M. Salerno: *Il referendum*, cit., pp. 50 ss. y sobre la cuestión controvertida de los efectos del referéndum consultivo, *Ibid.*, pp. 77 ss. En el mismo sentido, *vid.* M. Volpi, *op. cit.*, p. 503, quien sostiene que parece aproximarse más a la realidad la opinión de quien pone en duda la falta de efectos jurídicos vinculantes del referéndum consultivo, especialmente a la luz de la práctica llevada a cabo. Ciertamente, aunque jurídicamente no tenga un carácter directamente vinculante, políticamente resulta muy difícil actuar contra la voluntad manifestada por el pueblo, directamente, a través del referéndum.

21. Cfr. G. M. Salerno: *Il referendum*, cit., p. 84.

22. Cfr. G. M. Salerno: *Il referendum*, cit., p. 85.

de referéndum, se acaba de ver que el referéndum *consultivo* es una forma ya plenamente asentada y aceptada de referéndum, sin que ese carácter consultivo impida su calificación como tal. Por lo demás, se trata de un argumento que, en cualquier caso, tendría que ser rechazado de plano en el ordenamiento constitucional español como quiera que la propia Constitución establece expresamente una forma de referéndum de carácter consultivo en el artículo 92²³; lo que constituye una prueba irrefutable de que en nuestro ordenamiento la naturaleza consultiva de la participación directa al cuerpo electoral para responder en sentido afirmativo o negativo, a través de un proceso formal de votación, a la cuestión planteada no es, en ningún caso, un elemento que impida la consideración de esa consulta como referéndum. Tiene, así, pleno fundamento la afirmación del TC en el sentido de que la circunstancia de que la consulta de la Ley vasca no sea jurídicamente vinculante “resulta de todo punto irrelevante, pues es obvio que el referéndum no se define frente a otras consultas populares por el carácter vinculante de su resultado”²⁴.

Junto a este argumento, como ya se ha dicho, la defensa procesal del Gobierno vasco en el proceso de inconstitucionalidad utilizó un argumento suplementario, que no había aparecido en el debate político en torno a la elaboración de la Ley. Según se recoge en los Antecedentes de la STC 103/2008²⁵, la ‘consulta’ prevista en la Ley vasca no constituiría un referéndum de los contemplados en el artículo 92 de la Constitución porque, en estos casos, el referéndum tiene como objeto la ratificación de una decisión previamente adoptada, en cuyo *iter* aprobatorio el referéndum se sitúa en algún momento anterior a su aprobación definitiva. Y ninguna de estas dos características concurriría en la ‘consulta’ prevista en la Ley vasca.

Como se ha visto, el referéndum, tradicionalmente, es un elemento del *iter* aprobatorio de un acto –generalmente normativo, pero

23. En efecto, el artículo 92 de la Constitución establece: “1. Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos. 2. El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados. 3. Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución”.

24. Cfr. STC 103/2008, cit., FJ 3.º.

25. Cfr. STC 103/2008, cit., epígrafe 6.B,2 de los *Antecedentes*.

también político–, de carácter obligatorio o voluntario, según los casos, que se integra en el proceso de formalización de aquél. La representación procesal del Gobierno vasco considera que el establecimiento de una convocatoria al cuerpo electoral para que manifieste su voluntad a través del voto –afirmativo o negativo– sobre la cuestión –o cuestiones – que se someten a su consideración pierde la condición de referéndum si queda desvinculada del *iter* formativo de un acto determinado. Pero, contrariamente a lo que pretende el representante procesal del Gobierno vasco, la ausencia de esa vinculación a un acto determinado no atenúa el significado de la ‘consulta’, haciendo de ella una figura menos significativa, menos trascendental, desde el punto de vista de la configuración del sistema democrático, sino que lo agrava, porque altera la limitada funcionalidad que en las democracias representativas corresponde al referéndum, incluso en aquellas que acogen este instrumento de participación con mayor profusión. El referéndum, en los sistemas democráticos representativos, se articula como un elemento vinculado al proceso de decisión del sistema institucional representativo y se contempla con gran desconfianza la participación directa del cuerpo electoral si se desvincula de aquel proceso de toma de decisiones, porque corre el peligro de asumir connotaciones plebiscitarias.

Aunque se trata de una categoría discutida, cuando menos en su autonomía respecto al referéndum, el plebiscito es objeto de profundas críticas desde la óptica democrática, en la medida en que altera los principios de funcionamiento del sistema democrático, y lo dota de un fuerte significado personalista que lo convierte en un instrumento con grandes riesgos de degeneración autoritaria²⁶. Es lo que ha hecho que ‘plebiscito’ y ‘plebiscitario’ hayan adquirido unas connotaciones tan fuertemente negativas en el lenguaje común.

La doctrina que ha tratado de clarificar la hipótesis de una realidad binaria en las consultas al cuerpo electoral a través de la votación formal, tratando de identificar las características que distinguirían al

26. Vid. A. Chiappetti, *op. cit.*, quien precisa que, la ausencia de “previsión” del plebiscito significa que solo es aceptable en situaciones que actúan fuera del ordenamiento: “essa non può, in altre parole, che riguardare ‘rotture dell’ordinamento’, ossia fatti o, meglio, atti costituenti interruzioni della continuità legale posta in essere dall’ordinamento la rotura stessa”. Vid., igualmente, J.-M. Denquin: *Référendum et plébiscite*, cit., especialmente, pp. 289 ss.

referéndum del plebiscito, ha puesto de relieve que una y otra figura comparten el elemento sustancial –la convocatoria al cuerpo electoral para que se pronuncie, afirmativa o negativamente, a través del voto–; y ha puesto de relieve, igualmente, que una de las teorías tradicionales de diferenciación entre una y otra figura radica en la vinculación o desvinculación a la adopción de un acto –jurídico o político– por parte del sistema institucional de la democracia representativa, así como la existencia o ausencia de una regulación previa de la misma por parte de las normas sobre la constitución del ordenamiento²⁷. En consecuencia, si la ‘consulta’ establecida en la Ley vasca se aleja en algún aspecto de la caracterización tradicional del referéndum no lo hace para perder esta condición, sino para asumir características que lo desvinculan del proceso decisorio institucional con grave riesgo de derivación plebiscitaria.

En un ordenamiento como el español, en el que no se acoge esa caracterización binaria de la participación directa del cuerpo electoral, nos encontraríamos ante formas de referéndum con distintas connotaciones políticas, por lo que la ausencia de su inserción en el procedimiento decisorio institucional-representativo nunca supondría la pérdida de su condición de referéndum.

La argumentación de la representación procesal del Gobierno vasco nos ha llevado a abrir una vía de reflexión que es profundamente clarificadora del significado político de la ‘consulta’ prevista en la Ley vasca. Porque uno de los grandes problemas de la ‘consulta’ pretendida por el entonces *Lehendakari*, y la mayoría parlamentaria que la respaldó, no radica en la falta de concurrencia de las características que identifican el referéndum, sino en las connotaciones plebiscitarias que adquiere.

En la Ley vasca, la consulta que se preveía realizar el 25 de octubre de 2008 no aparece como elemento del *iter* de ningún acto jurídico; pero sí está vinculada a una acción política de gran trascendencia. Aún más, se trata de un intento por parte del entonces *Lehen-*

27. Vid. Achille Chiappetti: «Plebiscito», voz en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 945 ss. así como J.-M. Denquin: *Référendum et plébiscite*, cit., especialmente, pp.139 ss. pone de relieve que la teoría tradicional francesa venía a establecer la distinción entre una y otra figura en el hecho de que el referéndum consiste en el ‘voto a un texto’, mientras que el plebiscito consiste en el ‘voto a una persona’.

dakari de forzar a los partidos políticos que no formaban parte de la mayoría del Gobierno tripartito, a través de un hipotético voto mayoritario del cuerpo electoral, a participar en una estrategia política que rechazaban, a aceptar una estrategia de tratamiento del terrorismo a la que se oponían. Una estrategia en la que la solución al problema del terrorismo vendría garantizada, en la pretensión del entonces *Lehendakari*, por la aceptación de la estrategia política por la soberanía –o *derecho a decidir*– identificada estrechamente con su persona²⁸. La consulta, de esta forma, aparece, en toda su extensión como un instrumento con relevantes características “plebiscitarias”. No se trata de un fin en sí mismo²⁹, sino de un medio para imponer a los partidos externos al Gobierno la aceptación de una estrategia política que no comparten. Se trata de utilizar la manifestación de voluntad del cuerpo electoral, del pueblo, para imponer una vía de actuación política al sistema democrático-representativo, que se vinculaba directamente a la persona del entonces *Lehendakari*.

2. ¿Tiene el País Vasco competencia para establecer y convocar una ‘consulta’ como la que se pretende?

Una vez establecida la naturaleza de la ‘consulta’ como referéndum hay que aclarar si el País Vasco tiene competencia para establecer y convocar una ‘consulta’ que, formal y materialmente, constituye un referéndum. Ya se ha señalado que el TC consideraba pacífico entre las partes que esta conclusión significaría la aceptación de la inconstitucionalidad de la Ley. La cuestión no es, sin embargo, tan simple.

28. Hay que tener en cuenta que la estrategia conocida como plan Ibarretxe ha creado importantes tensiones en el seno del propio PNV, especialmente en la segunda mitad temporal de su desarrollo, hasta llegar a producirse un enfrentamiento, soterrado pero intenso, entre el entonces *Lehendakari* y la mayoría de la dirección de su propio partido, lo que llevó a este partido a una de sus mayores crisis, visualizada en la dimisión del entonces presidente de su ejecutiva (Euskadi Buru Batzar –EBB–), Josu Jon Imaz, y la más que evidente tensión entre el *Lehendakari* Ibarretxe y la nueva dirección, encabezada por Iñigo Urkullu, durante la formulación y el desarrollo del conocido como plan Ibarretxe II, que concluyó con la pérdida del Gobierno por el PNV tras las elecciones autonómicas. Sobre los riesgos –y las consecuencias– de la personalización en la diferenciación entre referéndum y plebiscito, *vid.* J.-M. Denquin: *Référendum et plébiscite*, cit., pp. 309 ss.

29. J.-M. Denquin: *Référendum et plébiscite*, cit., pp. 289 ss., pone de relieve la importancia de que el referéndum –y, en general, todos los institutos de democracia semidirecta– sea un fin en sí mismo y no un medio, lo que alteraría su función en sentido antidemocrático.

Porque la negación por parte de los defensores de la Ley de que la consulta allí establecida sea un referéndum está vinculada a la defensa de que solo lo son los expresamente previstos en la Constitución con esa denominación. Pero quienes eso sostienen consideran que ello no impide a las Comunidades Autónomas establecer otros institutos de participación política directa en los que concurren los elementos que identifican el referéndum, aunque no recibirían esa denominación. Lo que significa que no basta con aclarar que la consulta prevista en la Ley vasca sea un referéndum, sino que es necesario, además, precisar si el País Vasco tiene competencia para establecer un instrumento de participación directa como el señalado.

En efecto, uno de los argumentos que se han utilizado de forma más recurrente, tanto en la fase estrictamente política como en la defensa procesal del Gobierno vasco, para defender la capacidad de la Comunidad Autónoma para establecer la 'consulta' consiste en la consideración de que únicamente tienen la condición de referéndum aquellos supuestos expresamente previstos en la Constitución con tal carácter. Sobre esta base se sostiene que es posible establecer otras figuras, fuera de las expresamente previstas en la Constitución con la denominación de referéndum, idénticas al referéndum en su configuración sustancial, pero que ya no se configurarían como 'referéndum' en sentido constitucional. El fundamento de esta competencia estaría en la capacidad de autoorganización de la Comunidad Autónoma en vinculación con el principio democrático, el artículo 9 y el artículo 23 de la Constitución, en relación con lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto de Autonomía.

El TC rechaza esta pretensión con rotundidad. Precisa, en primer lugar, que la Comunidad Autónoma carece de título competencial expreso para establecer esa forma de participación directa del cuerpo electoral. Y añade que una tal convocatoria "tampoco puede basarse en inexistentes títulos implícitos"³⁰. La pretensión de utilizar el principio democrático como fundamento del que derivarían potestades implícitas para el establecimiento de un instrumento semejante es rechazada de plano por el TC, por considerar –retomando la doctrina establecida en la STC 25/1981, de 14 de julio– que las disposiciones del Estatuto vasco sobre las que se pretenden asentar –el artículo 9.2

del Estatuto—, relativas a la obligación de los poderes públicos de facilitar la participación de los ciudadanos, no constituye un título competencial sino una obligación de aquellos en el ámbito de sus competencias. Y concluye el TC que en nuestro ordenamiento no cabe, en materia de referéndum, ninguna competencia implícita.

En este sentido, hay que decir, en primer lugar, que la pretensión de que solo constituyan supuestos de referéndum los así previstos expresamente en la Constitución siendo posible el establecimiento de otros instrumentos idénticos sin esa denominación aboca a una diferenciación puramente nominal que es insostenible. Constituirá un supuesto de referéndum todo instrumento de participación directa que reúna los elementos que identifican al referéndum como instituto y que ya se han señalado. Lo que habrá que precisar, a partir de ahí, es si el País Vasco tiene competencia para establecer y convocar referéndum consultivo en su ámbito territorial.

El referéndum está contemplado en la Constitución de forma muy restrictiva, y con una serie de requisitos formales muy estrictos, que hacen de este instituto de participación directa una figura realmente excepcional en nuestro sistema político. El debate constituyente puso de relieve la existencia de una actitud mayoritaria de desconfianza respecto a la recepción del referéndum en nuestro sistema constitucional³¹. Ello llevó a que, a lo largo del proceso de elaboración del texto constitucional, se produjera una progresiva restricción de los supuestos en que se preveía la inclusión de esta figura, desde las iniciales previsiones del Anteproyecto de Constitución elaborado por la Ponencia hasta el texto finalmente aprobado por las Cortes y sometido a referéndum³². Los debates y la solución finalmente adopta-

31. Una visión desmitificadora de la importancia del referéndum como instrumento necesario de la democracia se había expresado en un importante trabajo de Julián Santamaría: «Participación política y democracia directa», en *Estudios de Ciencia Política y Sociología. Homenaje al Profesor Carlos Ollero*, Madrid, 1972, especialmente pp. 776 ss., en el que, tras mostrar lo endeble de los argumentos en apoyo de la participación popular directa a través de referéndum en función de su relación con la naturaleza, el fin o el funcionamiento de la democracia, concluye planteando la duda de si la comunicación directa del poder con el pueblo tiene por sí misma una significación democrática. La influencia de este trabajo pudo ser muy importante en el debate constituyente, en combinación con la experiencia del uso del referéndum durante el franquismo.

32. *Vid.*, sobre el debate constituyente y la evolución de la regulación del referéndum, Nicolás Pérez Sola: *La regulación constitucional del referéndum*, Universidad de Jaén, 1994, especialmente pp. 28 ss.; Enrique Linde Paniagua: «Artículo 92. Referéndum», en Oscar

da son expresivos de que el constituyente entendió que las formas de referéndum previstas en la Constitución constituían un *numerus clausus*, y no una relación meramente indicativa, abierta a la incorporación de otras formas de referéndum por parte del legislador, tanto estatal como autonómico, al margen de las expresamente previstas en la Constitución. Esto es lo que se pone de relieve en el inciso final del artículo 92.3 de la Constitución cuando remite a una ley orgánica para la regulación de “las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución”. El constituyente no se imaginaba otros supuestos de referéndum que los expresamente previstos en la Constitución.

Esta óptica restrictiva no es en absoluto sorprendente. En los sistemas democráticos representativos el referéndum es una figura auténticamente excepcional, lo que se refleja en la mayoría de los sistemas constitucionales de nuestro entorno en una recepción ciertamente limitada³³. En estas condiciones no es posible sostener la existencia de una capacidad implícita para la creación de otros supuestos de referéndum que los que expresamente prevean las normas constitutivas del ordenamiento. Tal y como indica el propio Tribunal Constitucional “no cabe en nuestro ordenamiento constitucional, en materia de referéndum, ninguna competencia implícita, puesto que en un sistema, como el español, cuya regla general es la democracia representativa, sólo pueden convocarse y celebrarse los referendos que expresamente estén previstos en las normas del Estado, incluidos los Estatutos de Autonomía, de conformidad con la Constitución”³⁴.

Ciertamente, en una cuestión tan sensible y significativa como el referéndum, que ha sido acogida con tan desconfiada cautela por el constituyente, no es posible sostener la posibilidad de una competencia implícita para el establecimiento y la convocatoria de referéndum. Lo que ocurre, como trataré de precisar más abajo, es que en un sistema como el nuestro esas normas constitutivas del ordenamien-

Alzaga Villamil (dir.): *Comentarios a la Constitución de 1978*, Tomo VII, Cortes Generales-Edersa, Madrid, pp. 460 ss. Únicamente Manuel Fraga y su partido (Alianza Popular) y algunos Senadores del Grupo Mixto (destacadamente Bandrés, de Euskadiko Ezkerra) mantuvieron una decidida actitud a favor de una amplia recepción de la figura del referéndum en la Constitución.

33. *Vid.*, en este sentido, M. Volpi, *op. cit.*, pp. 497 ss.

34. Cfr. STC 103/2008, cit., FJ 3.º.

to, en lo que se refiere a las Comunidades Autónomas, no siempre quedan limitadas a la Constitución. Y la exigencia de la “conformidad con la Constitución” a que se refiere el juez de la constitucionalidad no necesariamente, y en todo supuesto, quedará restringida a lo expresamente previsto en ella. Volveré sobre ello en el epígrafe final.

En lo que ahora interesa, la evidencia es que el Estatuto de Autonomía del País Vasco no atribuye a la Comunidad Autónoma competencia para establecer otras formas de referéndum ni para convocar otros referéndum que los expresamente previstos para la reforma estatutaria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 152.2 de la Constitución, o para las modificaciones territoriales establecido en el artículo 8, sobre el que se volverá más adelante.

Por parte de los defensores de la capacidad de la Comunidad Autónoma del País Vasco para regular –y convocar– la consulta prevista en la Ley vasca 9/2008, por no tratarse de un referéndum, se han utilizado dos argumentos finales: la referencia, por una parte, a los supuestos de ‘referéndum’ en el ámbito local o municipal y, por otra, la inclusión en algunas de las recientes reformas de los Estatutos de disposiciones en las que se prevé la capacidad autonómica para convocar “consultas populares”³⁵.

Hay que recordar que, la Ley Orgánica sobre distintas modalidades de Referéndum hace referencia a las ‘consultas populares’ en el ámbito municipal para establecer que no les son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley³⁶. Pero, aunque tradicionalmente se ha hablado de ‘referéndum’ municipal es sintomático que ni en la Ley Orgánica ni en la Ley de Bases de Régimen Local (artículo 71) se hable de ‘referéndum’, sino de ‘consultas populares’³⁷. Y ello se debe, lo

35. *Vid.* lo dispuesto en los artículos 29 y 122 del Estatuto de Cataluña, reproducidos en los artículos 30 y 78 del Estatuto de Andalucía y, de forma menos literal en otros Estatutos.

36. La Ley Orgánica 2/1980, sobre las distintas modalidades de referéndum, excluye en su Disposición Adicional los supuestos de las “consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos, relativas a asuntos relevantes de índole municipal, en sus respectivos territorios, de acuerdo con la legislación de régimen local”; pero, incluso en estos supuestos, queda “a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización”.

37. Sobre el ‘referéndum’ municipal, puede verse Antonio Ibañez Macías: *El referéndum local en España: régimen jurídico*, Universidad de Cádiz, 2005, especialmente pp. 103 ss.

mismo que ocurre en otros ordenamientos³⁸, a la falta de claridad sobre las formas de estas 'consultas populares', que tradicionalmente han asumido formas mucho más laxas que las del referéndum, por lo que no necesariamente asumirían esa forma. Pero, sobre todo, es la reducción de la trascendencia política que deriva de la limitación de su ámbito geográfico la que ha llevado, tradicionalmente, en diferentes países, a acoger una regulación más laxa de las consultas populares –incluso del referéndum– en el ámbito local o municipal; laxitud que no es exportable a otros ámbitos territoriales más amplios cuando la trascendencia política de la manifestación de voluntad del electorado trasciende lo puramente local³⁹. Esto es lo que pone de manifiesto la consulta prevista en la Ley vasca; y lo que pone de relieve la debilidad de las pretensiones de construir una defensa de la factibilidad del referéndum regional, más allá de los supuestos estrictamente previstos, sobre la base del reconocimiento del referéndum local a pesar de carecer de previsión constitucional.

En segundo lugar, por lo que se refiere a las 'consultas populares' contempladas en algunos Estatutos, nos encontramos con un primer problema: el Estatuto del País Vasco no contempla tales figuras, por lo que es dudoso que la Comunidad Autónoma sea titular de una competencia similar, a la luz de lo dispuesto en el artículo 149.3 de la Constitución. Aunque no parece que habría problemas para deducir esta capacidad de las competencias de autoorganización de la propia Comunidad Autónoma, siempre y cuando se interprete su contenido en sentido estricto y no se pretenda interpretarlas de forma expansiva, incluyendo también el referéndum. Porque el problema fundamental estriba en el contenido de esta competencia, que no puede ser, si se interpreta de forma sistemática con lo previsto en la Constitución, la pretendida por quienes recurren a este argumento; que no es otra que la de sostener la capacidad de la Comunidad Autónoma

38. Vid. G. M. Salerno: *Il referéndum*, cit., p. 240 ss., que se refiere a las formas muchas veces 'oficiosas' que han caracterizado a los llamados 'referéndum' locales en el sistema italiano.

39. En este sentido, J.-M. Denquin: *Référendum et plébiscite*, cit., pp. 327-328 expone las razones de que la previsión de convocatoria de referéndum sea más laxa a nivel local, por ejemplo en países como Alemania o Estados Unidos, que excluyen la posibilidad de referéndum a nivel nacional; si bien los fenómenos degenerativos "peuvent certes se manifester sur le plan local, mais le fait qu'ils soient circonscrits a priori dans un espace restreint leur enlève toute chance de (...) servir de levier puissant pour une volonté subjective agissant sur le plan national".

para establecer 'consultas' que reúnan las condiciones materiales y formales del referéndum, pero sin esa denominación. En este sentido, la propia regulación establecida en los Estatutos es profundamente clarificadora del ámbito posible, en el marco de la Constitución, de estas 'consultas populares' en la medida en que recurre a una relación de los supuestos en que pueden consistir aquellas 'consultas populares': "encuestas, audiencias públicas y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución".

Ciertamente, las disposiciones estatutarias no están estableciendo la competencia para la convocatoria de 'consultas' con características de referéndum. Por la trascendencia de la figura, si hubiesen pretendido tal cosa, se hubiese recogido expresamente ese supuesto. En este contexto, no es sostenible la pretensión de utilizar el carácter abierto del inciso final para incluir un contenido que trascendería sustancialmente de la naturaleza de aquellos a los que la norma hace expresa referencia; la forma implícita no puede tener una naturaleza y una trascendencia significativamente distinta a la de las formas contempladas de forma explícita.

De esta forma parece que la conclusión del TC afirmando que el País Vasco carece de competencia para establecer un instrumento de participación política directa del cuerpo electoral como el previsto en la Ley de la consulta tiene un sólido fundamento.

3. Comunidades Autónomas y referéndum: el requisito de la autorización del Estado

La utilización por parte de los defensores de la Ley de la consulta de los argumentos dirigidos a sostener que la 'consulta' no constituye una forma de referéndum tenía un primer objetivo, relativo a la competencia de la Comunidad Autónoma para su establecimiento. Pero existía un segundo objetivo directamente vinculado a aquél: la pretensión de eludir la aplicabilidad del artículo 149.1.32.^a de la Constitución, que reserva al Estado la competencia exclusiva sobre la "autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum". Dado el carácter general de esta reserva competencial solo era posible eludir su aplicabilidad si se negaba que la 'consulta' tuviera la condición de referéndum. Y ello obligaba a sostener, implí-

cita o explícitamente, que solo tienen la naturaleza de referéndum los expresamente previstos en la Constitución con tal naturaleza, sin que ello supusiese limitación alguna para establecer otras figuras similares, siempre que no recibiesen la denominación de referéndum.

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el número 1 del artículo único de la Ley vasca, esta contiene tanto la autorización al *Lehendakari* para que proceda a la convocatoria de la consulta como la convocatoria de ésta⁴⁰. Y según se expresa en su Exposición de motivos, la celebración de la consulta allí prevista no requeriría de la autorización del Estado, por no tratarse de un referéndum ni ser jurídicamente vinculante.

El TC establece, como se ha visto, que la consulta es un referéndum y que, por ello, requeriría, en cualquier caso, la autorización del Estado, por tener competencia exclusiva para ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.32. de la Constitución. Por ello, la Ley vasca vulnera la Constitución al establecer la celebración de la consulta sin autorización del Estado.

Ciertamente, una vez determinado que la 'consulta' establecida en la Ley vasca tiene la condición de referéndum, no solo hay que concluir que la Comunidad Autónoma del País Vasco carece de la competencia para establecer tal modalidad de referéndum sino que, si la tuviera, en todo caso le sería de aplicación la exigencia de autorización para su convocatoria por parte del Estado, por haberle reservado la Constitución tal competencia de autorización. Y esa autorización no puede corresponder al Parlamento Vasco, como se prevé en la Ley que es objeto del recurso de inconstitucionalidad.

En este sentido, los defensores de la constitucionalidad de la Ley vasca han sostenido que la exigencia de autorización del Estado no sería contradictoria con la Ley, pues la autorización podría pedirse, en todo caso, antes de la efectiva realización de la consulta. Pero ese

40. En el apartado 1 del artículo único de la Ley se establece: "En virtud de la presente autorización del Parlamento Vasco, el *Lehendakari* somete a consulta de todos los ciudadanos y ciudadanas del País Vasco con derecho de sufragio activo, y con carácter no vinculante (...)" y en el apartado 2 del mismo: "La Consulta se celebrará el sábado 25 de octubre de 2008 en la Comunidad Autónoma del País Vasco y se tendrá por convocada por el *Lehendakari* el día 15 de septiembre de 2008".

argumento choca con la expresa previsión de la Ley, ya que es esta misma la que contiene la autorización del Parlamento Vasco y la convocatoria de la consulta por el *Lehendakari* y con la explícita afirmación contenida en la Exposición de motivos en el sentido de que la consulta no requiere la autorización del Estado.

III. ¿Problemas sustantivos en la consulta prevista en la Ley vasca?

El Tribunal Constitucional ha declarado que existe, además, un motivo de inconstitucionalidad de carácter sustancial, en razón del propio contenido de la Ley vasca de la consulta, por haberse infringido, tal y como sostenía el Abogado del Estado, los artículos 1 y 2 de la Constitución, en relación con el artículo 168 de la misma.

El TC realiza un largo *excursus* sobre este motivo de inconstitucionalidad, hasta el punto de constituir, formalmente cuando menos, uno de los argumentos más llamativos y, aparentemente, trascendentales de la Sentencia⁴¹. En síntesis, el TC entiende que la segunda pregunta que habría de ser objeto de la consulta contemplada en la ley presupone el “reconocimiento inicial de la existencia del ‘derecho a decidir del Pueblo Vasco’ en relación a la apertura de negociaciones (...) (dirigidas a) la consecución de un acuerdo en el que se establezcan ‘las bases de una nueva relación entre la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Estado español’”. Considera el TC que, por esta vía, la Ley pretende constituir al pueblo vasco como sujeto soberano, lo que supondría una transformación del sistema constitucional, en la medida en que plantearía “una cuestión que afecta al orden constituido y también al fundamento mismo del orden constitucional”, que es contraria al artículo 2 del texto constitucional en la medida en que supondría la “reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano o, cuando menos, de la relación que únicamente la voluntad de éste puede establecer entre el Estado y las Comunidades Autónomas”. Fundamento del sistema constitucional que la Ley vasca pretendería modificar eludiendo los procedimientos expresamente previstos en la Constitución –artículo 168–. El TC considera que la consulta no es sino un primer paso en un proceso que está dirigido a modificar el orden

41. Cfr. STC 103/2008, cit., FJ 4.º.

constitucional, para el que el electorado de la Comunidad Autónoma carece de identidad y de capacidad. Concluye, así, afirmando que el procedimiento que se pretende abrir con la consulta “no puede dejar de afectar al conjunto de los ciudadanos españoles, pues en el mismo se abordaría la redefinición del orden constituido por la voluntad soberana de la Nación”. El TC concluye que también por este motivo la Ley vasca es contraria a la Constitución.

Las consideraciones realizadas por el TC en el FJ 4.º plantean, a mi juicio, algunos problemas. No hay objeción alguna que realizar a la reconstrucción que realiza el juez de la constitucionalidad de la unidad del sujeto de la soberanía en nuestro sistema constitucional –el pueblo español–, ni a la imposibilidad de configurar sujetos de la soberanía que se correspondan con una parte de aquél, como es el caso del pueblo vasco; y es incontestable que la unidad del pueblo español como sujeto de la soberanía es uno de los fundamentos esenciales de nuestro sistema constitucional, cuya modificación solo podría realizarse a través del procedimiento agravado de reforma de la Constitución establecido en el artículo 168 de aquella.

El problema radica en la conexión entre estas consideraciones y el contenido de la Ley cuya constitucionalidad se enjuicia en el proceso que le ocupa. El recurso de inconstitucionalidad –como ya estableció el TC en la STC 86/1982⁴²– no es una vía de impugnación indiscriminada de bloques normativos, sino un procedimiento que “se dirige al enjuiciamiento de textos legales y de fórmulas legislativas determinadas”, lo que impone que la decisión del juez de la constitucionalidad haya de “circunscribirse (...) a la valoración de constitucionalidad de la Ley impugnada”. Si ello impide, como afirma el TC, que el enjuiciamiento pueda extenderse sobre otras normas anteriores a la impugnada lo mismo cabe decir respecto a hipotéticas normas futuras que se encuentren en la intención del legislador que dictó la norma impugnada, en una previsión estratégica de la que ésta es solo un primer paso.

Ciertamente, la pretensión de realizar la consulta establecida en la Ley impugnada se inscribía en un proceso –el *plan Ibarretxe*– que

pretendía llevarse a cabo por las fuerzas políticas que integraban el Gobierno vasco. Pero el desarrollo de esta estrategia requería que las previsiones de sus impulsores acabasen materializándose de forma efectiva en los actos normativos correspondientes. En la Ley de la consulta puede estar pretendiéndose imponer la aceptación del “derecho a decidir”; pero es una mera pretensión de sus autores que carece de materialización efectiva en la Ley y que tendría que hacerse realidad normativa en el futuro. Un futuro que, como ha puesto de manifiesto la realidad, era puramente hipotético y dependía de muchas circunstancias que escapaban a la mera voluntad de los impulsores de la Ley o del propio legislador vasco del momento de aprobación de la Ley.

La Ley contiene un mero amago del “derecho a decidir”, un intento de darlo por sentado, pero carente de consecuencias prácticas como tal. Su materialización se realizaría –si llegasen a cumplirse aquellas previsiones– en 2010; pero exigiría nuevos actos normativos que tratasen de hacerlo realidad. Ese elemento solo está en la Ley como una previsión futurible externa a sus concretos efectos. Lo que contiene efectivamente la Ley es la decisión de establecer una consulta y su convocatoria para una fecha determinada y con unas preguntas determinadas, para ser realizada de acuerdo a unas normas de procedimiento que se especifican. En el supuesto de que la consulta prevista en la Ley impugnada se hubiese realizado efectivamente –en el caso de que el País Vasco hubiese tenido competencia para ello– su realización en nada hubiese afectado a la unidad del sujeto de la soberanía pues con su realización no se hubiese procedido a modificar en ningún sentido nuestro sistema constitucional.

El TC, por tanto, tendría que haberse limitado a enjuiciar la constitucionalidad del contenido efectivo de la Ley y, muy especialmente, la cuestión de la incompetencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco para establecer y convocar una consulta como la referida. Pero no tendría que haberse adentrado en las pretensiones de futuro de los impulsores de la Ley, en cuyo conjunto se inscribía la consulta allí regulada. Ese enjuiciamiento solo puede realizarse en el momento futuro en el que aquellas pretensiones se materializasen a través de los correspondientes actos susceptibles de control de constitucionalidad, cuando esos actos se materializasen y si el TC fuese requerido para ello a través del oportuno recurso.

IV. Sobre las infracciones en el procedimiento de elaboración de la Ley de la consulta

Finalmente, se ha objetado a la Ley de la consulta la concurrencia de vicios en el procedimiento de aprobación, al haber utilizado el procedimiento de "lectura única", regulado en el artículo 119 del Reglamento del Parlamento Vasco, sin que concudiesen los requisitos allí establecidos⁴³.

Este artículo prevé dos vías por las que se puede recurrir al citado procedimiento. En primer lugar, cuando "la naturaleza del Proyecto de Ley lo aconseje o su simplicidad de formulación lo permita". Al margen, por el momento, del problema relativo a la concurrencia, o no, de las circunstancias mencionadas, hay que tener en cuenta que, en este supuesto, el Reglamento exige acuerdo del Pleno de la Cámara "a propuesta unánime de la Mesa, oída la Junta de Portavoces". Acuerdo unánime de la Mesa que, dada la fractura de la Cámara sobre esta cuestión, resultaba imposible. La segunda vía que abre el Reglamento de la Cámara para la utilización de este procedimiento requiere que lo exijan "circunstancias de carácter extraordinario y razones de urgente necesidad", en cuyo caso el Gobierno podrá hacer uso del referido procedimiento "sin requerir para ello la previa autorización de la Cámara".

En el Acuerdo del Gobierno por el que se remite al Parlamento el Proyecto de Ley⁴⁴ se justifica el recurso al procedimiento de "lectura única", en primer lugar, en la "simplicidad" en la enunciación y el contenido del Proyecto de Ley "dado que se limita a convocar la consulta, recogiendo el texto de la decisión objeto de la misma, las preguntas que se van a realizar a los electores, y la fecha para su celebración". A ello se añaden otras dos razones de carácter extraordinario a juicio del Gobierno: "el hastío de la sociedad vasca que ve cómo día tras día se impide la utilización de las vías exclusivamente políticas y

43. Hay que tener en cuenta que se trata del texto del Reglamento del Parlamento Vasco de 26 de febrero de 1983 (*Boletín Oficial del País Vasco*, n.º. 25, de 26 de febrero de 1983). Este texto ha sido sustituido por el nuevo Reglamento del Parlamento, de 23 de diciembre de 2008 (*Boletín Oficial del País Vasco*, n.º. 34, de 18 de febrero de 2009), en el que el procedimiento de "lectura única" ha pasado a regularse en el artículo 162.

44. *Vid. Memoria justificativa del Proyecto de Ley remitido por el Gobierno*, que forma parte del Expediente citado en nota 12.

democráticas para alcanzar la normalización política o la actual situación de bloqueo que preside la relación entre la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Estado español, un contexto que sólo puede ser desbloqueado de manera inmediata y sin mayor dilación a través del recurso, con carácter extraordinario, a un instrumento democrático como es recabar la opinión de la ciudadanía y poner en manos de la sociedad vasca la apertura de un proceso para abordar el fin definitivo de la violencia y la solución del conflicto político”⁴⁵.

Si el desarrollo del *plan Ibarretxe* llevaba dilatándose más de un lustro –en gran parte, por la cadencia temporal establecida por sus promotores–, no se entiende cuáles puedan ser las circunstancias extraordinarias y las razones de urgente necesidad que justificasen el recurso al procedimiento de ‘lectura única’. Y, ciertamente, los motivos aducidos por el Gobierno son, más que de oportunidad política, de pura conveniencia, recurriendo a un procedimiento con el que podían lograr más fácilmente su objetivo de aprobación de la Ley en los estrictos términos que convenían al Gobierno.

La opción por el procedimiento de lectura única tiene importantes consecuencias: la limitación de la capacidad de intervención parlamentaria en el debate y contenido del Proyecto de Ley. El debate y votación quedará sujeto al procedimiento de los debates y votaciones de totalidad, regulados en los artículos 102 y siguientes del Reglamento, que, entre otras cuestiones, impiden introducir enmiendas al texto del proyecto.

El procedimiento tenía mucha importancia, pues estaba vinculado con el contenido de la consulta; es decir, tanto la inclusión de dos preguntas, de forma simultánea, como, muy especialmente, la redacción literal de las mismas. El Proyecto de Ley no podía prosperar en el Parlamento sin el apoyo de, al menos, un voto del grupo parlamentario que daba cobertura política a la organización terrorista ETA, como así sucedió. Y ese voto no era posible si la redacción de la primera pregunta no se realizaba de una forma cuando menos aceptable

45. Sin embargo, el Gobierno reconoce en su Memoria justificativa que el Proyecto de Ley “tiene una naturaleza ciertamente singular y novedosa, tanto por su contenido como por el fundamento último y único de la intervención parlamentaria que no es otro sino autorizar o desautorizar la convocatoria que propone el *Lehendakari* o, por extensión, el Gobierno”.

para el mundo político que se agrupa en torno a ETA⁴⁶. Lejos de la "simplicidad" alegada por el Gobierno, se trataba de una cuestión políticamente muy compleja.

Sorprende, en este sentido, que los defensores de la democracia directa y de la apelación directa al pueblo para que manifieste su voluntad, como expresión de la auténtica democracia, no tengan, sin embargo, problema alguno en limitar y coartar el debate parlamentario sobre una cuestión de tanta trascendencia para la sociedad y para el sistema político vasco y español, en su conjunto, dificultando la formación cabal de la voluntad del órgano de representación política de los ciudadanos⁴⁷.

Las características que adoptó el procedimiento de debate y aprobación de la Ley de la consulta, la marginación de los miembros de la institución parlamentaria representativa de los ciudadanos, conecta directamente con los elementos plebiscitarios que asumía la pretendida consulta. Si se permitía participar a los miembros de la Cámara, dada la precaria –y por sí misma insuficiente– mayoría parlamentaria del Gobierno, se corría un grave riesgo de que se produjesen alteraciones en la alambicada ingeniería de las preguntas, con lo que la consulta ya no serviría a las pretensiones del Gobierno de avalar una peculiar estrategia en la que la solución al problema del terrorismo quedaba vinculada al respaldo a la propuesta política del Gobierno que, básicamente, giraba en torno al Proyecto de nuevo Estatuto Político para el País Vasco, o cualquier otro texto que lo sustituyese negociado por el Gobierno vasco con el Gobierno central.

46. En este sentido, se ha criticado, en primer lugar, que, en contra de lo que expresamente había afirmado el *Lehendakari* Ibarretxe, de forma reiterada, en sus comparecencias parlamentarias en las que expuso su plan, en el sentido de que la 'consulta' solo se celebraría "en ausencia de violencia" y tras lograr un "amplio acuerdo en la sociedad vasca", siguió adelante con su plan a pesar de la persistencia de la actividad terrorista de ETA –que persigue directamente, de forma muy especial, a los integrantes de los partidos que se oponen a su plan–, y sin consenso sobre sus pretensiones. Y, en segundo lugar, el contenido de la pregunta, que, en contra de lo que reiteradamente venía afirmando el *Lehendakari* Ibarretxe, no condena la actividad terrorista de ETA, lo que hubiese dificultado que la iniciativa prosperase.

47. Como ya advirtió Alexander Hamilton en el número 1 de *The Federalist Papers* –que cito por la edición de Cosimo, New York, 2006– "the noble enthusiasm of liberty is apt to be infected with a spirit of narrow and illiberal distrust" (p. 5).

Sobre esta cuestión, el TC recurre a su jurisprudencia anterior –STC 99/1987, de 11 junio– según la cual la vulneración de las disposiciones contenidas en los Reglamentos Parlamentarios en el procedimiento de aprobación de la Ley podría viciarla de inconstitucionalidad “cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de la voluntad en el seno de las Cámaras”⁴⁸.

El TC no considera necesario entrar en el control de la concurrencia o no de las “circunstancias de carácter extraordinario y razones de urgente necesidad” que exige el Reglamento de la Cámara, siguiendo una actitud de *self-restraint* que es habitual en este tipo de cuestiones⁴⁹. Pero considera que la Ley se refiere a una cuestión que está excluida de las materias que pueden ser objeto de recurso al mencionado procedimiento. En efecto, el artículo 119.3 del Reglamento del Parlamento Vasco excluye el recurso al procedimiento de “lectura única” cuando se trate de leyes que afecten “al ordenamiento de las Instituciones de la Comunidad Autónoma, al Régimen Jurídico de las Instituciones Forales, Régimen Electoral, ni derechos, deberes, o libertades de los ciudadanos”. El TC considera que “es evidente la incidencia de la Ley sobre el derecho fundamental a participar en los asuntos públicos garantizado a los ciudadanos vascos por el art. 23 CE. La misma Exposición de Motivos de la Ley 9/2008 subraya que la consulta que pretende celebrarse «constituye un instrumento legal y democrático para que el Pueblo Vasco pueda ejercer libremente el derecho fundamental de participación ciudadana en los asuntos de trascendencia que son de su incumbencia»⁵⁰. Y de esta forma, el procedimiento de elaboración de la Ley ha limitado notablemente las posi-

48. Cfr. STC 103/2008, cit., FJ 5.º.

49. Esta actitud de *self-restraint* ha sido tradicional en el TC en el ámbito del control de la concurrencia de las circunstancias de “extraordinaria y urgente necesidad” a que hace referencia el artículo 86 de la Constitución como requisito necesario para la aprobación de Decretos-Ley: *vid.*, por todas, la STC 111/1983, de 2 de diciembre, en la que la concurrencia de semejantes circunstancias acaba configurándose como una cuestión casi de pura oportunidad política, en manos del Gobierno, cuyo control jurisdiccional el TC se siente prácticamente incapaz de realizar. Recientemente, sin embargo, la STC 68/2007, de 28 de marzo, ha abierto la vía a un control sobre la concurrencia o no de semejantes circunstancias, lo que puede impedir que una exigencia tan trascendental como la establecida en la Constitución termine siendo una pura cláusula de estilo.

50. Cfr. STC 103/2008, cit., FJ 5.º El TC considera, en todo caso, que no es el artículo 9.2 del Estatuto el afectado sino, directamente, el artículo 23 de la Constitución –el derecho de participación–.

bilidades de participación de las minorías en el proceso de elaboración de la norma.

A mi juicio, no concurrían las “circunstancias de carácter extraordinario y razones de urgente necesidad” aducidas por el Gobierno siendo inadmisibles que para ello se recurra al “hastío” de la sociedad vasca o al bloqueo de la situación política. La Ley afectaba directamente a la configuración del derecho fundamental a la participación de los ciudadanos vascos, de una forma trascendental, como corresponde a la significación de la participación directa a través de la votación formal por el cuerpo electoral sobre la aceptación o rechazo de una cuestión de tanta trascendencia en el País Vasco como la del terrorismo y el acuerdo sobre su futuro estatus político. Pero, sobre todo, más coherentemente con los requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional sobre los supuestos en que la infracción del Reglamento de la Cámara puede ser motivo de inconstitucionalidad de una Ley, el recurso al procedimiento de “lectura única” impidió a los miembros de la Cámara incidir de forma sustancial, cuando menos, en el contenido de la consulta misma, es decir, de las preguntas a someter al electorado, alterando de forma sustancial el proceso de formación de la voluntad de la Cámara.

V. ¿Podrían las Comunidades Autónomas tener competencia para la convocatoria de referéndum consultivo?

En este punto hay que plantearse si en nuestro sistema constitucional son posibles otras modalidades de referéndum distintas de las expresamente previstas en la Constitución; más concretamente, si los Estatutos de Autonomía podrían establecer otros supuestos de referéndum distintos de los expresamente previstos en el texto fundamental.

En la STC 103/2008 el juez de la constitucionalidad realiza una reconstrucción que lleva a limitar los supuestos posibles de referéndum a los expresamente previstos en la Constitución, identificando aquellos con éstos. En efecto, el TC realiza una reconstrucción del sistema democrático como sistema sustancialmente representativo, en el que las instituciones de democracia directa (o mejor, semi-directa) tienen una función complementaria de las instituciones de

democracia representativa. El TC señala que “el referéndum es, junto con el instituto de la representación política, uno de los cauces de conformación y expresión de la voluntad general”; pero se trata de un “cauce especial o extraordinario, por oposición al ordinario o común de la representación política”. La Constitución ha establecido, por tanto, un sistema de democracia representativa en el que la voluntad soberana del pueblo se expresa, de forma ordinaria, en las Asambleas parlamentarias, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, en el que “los mecanismos de participación directa en los asuntos públicos quedan restringidos a aquellos supuestos en los que la Constitución expresamente los impone (...) o a aquellos que, también expresamente contemplados, supedita a la pertinente autorización del representante del pueblo soberano (Cortes Generales) o de una de sus Cámaras”. Institutos de democracia directa que, en nuestra democracia constitucional –“uno de los sistemas democráticos más plenos que cabe encontrar en el derecho constitucional comparado”, en afirmación del TC–, “han de operar (...) no como minusvaloración o sustitución sino como reforzamiento de esa democracia representativa”⁵¹.

Se ha señalado más arriba que, en algún momento, el Tribunal Constitucional parece establecer una fórmula que podría ser relativamente abierta cuando señala que solo son posibles en nuestro sistema los referendos “que expresamente estén previstos en las normas del Estado, incluidos los Estatutos de Autonomía, de conformidad con la Constitución”⁵². ¿Significa esto que los Estatutos de Autonomía pueden establecer otros supuestos de referéndum distintos de los expresamente previstos en la Constitución? Creo que ello no es así, a juicio del Tribunal Constitucional. Su afirmación es plenamente compatible con la señalada más arriba, pues los supuestos de referéndum establecidos en los Estatutos parecen ser aquellos expresamente requeridos por la Constitución –iniciativa autonómica y aprobación estatutaria– o habilitados por ella –aprobación de las reformas estatutarias–.

Como ya se ha señalado, esta parece que fue, igualmente, la voluntad del constituyente, que no vislumbraba la posibilidad de más

51. Cfr. STC 103/2008, cit., FJ 2.º.

52. Cfr. STC 103/2008, cit., FJ 3.º.

supuestos de referéndum que los expresamente previstos en la Constitución.

Creo que, a pesar de estos importantes elementos, habría que preguntarse si esto se corresponde con los parámetros de nuestro Estado autonómico. Sabemos que la *voluntas legislatoris* puede, ocasionalmente cuando menos, no expresar adecuadamente la *voluntas legis* o el sentido de la ley, especialmente cuando un ordenamiento ha conocido, en un largo proceso, una evolución que no estaba en la mente del legislador, llegando a una configuración del ordenamiento jurídico que el legislador no imaginó. Es ya un lugar común que mucho de esto ha ocurrido en relación con nuestro sistema autonómico. No porque, en lo que ahora interesa, se hayan traspasado los límites constitucionales, sino porque, dentro de lo que la Constitución permite en su estructura abierta, el desarrollo de nuestro sistema autonómico ha ido mucho más allá de lo que el constituyente imaginó en 1978. En este contexto, la voluntad constituyente es un elemento que debe tenerse en cuenta, necesariamente, en la interpretación de la Constitución. Pero debe pasar por el rasero de la interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales y, también, estatutarias, en cuanto parte del bloque de constitucionalidad.

En este sentido, creo, con el Tribunal Constitucional, que, a la vista de la posición del constituyente respecto al referéndum –de una desconfianza que le llevó a incorporar el instituto de forma radicalmente restringida–, no es aceptable tratar de deducir de forma implícita la hipotética competencia de las Comunidades Autónomas –o del legislador estatal, igualmente– para establecer nuevos supuestos de referéndum. Y esto es lo que ocurre con las nuevas disposiciones estatutarias que se refieren a las “consultas populares”, de las que ya se ha tratado. Solo son admisibles, por las razones señaladas, supuestos de referéndum cuando están expresamente previstos en normas idóneas para ello. Pero, ¿es la Constitución la única norma con capacidad para establecer supuestos de referéndum?

El Estatuto de Autonomía, en su condición de norma institucional básica de la Comunidad Autónoma no tiene más límites que los establecidos en el artículo 152 y los que se derivan de la propia lógica interna del sistema establecido en la Constitución. Al regular el sistema institucional y de gobierno de la Comunidad Autónoma el Esta-

tuto puede incorporar aquellas instituciones e institutos que, coherentemente con el sistema político diseñado en la Constitución⁵³, se consideren convenientes para el mejor funcionamiento del sistema político. En este sentido, distintos Estatutos de Autonomía han incorporado instituciones que la Constitución preveía expresamente para el Estado y no para las Comunidades Autónomas, sin que ello haya podido ser límite para su inserción en el sistema institucional de la Comunidad Autónoma de que se tratase. Este es el caso, de forma muy relevante, de los Defensores del Pueblo en las Comunidades Autónomas, a pesar de lo dispuesto en el artículo 54 de la Constitución.

En los mismos términos, nada impide en la Constitución la incorporación de supuestos de referéndum que, aún no estando expresamente previstos en la Constitución para las Comunidades Autónomas se establezcan en el correspondiente Estatuto de Autonomía. Ciertamente, no se trata de una capacidad carente de límites. Los supuestos de referéndum que podrían establecerse en los Estatutos de Autonomía serían aquellos que, aún no previstos expresamente en la Constitución para las Comunidades Autónomas, sean coherentes con las opciones realizadas por el constituyente.

El constituyente optó por incorporar un único supuesto general de referéndum, al margen del previsto para la ratificación de la reforma constitucional, el referéndum consultivo establecido en el artículo 92.1 y 2 de la Constitución. La regulación de este supuesto de referéndum pone de relieve su inserción en la lógica del funcionamiento de las instituciones del Estado, en sentido estricto; más concretamente, en las relaciones Gobierno-Parlamento. Y se trata de un modelo que puede trasladarse a los sistemas de gobierno de las Comunidades Autónomas, sin que pueda encontrarse en la Constitución nada que lo impida. La Constitución regula en detalle el sistema institucional del Estado como sistema parlamentario de Gobierno; pero deja al Estatuto de Autonomía, en el genérico marco del artículo 152 de la Constitución, la concreta regulación del sistema institucional de la Comunidad Autónoma. En esta tarea, el Estatuto puede incorporar al sistema institucional de la Comunidad Autónoma instituciones que

53. Lo que el artículo 147 de la Constitución expresa con la expresión "(d)entro de los términos de la presente Constitución".

el constituyente incorporó al sistema institucional del Estado y que, por ello, son coherentes con el sistema parlamentario de gobierno y con el modelo constitucional.

Y en este ámbito no es aplicable la reserva de Ley Orgánica establecida en el artículo 92.3 de la Constitución. Sobre esta cuestión ha habido un malentendido, provocado por la mala técnica legislativa utilizada al insertar esta previsión en el mismo artículo 92, a pesar de ser una disposición que trasciende el supuesto de referéndum consultivo regulado en los dos números anteriores del mismo artículo. La reserva de Ley Orgánica afecta a la regulación de "las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución". No solo del referéndum consultivo; pero solo de las modalidades *previstas en la Constitución*.

Pueden, por tanto, existir otras modalidades de referéndum además de las expresamente previstas en la Constitución. Pero solo pueden ser establecidas por la norma idónea para ello, que no es otra que el Estatuto como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma. Y no puede establecer cualquier modalidad de referéndum, sino solo aquel que sea coherente con la opción restrictiva adoptada por el constituyente, adaptada al sistema institucional de la Comunidad Autónoma pero salvaguardando las características que identifican el supuesto expresamente establecido en la Constitución. Es decir, los Estatutos de Autonomía podrían establecer el referéndum consultivo en las respectivas Comunidades Autónomas, a semejanza del referéndum consultivo general del Estado previsto en el artículo 92 de la Constitución. Es decir, un referéndum consultivo acerca de las "decisiones políticas de especial trascendencia", dentro del ámbito competencial de la propia Comunidad Autónoma y sometido a un sistema de autorización parlamentaria.

En este contexto adquiere toda su importancia el peculiar procedimiento de aprobación del Estatuto de Autonomía y la participación del Estado en la determinación de su contenido, de forma que se articulará como un momento de control de la idoneidad política de una previsión en ese sentido. Y así adquieren importancia las distintas regulaciones contenidas en el artículo 92.3 –"modalidades previstas en la Constitución"– y en el artículo 149.1.32.^a, en el que establece la reserva de competencia al Estado para la "autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum".

En cualquier caso, si un Estatuto de autonomía incorporase el referéndum consultivo, su convocatoria requeriría la autorización del Estado.

En este sentido, hay que tener en cuenta que en el propio Estatuto de Autonomía del País Vasco se prevé un supuesto de referéndum no previsto en la Constitución, lo que abona la tesis defendida en el texto. En efecto, en el artículo 8 del Estatuto se regula la posibilidad de agregación al territorio de la Comunidad Autónoma de los “enclaves” territoriales, estableciendo un procedimiento en cuyo seno se inserta un referéndum de los habitantes del municipio o territorio afectado, previa la correspondiente autorización⁵⁴. El hecho de que se trate de un supuesto establecido en el Estatuto de Autonomía sin estar previsto expresamente en la Constitución no ha planteado ningún problema para que el TC se refiera a él en la propia STC 103/2008, como un supuesto pacíficamente aceptable, a pesar de las tajantes afirmaciones genéricas realizadas en la misma Sentencia. Ni planteó ningún problema al TC en la STC 99/1986, de 11 de julio, en la que se enjuició la constitucionalidad de la previsión contenida en el Estatuto de Autonomía de Castilla-León sobre esta misma cuestión.

En cualquier caso, hay que salir al paso de una concepción que es ya muy antigua pero que, en torno al desarrollo del *plan Ibarretxe*, se ha tratado de imponer obsesivamente en los últimos tiempos, especialmente en el País Vasco. Se trata de la pretensión de que la auténtica democracia solo es aquella que acoge de la forma más amplia las formas de participación directa y, en concreto, el refe-

54. El artículo 8 del Estatuto de Autonomía del País Vasco establece: “Podrán agregarse a la Comunidad Autónoma del País Vasco otros territorios o municipios que estuvieran enclavados en su totalidad dentro del territorio de la misma, mediante el cumplimiento de los requisitos siguientes: a) Que soliciten la incorporación el Ayuntamiento o la mayoría de los Ayuntamientos interesados, y que se oiga a la Comunidad o provincia a la que pertenezcan los Territorios o Municipios a agregar. b) Que lo acuerden los habitantes de dicho Municipio o Territorio mediante referéndum expresamente convocado, previa la autorización competente al efecto y aprobado por mayoría de los votos válidos emitidos. c) Que los aprueben el Parlamento del País Vasco y, posteriormente, las Cortes Generales del Estado, mediante Ley Orgánica”. Por lo demás, el Estatuto de Autonomía de Castilla-León (aprobado por Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero) establecía un supuesto similar de referéndum para el supuesto de propuesta de desagregación del enclave territorial del Condado de Teviño: *vid.* Disposición Transitoria séptima, apartado 3, que ha pasado a ser Disposición Transitoria tercera en la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Castilla-León.

réndum, la participación directa del cuerpo electoral a través del voto⁵⁵. Se trata de una visión simplista del sistema democrático que hay que rechazar de forma radical. La participación directa del electorado puede ser productiva para el sistema democrático si concurren las condiciones que lo hagan posible y si su uso se dirige en esa dirección. Pero los riesgos del uso de los instrumentos de democracia directa son muy graves como para aceptar interpretaciones tan candorosas como las que se han intentado imponer entre nosotros. La historia de las democracias representativas y, aún más, del uso de los instrumentos de democracia directa en contra del propio sistema democrático, son suficientes, lo que hace innecesario insistir en ello⁵⁶.

La Constitución española tiene desconfianza, recela de los instrumentos de democracia directa, especialmente del referéndum. Y ello no hace menos profunda ni más imperfecta la democracia española. Los riesgos de desviación plebiscitaria de estos instrumentos son muy graves como para no ser tomados en serio. Baste recordar, por todos, la advertencia que hacía Alexander Hamilton cuando se refería, por una parte, a lo que denominaba "the rights of the people" y, por otra, a la "firmness and efficiency of government" y recordaba que la historia demuestra que, en los sistemas democráticos, el fervor por los primeros ha constituido un camino más firme para la introducción del despotismo que el fervor por los segundos; para acabar sentenciando que "that of those men who have overturned the liberties of republics, the greatest number have begun their career by paying an obsequious court to the people, commencing demagogues, and ending tyrants"⁵⁷.

En este sentido, se ha simplificado en exceso esta cuestión, hasta trivializarla, sin tener en cuenta los riesgos que surgen en torno al referéndum. Y ello justifica, sobradamente, la incorporación de cautelas y de límites a la libertad de uso del referéndum, exigiendo una previsión expresa en las normas constitutivas del ordena-

55. Algunos llegan a extremos como el de la defensa procesal del Gobierno vasco, que sostiene no ya la conveniencia de incorporar instrumentos de democracia directa para fortalecer el sistema democrático, como hacen muchos, sino que considera su incorporación una obligación: *vid.* STC 103/2008, cit., Apartado 6.B.1 de los Antecedentes.

56. *Vid.* bibliografía citada en nota 15.

57. Cfr. The Federalist Papers, cit., pp. 5-6.

miento (Constitución y, limitadamente, Estatuto de Autonomía). Y justifica, igualmente, la incorporación de cautelas y límites en el supuesto de incorporación de precisiones expresas en los Estatutos de Autonomía.

Esto es lo que explica que, incluso en sistemas como el del Québec canadiense, en el que se ha realizado ya en dos ocasiones un referéndum –inserto en una estrategia en la que se inspiró el *plan Ibarretxe*⁵⁸–, se haya tratado de introducir cautelas que eviten la transformación del referéndum, convirtiendo la manifestación de voluntad del electorado en meramente instrumental, así como los riesgos de su degeneración plebiscitaria⁵⁹. Aunque en Canadá se trate de una cuestión controvertida, en la que está sin resolver la confrontación entre la legislación federal y la provincial de Québec sobre esta cuestión⁶⁰, esta experiencia pone de relieve que la aceptación del referéndum provincial puede estar supeditada a importantes condiciones en su realización. Esta experiencia puede ayudar a entender mejor las cautelas adoptadas en el sistema constitucional español, frente a lo que, mayoritariamente, se ha venido relatando de la experiencia canadiense.

En este sentido, las formas utilizadas en los intentos de materialización del *plan Ibarretxe*, que ha tenido su última manifestación en la aprobación de la Ley de la consulta y la pretensión de realizarla, han sacado a flote los más peligrosos aspectos del referéndum, especialmente los riesgos de degeneración plebiscitaria. Es muy pro-

58. Sobre la estrategia por la soberanía en el País Vasco y su condición deudora de la estrategia del soberanismo en Québec, *vid.* Alberto López Basaguren: «Les nouveaux détours du principe des nationalités? Autour de la proposition de 'nouveau statut politique' pour le Pays basque», en *Civitas Europa*, n.º 12, 2004, pp. 79 ss., así como, del mismo autor, «Stéphane Dion y las verdades silenciadas de la experiencia canadiense», estudio introductorio a la edición española de la obra de Stéphane Dion: *La política de la claridad. Discursos y escritos sobre la unidad canadiense*, Alianza, Madrid, 2005, pp. 11 ss.

59. *Vid.* la Ley federal Clarity Act, de 29 de junio de 2000 (2000 c 26), dictada a partir del pronunciamiento de la *Supreme Court* en el asunto *Reference re secession of Québec* [1998] 2 S.C.R. 217, de 20 de agosto de 1998.

60. *Vid.* la Ley provincial de Québec *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec* (L.R.Q., chapitre E-20.2), de 13 de diciembre de 2000, con la que los soberanistas de Québec trataron de enfrentarse a la interpretación del pronunciamiento de la *Supreme Court* realizada por el Parlamento federal a través de la Clarity Act.

bable, por ello, que esta experiencia tenga más un efecto negativo que positivo en la pretensión de incorporar la posibilidad de referéndum consultivo en los Estatutos de Autonomía, y actúe más como antídoto contra esas pretensiones que como primer intento de desbroce de un camino que podría ser posible e, incluso, en determinadas ocasiones y con determinadas garantías, saludable para el sistema democrático.

RESUMEN

El trabajo analiza los problemas de constitucionalidad que concurren en la Ley vasca de la Consulta, con la que el Gobierno presidido por el *lehendakari* Ibarretxe pretendió materializar el llamado "derecho a decidir" del pueblo vasco, aprovechando la ocasión que brinda la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2008, de 11 de septiembre, por la que se declara aquella Ley contraria a la Constitución. El autor trata de fundamentar la corrección de lagunas de las posiciones sostenidas por el juez de la constitucionalidad al tiempo que discrepa de algunas de las argumentaciones utilizadas en la Sentencia. Finalmente, se analiza la viabilidad en nuestro ordenamiento constitucional de la incorporación de la figura del referéndum consultivo en los Estatutos de autonomía, y considera que la Constitución hace posible esta incorporación, dentro de los límites con que el referéndum fue recogido por el constituyente, al mismo tiempo que se trata de justificar las cautelas con las que semejante figura debiera, razonablemente, incorporarse, en el caso de que así se hiciese, lejos de las posturas que sostienen el carácter esencial del referéndum como expresión suprema de democracia.

Palabras clave: País Vasco; consulta popular; referéndum autonómico; derecho a decidir; procedimiento legislativo de lectura única; soberanía y reforma constitucional.

RESUM

El treball analitza els problemes de constitucionalitat que concorren en la Llei basca de la consulta, amb la qual el Govern presidit pel *lehendakari* Ibarretxe va pretendre materialitzar l'anomenat "dret a decidir" del poble basc, aprofitant l'ocasió que ofereix la publicació de la Sentència del Tribunal Constitucional 103/2008, d'11 de setembre, per la qual la Llei es declara contrària a la Constitució. L'autor intenta fonamentar la correcció de llacunes de les posicions que sosté el jutge sobre la constitucionalitat mentre discrepa d'algunes de les argumentacions que s'utilitzen en la Sentència. Finalment, analitza la viabilitat en la nostra ordenació constitucional de la incorporació de la figura del referèndum consultiu als estatuts d'autonomia, tenint en compte que la Constitució fa possible aquesta incorporació, dins dels límits en què el constituent va recollir el referèndum, alhora que tracta de justificar les cauteles amb què s'hauria d'incorporar raonablement una figura semblant; si es fes així, lluny de les actituds que sostenen el caràcter essencial del referèndum com a expressió suprema de democràcia.

Paraules clau: País Basc; consulta popular; referèndum autonòmic; dret a decidir; procediment legislatiu de lectura única; sobirania i reforma constitucional.

ABSTRACT

This paper analyses the problems of constitutionality involved in the Basque Referendum Act through which the government led by *Lehendakari* Ibarretxe attempted to implement the Basque people's so-called "right to decide". It took advantage of the occasion provided by the publication of the Spanish Constitutional Court Ruling 103/2008, of 11th September 2008, whereby the said act was declared to be contrary to the Constitution. The author sets out to provide grounds for the correctness of the positions taken by the judge on its constitutionality while at the same time disagreeing with some of the arguments used in the Ruling. Finally, the paper discusses the viability within our constitutional order of incorporating the figure of the referendum in the statutes of autonomy. It is considered that the Constitution allows such incorporation, limited by the concept of referendum established by the constituent. It attempts, at the same time, to justify the cautionary measures with which a similar figure might reasonably be incorporated.

Key words: Basque Country; plebiscite; autonomous-community referendum; self-determination; only-one reading legislative process; sovereignty and constitutional reform.