



**INFORME SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS LEGALES A
TRAVÉS DE LOS QUE LOS CIUDADANOS Y LAS CIUDADANAS
DE CATALUNYA PUEDEN SER CONSULTADOS SOBRE SU
FUTURO POLÍTICO COLECTIVO**

Barcelona, 11 de marzo de 2013



Índice:

I.	Planteamiento de la cuestión.	3
a.	Supuesto de hecho: la reivindicación de ser consultados en el marco del denominado “derecho a decidir”.....	4
b.	Principios constitucionales que deben guiar la selección, interpretación y aplicación de las normas.	8
II.	Relación de los procedimientos de consulta existentes o que podrían crearse. Valoración de la tesis que niega toda posibilidad de consulta de ámbito autonómico y previa a la apertura del proceso de reforma constitucional. Necesidad de negociación con el Estado.	14
III.	El referéndum de la Ley catalana 4/2010, de 17 de marzo.	22
IV.	Los referéndums regulados y autorizados por el Estado: los previstos en el artículo 92.1 CE y la LORMR 2/1980 y los que se podrían crear mediante una ley orgánica <i>ad hoc</i>	28
a.	Planteamiento.	28
b.	Aspectos procedimentales.	29
c.	Aspectos constitucionales.....	34
V.	La delegación o transferencia de competencias del artículo 150.2 de la Constitución.....	41
VI.	La reforma de la Constitución.	48
VII.	La consulta no referendaria prevista en el proyecto de ley en tramitación en el Parlamento de Catalunya.....	50
VIII.	Conclusiones.....	54

INFORME SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS LEGALES A TRAVÉS DE LOS QUE LOS CIUDADANOS Y LAS CIUDADANAS DE CATALUNYA PUEDEN SER CONSULTADOS SOBRE SU FUTURO POLÍTICO COLECTIVO

Con fecha de 8 de febrero la vicepresidenta del Gobierno y consejera de Gobernación y Relaciones Institucionales instó al Instituto de Estudios Autónomos la elaboración de un informe sobre los procedimientos existentes en el ordenamiento jurídico vigente, o que habría que introducir, para que los ciudadanos y las ciudadanas de Catalunya pudieran ser consultados sobre su futuro político colectivo.

I. Planteamiento de la cuestión

Tal y como se deduce del tenor literal de la pregunta que se nos formula, el objeto de este informe consiste en determinar si en el ordenamiento jurídico vigente existen vías para poder convocar una consulta para que los ciudadanos y ciudadanas de Catalunya puedan expresar la opinión sobre "su futuro político colectivo", en expresión de la resolución 5/X del Parlamento de Catalunya de 23 de enero de 2013.

Para dar respuesta a dicha cuestión es preciso analizar los problemas de constitucionalidad y de oportunidad y estrategia jurídicas que, en hipótesis, podría plantear la convocatoria de una consulta como la mencionada si se pretendiera realizar a través de alguno de los diversos procedimientos para convocar consultas populares que existen en el ordenamiento jurídico vigente o que se pudieran crear *ex novo*.

Queda, en cambio, fuera del objeto directo de estudio la problemática relativa a la manera en la que habría que implementar el resultado de la consulta. No

obstante, en este caso, vista la íntima relación entre el análisis de las vías para convocar una consulta y las vías para hacer efectivos sus resultados -que de hecho son dos fases de un mismo proceso o, incluso, dos caras de una misma moneda- aludiremos a las cuestiones relativas a la implementación cuando sea necesario para precisar aspectos referentes a la viabilidad constitucional o práctica de las diversas vías de consulta.

Delimitado en dichos términos el objeto de estudio, su análisis requiere, de entrada, que precisemos las características esenciales del supuesto de hecho que está en el origen del problema jurídico planteado y los principios constitucionales que guiarán la tarea de selección, interpretación y aplicación de las normas aplicables al caso.

Eso es, precisamente, lo que pretendemos hacer en este primer epígrafe.

- a) Supuesto de hecho: la reivindicación de ser consultado en el marco del denominado "derecho a decidir"

El supuesto hecho al que es necesario dar respuesta jurídica es la reivindicación, de una parte de los miembros de una comunidad política asentada en un territorio y dotada de instituciones de autogobierno político y de unas dimensiones e intereses generales que la hacen susceptible de disfrutar de un sistema de autogobierno pleno, así como la de sus representantes políticos, que pretende que se consulte a todos los ciudadanos y ciudadanas de esta comunidad sobre el modelo de autogobierno que prefieren. Esta exigencia de "ser consultados" se enmarca en el contexto más amplio de la reivindicación de lo que se ha denominado el "derecho a decidir" este futuro.



Se trata de una reivindicación que se caracteriza por el hecho de tener un amplio apoyo popular¹ y parlamentario², un origen lejano en el tiempo³, que se ha mantenido viva a través de un proceso constante e ininterrumpido y que en los últimos años ha incrementado de manera extraordinaria su fuerza reivindicativa tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo⁴. Dicho proceso ha culminado en la reciente resolución 5/X, antes citada, en la que el Pleno del Parlamento "acuerda iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir", con "diálogo y negociación con el Estado español, con las instituciones europeas y el conjunto de la comunidad internacional" y utilizando "todos los marcos legales existentes".

No es, pues, una reivindicación creada artificiosamente por unas minorías políticas o sociales, ni responde a motivos coyunturales -como la crisis económica actual, aunque este factor sin duda puede haber incidido en esta reivindicación-.

¹ Hay que recordar que en las elecciones al Parlamento del pasado 25 de noviembre de 2012 el 73,47% de los votantes dio su voto a partidos que habían incorporado a sus programas electorales, con fórmulas y matices diversos, el derecho de los ciudadanos a ser consultado sobre el futuro político de Catalunya.

² Las dos últimas resoluciones del Parlamento en las que se sometió a votación el denominado derecho a decidir (la 742/IX de septiembre de 2012 y la 5/X de 23 de enero de 2013) obtuvieron, respectivamente, el voto favorable de 84 y 85 diputados sobre los 135 que componen la Cámara.

³ La primera resolución del Parlamento sobre esta cuestión data del año 1989 -es la 98/III de diciembre-.

⁴ En las tres primeras resoluciones sobre esta cuestión (resoluciones 98/III, de diciembre de 1989, 229/III, de septiembre de 1991 y 679/V, de octubre de 1998) el Parlamento proclama el derecho a decidir en abstracto, sin concretar los instrumentos mediante los cuales pretende ejercerlo. En las tres siguientes (resoluciones 944/V, de junio de 1999 y 1978/VI de junio de 2003) manifiesta ya la voluntad de establecer dichos mecanismos. A partir del año 2010 adoptó ya la decisión de hacer efectivo este ejercicio (resoluciones 631/VIII de marzo de 2010, 6/IX de marzo de 2011 y 742/IX de septiembre de 2012 y 5/X de enero de 2013).



Éste y no otro es el problema político insoslayable sobre el que se nos pregunta cuáles son las vías legales existentes en el ordenamiento vigente para poder canalizarlo jurídicamente en su fase primera y preliminar de, simplemente, conocer la opinión de los ciudadanos y ciudadanas sobre el modelo de autogobierno que prefieren. Para seleccionar, interpretar y aplicar las normas jurídicas que regulan los procedimientos de consulta, los juristas, incluso los que optan por los planteamientos más formalistas, deben partir de la existencia de dicho problema político y de su innegable magnitud, permanencia y complejidad. Negar su existencia o intentar minimizar su alcance, equivale a desconocer el supuesto de hecho de la cuestión que hay que resolver jurídicamente y conduce inexorablemente a la inutilidad del análisis jurídico.

Sin embargo, lo cierto es que de momento, ante esta reivindicación, la reacción de destacados miembros del Gobierno del Estado y de los dos grandes partidos de ámbito estatal, así como de importantes sectores de la academia -y últimamente el Congreso de los Diputados- ha sido la de negar de entrada la posibilidad de realizar una consulta como la que se pide mayoritariamente desde Catalunya. En la mayor parte de los casos, tal negativa se basa en el argumento de que en el ordenamiento jurídico vigente no sólo no hay mecanismos que permitan realizar legítimamente una consulta de este tipo, sino que tampoco se puede pretender establecerlos *ex novo* en el futuro -a menos que se produzca una reforma de la Constitución- ya que lo impide el Texto constitucional y la interpretación que sobre esta cuestión ha realizado el Tribunal Constitucional, especialmente en la sentencia 103/2008 (*Plan Ibarretxe*).

Como analizaremos con más detalle inmediatamente, los que sostienen dicha tesis afirman que la convocatoria de referéndums en los que se incluye una pregunta que puede obtener una respuesta que podría exigir, para su



implementación, el establecimiento de un nuevo tipo de relación entre una comunidad autónoma y el Estado diferente del vigente, al resultar afectado el orden constituido y su fundamento -la soberanía del pueblo español y la unidad de la nación española-, requieren necesariamente que los mencionados referéndums sean convocados por el Estado, estén dirigidos a todos los españoles y se realicen al final del proceso de reforma constitucional, como referéndums de ratificación de la reforma. Por eso sería inconstitucional cualquier referéndum de ámbito territorial autonómico, previo a la apertura del proceso de reforma constitucional agravada, en el que se preguntara sobre el futuro político de la comunidad autónoma.

Es más, como acabamos de explicar y analizaremos más adelante, aparte de esta descalificación preliminar y genérica, el Gobierno estatal y las Cortes Generales, han rechazado ya algunos de los procedimientos mediante los cuales, en principio, se podría hacer una consulta como la que se propone en Catalunya -es el caso, por ejemplo, de la transferencia o delegación de competencias del artículo 150.2 CE- o han recurrido ante el Tribunal Constitucional leyes de la Generalitat que en principio podían dar cobertura a una consulta -es el caso de la Ley catalana 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum-.

Vista la actitud inicial del Estado, ciertos sectores políticos y sociales en Catalunya sostienen que es inútil intentar transitar por las vías jurídicas existentes en el ordenamiento vigente o proponer nuevas vías y afirman que el rechazo del Estado es suficientemente claro como para considerar legítimamente abiertas las vías alternativas para conocer la opción de los ciudadanos (en este sentido, hacen referencia a las consultas "no oficiales" o a elecciones "plebiscitarias") y para hacer efectivo el resultado de dichas consultas alternativas a través, por ejemplo, de declaraciones unilaterales del



Parlamento surgido de estas elecciones, y en el marco del derecho internacional.

Éste es, pues, el supuesto de hecho de nuestro análisis jurídico, que, como queda dicho, intentará responder a tres cuestiones: en primer lugar, si es cierto que desde una perspectiva constitucional está efectivamente vetada en nuestro ordenamiento la convocatoria de consultas como la que aquí estudiamos; en segundo lugar, en el caso de que se rechace esta primera objeción, si actualmente existen ya en el ordenamiento vigente mecanismos para poder realizar esta consulta y qué tipo de problemas constitucionales y de efectividad práctica puede suscitar cada una de estas vías -problemas de retrasos, bloqueos...-; y, en tercer lugar, si se podrían prever nuevos procedimientos de consulta valorando también su constitucionalidad y la eficacia o viabilidad prácticas.

b) Principios constitucionales que deben guiar la selección, interpretación y aplicación de las normas

Sin embargo, antes de intentar dar respuesta a estos interrogantes es preciso determinar cuáles son los principios constitucionales que deben guiar la selección, interpretación y aplicación de los preceptos constitucionales y legales que regulan directa o indirectamente los procedimientos de consulta popular. La interpretación a partir de los principios es siempre necesaria, pero se convierte en absolutamente imprescindible en los casos complejos como el que aquí nos ocupa. Sin la orientación de los principios se incrementa el peligro de caer en interpretaciones arbitristas, faltas de una base objetiva sólida, y el debate jurídico se convierte en difícilmente viable.

Pues bien, en el presente supuesto, los dos principios fundamentales desde los que es necesario interpretar los preceptos constitucionales y legales



aplicables son, por una parte, el principio del Estado de Derecho y, por otra, el principio democrático. Como es conocido, ambos principios están consagrados en el frontispicio de la Constitución, en el primer párrafo de su artículo primero.

En el caso aquí analizado, el principio del Estado de Derecho tiene como primera consecuencia la de obligar a realizar la consulta a través de alguno de los procedimientos previstos legalmente e interpretar los preceptos que regulan dichos procedimientos de acuerdo con las reglas de la dogmática jurídica, es decir, de acuerdo con las reglas que utilizan normalmente los juristas para seleccionar, interpretar y aplicar las normas jurídicas. El respeto a este principio resulta fundamental, en el caso que nos ocupa, por una parte, por el indudable valor intrínseco que siempre supone la sumisión del poder público a un Derecho emanado democráticamente que impone límites al poder -en forma de derechos, principios y mecanismos de control-, y por otra parte, porque el respeto de la legalidad refuerza sin duda la legitimidad política y democrática de todo el proceso de consulta, tanto internamente como internacionalmente.

Pero juntamente con el principio del Estado de Derecho, en el supuesto aquí analizado adquiere un relieve extraordinario, como criterio de interpretación, el principio democrático que obliga a seleccionar, interpretar y aplicar los preceptos que regulan los procedimientos de consulta de la manera que permita dar, respetando las reglas de la dogmática jurídica, la mayor expansión posible al derecho constitucional a la participación política de los ciudadanos del artículo 23 de la Constitución, incluida la vertiente del derecho a la participación directa a través de las consultas populares. O dicho de otra manera, obliga a interpretar estos preceptos evitando interpretaciones que supongan limitaciones o sacrificios del derecho de participación política directa que resulten innecesarios o desproporcionados. Como es conocido, el criterio



de dar a los derechos constitucionales la máxima expansión posible, como ha reiterado el Tribunal Constitucional, deriva del hecho de que según el artículo 10.1 de la Constitución dichos derechos son "el fundamento del orden político y de la paz social".

Esta premisa tiene aquí una concreción práctica fundamental, que a menudo se olvida: contribuye a cuestionar o, como mínimo, a modular muy significativamente la tesis, reiterada, que los preceptos que regulan los mecanismos de democracia directa han de interpretarse restrictivamente porque ésta era la voluntad de los constituyentes, según se pone de relieve en los debates sostenidos en el momento de la redacción de la Constitución. La aplicación del principio democrático, proclamado, como hemos recordado, en el primer párrafo del primer artículo de la Constitución, no parece que se pueda vaciar de contenido en relación a los mecanismos de democracia directa previstos legalmente, mediante el argumento siempre débil de la voluntad de los constituyentes o el recurso a interpretaciones sistemáticas construidas a partir del proceso constituyente.

Es necesario destacar, además y muy especialmente, que aquí estamos haciendo alusión a la aplicación del principio democrático como criterio para interpretar los preceptos jurídicos vigentes, no como principio legitimador de hipótesis alternativas en el caso de que las vías jurídicas resulten insuficientes para canalizar las reivindicaciones antes descritas. No se trata de un principio de aplicación alternativa al principio del Estado de Derecho. Lo que aquí se defiende es la aplicación del principio democrático como complementario del principio del Estado de Derecho: como un simple, pero obligado e importante criterio para interpretar, dentro de lo que permiten las reglas de la dogmática, los procedimientos vigentes o para proponer otros procedimientos siguiendo las reglas en vigor.



Y es preciso hacerlo así, no sólo porque lo exige el artículo primero de la Constitución, sino también porque lo imponen diversos instrumentos y resoluciones de instituciones internacionales a las que pertenece el Estado español.

En este sentido, por poner algunos ejemplos, como ha señalado el profesor Antoni Bayona, el Consejo de Europa ha dedicado una especial atención al fomento de la participación política a través de referéndums: ha aprobado diversas recomendaciones sobre las buenas prácticas que deben presidir los referéndums y, por ejemplo, en la Resolución 1704/2005, de 29 de abril, ha apostado por la necesidad de promover la aplicación de los referéndums como medio para afianzar el proceso democrático en el si de los Estados miembros del Consejo de Europa. En dicha Recomendación el Consejo de Europa considera que los Estados tienen que reconocer la posibilidad de realizar referéndums de ámbito territorial inferior al estatal. En el marco de esta Recomendación la Comisión Europea para la Democracia y el Derecho del Consejo de Europa elaboró y aprobó, el año 2007, un Código de Buenas Prácticas en materia de referéndums en el que considera el referéndum como patrimonio electoral europeo y parte del contenido normal del derecho a la participación política. Por otra parte, el Consejo de Europa ha insistido en diversos documentos en la idea de que los referéndums que sólo tienen efectos consultivos deben someterse a reglas más elásticas, por su propia naturaleza, que los referéndums jurídicamente vinculantes.

De hecho, llegados a este punto es necesario recordar la conocida y justamente elogiada decisión del Tribunal Supremo de Canadá de 1998 en la que, después de constatar que en la Constitución canadiense no figura el derecho de las Provincias a separarse de la Federación, destaca que, sin embargo, en la Constitución junto con el principio del Estado de Derecho y el principio federal se consagra, al mismo nivel, el principio democrático y que,

conforme a dicho principio, en el caso de que una Provincia acuerde por referéndum su separación de la Federación, ésta estaría obligada a negociar los términos de la separación, siempre que la pregunta formulada en el referéndum fuera clara y hubiera obtenido una mayoría también clara a favor de la separación.

En el caso aquí analizado el principio democrático sería preciso aplicarlo a una fase preliminar a la que se refiere el Tribunal Supremo de Canadá: la posibilidad o no de convocar una consulta y únicamente como criterio para interpretar preceptos que regulan dicha cuestión.

El objeto al que se aplica en este informe el principio democrático es, pues, más modesto y, por lo tanto, su aplicación y su trascendencia práctica resultan todavía más fáciles de justificar y son más exigibles. No se trata, insistimos, de hacer decir a los preceptos que regulan las consultas lo que no dicen ni pueden decir, ni de crear procedimientos contrarios a los principios constitucionales, se trata simplemente de interpretar los preceptos vigentes a la luz de las exigencias del principio democrático. De hecho, si se nos permite el *excursus*, las interpretaciones de los preceptos que regulan las consultas que permitan considerar incluidas consultas como las que aquí se analizan, serían mucho menos forzadas, como veremos, que otras que en esta materia ha realizado el legislador estatal, por ejemplo, cuando modificó en el año 1980 la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de regulación de las modalidades de referéndum (LORMR) para que Andalucía pudiera acceder a la autonomía por la vía "rápida" del artículo 151.1 CE, previendo que las Cortes Generales podían suplir la falta de ratificación de la iniciativa por parte de la provincia almeriense.

Lo que hemos dicho hasta aquí permite concluir que, desde una perspectiva jurídica, dado, por una parte, el supuesto de hecho analizado (el objeto de la



reivindicación -la simple demanda de ser consultados- y sus características -el sujeto que la promueve, la amplitud del apoyo, su reiteración, etc...) y por otra parte las exigencias interpretativas derivadas de la aplicación conjunta de los principios democrático y del Estado de Derecho, el Estado sólo podría negar la consulta si pudiera aducir objeciones de constitucionalidad incontestables o, dicho en otras palabras, si ninguno de los procedimientos existentes en el ordenamiento constitucional pudiera ser interpretado en el sentido de posibilitar una consulta como la que se promueve desde Catalunya.

Ésta es la cuestión que analizaremos en los próximos epígrafes, sin embargo podemos avanzar que a nuestro parecer en el ordenamiento vigente existen como mínimo cinco vías para realizar legalmente esta consulta (o para crear *ex novo* uno de estos procedimientos).

Lo que acabamos de decir equivale a afirmar que una hipotética negativa del Estado a convocar una consulta, a autorizarla o a permitir que se realice situaría la cuestión en el ámbito puramente político y abriría a la Generalitat la posibilidad de utilizar legítimamente las vías alternativas de convocatoria de consultas (a través de consultas "no oficiales", elecciones "plebiscitarias", etc...), que podrían ser implementadas, entre otro mecanismos, a través de declaraciones unilaterales del Parlamento.

Rebasa el ámbito de la consulta que se nos ha planteado y, por lo tanto, desborda el objeto al que se ceñirá este informe el análisis de los condicionamientos jurídicos que, desde los principios democrático y del Estado de Derecho, se imponen al Estado en la fase de implementación o de hacer efectivos los resultados de la consulta. No obstante, situado el debate en este punto, puede no ser ocioso recordar, para concluir, la obviedad de que la problemática que presentan las consultas populares relativas al futuro político de una determinada comunidad política que forma parte de una

comunidad más amplia, tiene un componente político de una potencia extraordinaria que obliga a reconocer la modestia de la contribución que puede hacer el derecho en la canalización del problema planteado. El derecho tiene que acompañar dicho proceso político hasta donde sea posible, pero los juristas tienen que ser conscientes de que, como demuestra sobradamente la historia, si las reivindicaciones son políticamente "serias" y no encuentran en el ordenamiento jurídico vigente mecanismos jurídicos para expresarse o para hacerse efectivas, acaban normalmente abriendo vías alternativas, a través de otros marcos legales o de simples vías de hecho, posteriormente juridificadas. Por eso, es posible que defiendan mejor el Estado de Derecho las posiciones que intentan, desde la aplicación del principio democrático, interpretar los preceptos vigentes de manera que a través de ellos se puedan canalizar estos tipos de reivindicaciones, que no las que utilizan estos preceptos para tratar de cerrarles el paso.

- II. Relación de los procedimientos de consulta existentes o que podrían crearse. Valoración de la tesis que niega toda posibilidad de consulta de ámbito autonómico y previa a la apertura del proceso de reforma constitucional. Necesidad de negociación con el Estado

Como adelantaremos e intentaremos justificar en el próximo epígrafe, a nuestro parecer, en el ordenamiento jurídico vigente hay como mínimo cinco procedimientos que, en principio, podrían ser utilizados para efectuar una consulta como la que aquí nos ocupa.

El primero de estos procedimientos es el regulado en la Ley 4/2010 del Parlamento de Catalunya, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum. Como es conocido, el Gobierno estatal recurrió dicha ley ante el Tribunal Constitucional, pero éste levantó la suspensión de la ley de manera que en estos momentos es plenamente vigente y aplicable.

En segundo lugar, están los referéndums sobre decisiones políticas de trascendencia especial regulados y convocados o autorizados por el Estado sobre la base de lo que prevé el artículo 92.1 de la Constitución y regula la LORMR. Como veremos, según cuáles sean los objetivos perseguidos por los promotores del referéndum sobre los sujetos a los que se quiere dirigir la consulta y según cuál sea la manera en la que se pretendan evitar las hipotéticas dudas de inconstitucionalidad que se puedan plantear, esta modalidad de referéndum se puede aplicar directamente sin ningún otro preámbulo, pero también podría aplicarse previa modificación de la LORMR o previo dictado de una Ley orgánica en la que, posiblemente, el legislador estatal debería incorporar algunos artículos con rango de ley ordinaria.

Un tercer procedimiento actualmente existente que también se podría utilizar es el de la transferencia o delegación de funciones del Estado prevista en el artículo 150.2 CE. El Parlamento de Catalunya podría instar a que el Estado, mediante una ley orgánica, delegara o transfiriera a la Generalitat la facultad de convocar -y si procede regular- un referéndum de ámbito autonómico como el que es objeto del presente informe.

Un cuarto procedimiento, que, en dos fases, permitiría convocar la consulta sería la vía de la reforma de la Constitución para incorporar de manera expresa un referéndum de ámbito autonómico. Si éste fuera su único objetivo -e, incluso, si en el nuevo precepto constitucional se indicara -con la formulación más adecuada- que la consulta puede ser previa a la apertura de una hipotética



reforma constitucional- se podría argumentar que la reforma sólo afecta al artículo 92 de la Constitución y que, en consecuencia, se puede realizar por la vía no agravada de reforma constitucional regulada en el artículo 167 CE. En cualquier caso lo más relevante de esta vía es, que, al vehicularse la propuesta de consulta por el procedimiento de reforma constitucional, no se podrían alegar en contra de la propuesta objeciones jurídicas de inconstitucionalidad.

Finalmente, todavía habría una última vía para realizar una consulta popular, aunque no se trataría propiamente de una consulta referendaria. Es la vía de la ley de consultas no referendarias que, al amparo del artículo 122 del Estatuto, actualmente se está tramitando en el Parlamento de Catalunya. Dado que ninguna de las consultas referendarias que acabamos de enumerar tiene efectos jurídicamente vinculantes, para que la vinculatoriedad política y la capacidad de persuasión de los resultados de la consulta no referendaria sean equiparables a las de los referéndums sería necesario que la regulación de la futura ley de consultas, cuando determine las personas que pueden ser llamadas a la consulta y establezca las garantías de transparencia y seguridad que deben regir su realización, lo haga de manera sensiblemente similar a la regulación de las consultas referendarias, sin convertir las consultas en referéndums encubiertos.

La vía de las consultas no referendarias tiene la ventaja de implicar sólo las instituciones catalanas y de no requerir del Estado una actividad de convocatoria o autorización de la consulta, que el Gobierno estatal o las Cortes Generales pueden considerar políticamente costosa. Lo único que exige del Estado es que no recurra la ley ni la consulta que se pueda promover desde Catalunya.

Corresponde a las instituciones de autogobierno de la Generalitat, con "diálogo y negociación" con el Estado como dice la resolución 5/X del Parlamento, optar



por el procedimiento de consulta que se considere más idóneo teniendo en cuenta los problemas jurídicos y de viabilidad práctica que, como veremos, presentan cada una de las alternativas reseñadas. No se puede descartar la oportunidad de utilizar de manera sucesiva más de una de estas vías, hasta encontrar el acuerdo con el Estado o la negativa a cualquier posibilidad de acuerdo. Claro está, sin embargo, que, no se puede exigir a la Generalitat un esfuerzo de propuesta de posibles opciones más allá de lo que es razonable, aunque las hipotéticas negativas del Estado refuercen la legitimidad de la apertura de las vías alternativas de consulta.

Antes de entrar a analizar los pros y los contras que tanto desde la perspectiva constitucional como de la eficiencia o viabilidad práctica pueden suscitar los procedimientos que se acaban de relacionar, hay que analizar la tesis antes mencionada de los que sostienen que, conforme a lo que ha establecido la sentencia del *Plan Ibarretxe*, es inconstitucional cualquier consulta de ámbito autonómico sobre una pregunta que afecte el orden constitucional vigente y su fundamento -la unidad de la Nación y la soberanía del pueblo español-, ya que dicha pregunta la tendría que formular el Estado, a todo el pueblo español y al final del proceso de reforma constitucional.

Naturalmente, si prosperara esta tesis, ninguna de las consultas antes mencionadas sería jurídicamente viable, sin una previa reforma constitucional. Sin embargo, hay buenos argumentos jurídicos para sostener que dicha argumentación incurre en serios vicios de incoherencia lógica y jurídica, ya que de las premisas de las que parte no se derivan necesariamente las consecuencias que se extraen.

En efecto, ni de la unidad de la Nación española, ni del principio de soberanía del pueblo español, ni de la necesaria reforma constitucional se infiere, como consecuencia jurídicamente o lógicamente necesaria, que no se pueda

convocar un referéndum dirigido a una parte de los ciudadanos y de forma previa al inicio de la reforma. Eso es así por la sencilla razón de que la unidad de la Nación española, la soberanía del pueblo español y el orden constitucional vigente no los puede alterar *per se* ni la convocatoria de una consulta como la que estamos analizando ni sus resultados. Este efecto, jurídicamente, sólo se puede producir a través de un referéndum constitucional en el que necesariamente deben intervenir las instituciones centrales del Estado y todos los ciudadanos españoles. Este hecho, se podría reflejar a tenor de la pregunta objeto de consulta, haciendo referencia a si los votantes están de acuerdo en que se proceda a la reforma de la Constitución para incorporar el hipotético resultado de la consulta; aunque, en rigor, esta precisión expresa no es obligada ya que se puede considerar en todo caso implícita. Los hipotéticos condicionamientos que la aplicación conjunta de los criterios derivados del principio democrático y del principio de Estado de Derecho podría tener sobre la necesidad de que las mencionadas instituciones estatales tuvieran en cuenta el resultado de la consulta -obligándolas por ejemplo a negociar- no desvirtuaría la conclusión inicial relativa a la falta de coherencia del razonamiento que niega *a radice* la posibilidad jurídica de celebrar la consulta analizada⁵.

En cualquier caso, resulta claro que la interpretación basada en la sentencia del *Plan Ibarretxe* no es la única interpretación posible y en cambio sí que es una de las más limitadoras del derecho de participación política a través de las consultas populares. De hecho, incorpora una interpretación contraria al principio democrático en la medida en la que establece límites absolutamente

⁵ Sobre esta cuestión véase Agustín Ruiz Robledo. "Respuesta canadiense a la cuestión catalana". *El País*. 30 de octubre de 2012. Este Catedrático de Derecho Constitucional señala textualmente: "no creo que el principio de la indisoluble unidad de la Nación española (artículo 2 de la Constitución) impida una pregunta que dijera algo así como: ¿está usted de acuerdo con que se reforme la Constitución española para permitir la independencia de Catalunya?"



desproporcionados desde el punto de vista jurídico (negar *a radice* toda consulta) a partir de una interpretación de los preceptos constitucionales implicados perfectamente discutible.

Es más, dicha tesis no sólo parte de una interpretación poco respetuosa con el principio democrático y está incurso en inconsistencias lógicas y jurídicas claras, sino que puede tener un defecto todavía más grave: puede producir resultados absurdos. En efecto, como ha señalado un sector doctrinal relevante, afirmar que no se puede consultar al pueblo español o a un determinado sector del pueblo antes de abrir un proceso de reforma equivale a aceptar que el Estado o las instituciones de una comunidad autónoma estarían obligadas a iniciar o solicitar que se inicie un proceso tan complejo y costoso como es el de una reforma de la Constitución sin conocer con un mínimo de seguridad la opinión de los ciudadanos y, por lo tanto, con el riesgo de que éstos finalmente rechacen la propuesta⁶.

La debilidad de los argumentos jurídicos utilizados en este caso para justificar, contra el principio democrático, el rechazo de una consulta popular consultiva reclamada de manera mayoritaria y reiterada por los ciudadanos y por los representantes políticos de una comunidad autónoma, pondría de manifiesto que, en rigor, las razones del rechazo no son propiamente jurídicas sino esencialmente políticas. Y en este tipo de supuestos, como hemos dicho antes, las instituciones catalanas tendrían argumentos para considerar que las vías legales internas han quedado bloqueadas y que la Generalitat tiene abiertas vías alternativas de consulta.

⁶ Así lo señala, por ejemplo, Víctor Ferreres que ha escrito: "It would be absurd to start the process of constitutional amendment to allow Catalan independence, before there is any reason to believe that Catalans really want to quit Spain. A referendum in Catalonia should be the first step" ("The Secessionist Challenge in Spain: An Independent Catalonia?" *Blog of the International Journal Law and ConstitutionMaking.org*. 22 de noviembre de 2012).



Si en cambio, se aceptara, como creemos que es necesario aceptar, que la aplicación conjunta del principio democrático y el de Estado de Derecho exige que se interprete que la unidad de la Nación española y el principio de soberanía del pueblo español no son obstáculos insalvables para convocar el referéndum que aquí analizamos, el precedente de la sentencia del Tribunal Constitucional 103/2008 (*Plan Ibarretxe*) no tendría que ser tampoco un obstáculo insuperable. Y esto por dos motivos fundamentales:

En primer lugar, podría argumentarse a partir de las diferencias entre la consulta relativa al Plan Ibarretxe y una hipotética consulta catalana, sobre todo a partir de la "interpretación" que el Tribunal hizo de las características de la consulta vasca, ya que parece que la entendió como una consulta que encubría la voluntad de no utilizar el proceso de reforma constitucional para dar aplicación a sus resultados. La consulta catalana podría configurarse de manera que no se pudiera suscitar dicha sospecha.

Sin embargo, sobre todo, a nuestro entender, el argumento fundamental reside en el hecho de que, aunque las sentencias del Tribunal Constitucional, según su ley orgánica, vinculan a todos los poderes públicos, esto no quiere decir, como a menudo se ha pretendido, que la Constitución sea el texto constitucional más las sentencias del Tribunal Constitucional, que estas sentencias sean canon o parámetro directo de constitucionalidad y, en definitiva, que, si se dan determinadas condiciones -por ejemplo que hayan suscitado un debate doctrinal relevante, que hayan cambiado las circunstancias de hecho, etc.-, el legislador no pueda separarse de la doctrina constitucional, reiterando sus propuestas e invitando, si procede, al Tribunal a revisar su doctrina. En este caso, el debate doctrinal de la STC 103/2008 estuvo vivo y no se ahorraron críticas fundadas -como la ya mencionada que la llegó a tildar de absurda en cuanto a los resultados-. Las circunstancias específicas del proceso

abierto en Catalunya y de la necesidad de darle respuesta jurídica también presenta particularidades relevantes que sin duda permiten justificar el alejamiento de una doctrina como la de la STC 103/2008 tan sumamente discutible⁷.

En definitiva, si hay voluntad política de hacer una consulta previa al inicio de una hipotética reforma constitucional la objeción general de inconstitucionalidad aquí analizada no es en absoluto insalvable.

Habiendo llegado a esta conclusión inicial, estamos en condiciones de analizar separadamente los diversos procedimientos de consulta que acabamos de relacionar. Antes de hacerlo, sin embargo, todavía es necesario mencionar un elemento común a todos estos procedimientos. Nos referimos al hecho de que, como bien se expresa en la resolución del Parlamento de 23 de enero de 2013 antes citada, sea cuál sea el procedimiento que se adopte, será necesario dialogar y negociar con el Estado hasta donde sea posible. Habrá que invertir todos los esfuerzos para intentar llegar a acuerdos, previos y posteriores a la celebración de la consulta, teniendo en cuenta sus características y la posterior implementación de sus resultados. Habrá que hacerlo porque eso puede aumentar las posibilidades de éxito de celebrar la consulta -y de aplicar los resultados obtenidos- y habrá que hacerlo, además, de la manera más pública y formalizada posible para dejar constancia "fehaciente" de dicha voluntad

⁷ En la mayoría de los estados en los que los Tribunales Constitucionales están ya sólidamente asentados, la tesis que aquí se defiende se ha convertido en dominante. Véase, por ejemplo, a Carles Viver "Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre los legisladores: ¿pueden reiterar preceptos legales previamente declarados inconstitucionales"? en ¿Cómo vinculan las sentencias constitucionales al legislador?. Ed. Instituto de Estudios Autónomos, Barcelona, 2012. Existe una versión castellana en la Revista Española de Derecho Constitucional, del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 97.

negociadora y, si procede, de los motivos aducidos por el Estado en caso de hipotéticos rechazos.

III. El referéndum de la Ley catalana 4/2010, de 17 de marzo

Cómo queda dicho, una de las vías a cuyo través se podría hacer efectivo el ejercicio del "derecho" de los ciudadanos y las ciudadanas de Catalunya a ser consultados sobre su futuro político es el impulso de una consulta popular en el ámbito de Catalunya, de acuerdo con lo que establece la Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum.

Para analizar la viabilidad constitucional y la efectividad práctica de este procedimiento recordaremos que una parte sustancial del articulado de la Ley 4/2010, de 17 de marzo, fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno del Estado⁸, con el argumento de que la regulación de los referéndums le corresponde en exclusiva⁹.

⁸ En concreto fueron impugnados los artículos 1 a 30 (Título I: Disposiciones generales; Título II: De las consultas populares por vía de referéndum de ámbito de Catalunya), 43 (Convocatoria de la consulta popular) y 45 (Decreto de convocatoria).

⁹ Como hemos dicho anteriormente, esta tesis la mantiene también el Tribunal Constitucional en la sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Catalunya al afirmar que corresponde al Estado "la entera regulación" de los referéndums. No entraremos aquí a analizar los evidentes puntos débiles de esta doctrina que contradice la manera en la que hasta ahora el Tribunal había acotado el ámbito de las reservas de ley orgánica y da un contenido desorbitado a la competencia estatal del artículo 149.1.32 CE para "autorizar" los referéndums. Dicha doctrina del Tribunal ha sido criticada de manera casi unánime por la doctrina científica, que también de manera casi unánime ha vaticinado su cambio o su modulación en el futuro. En cualquier caso el recurso contra la ley catalana está pendiente de sentencia y no es seguro que esta modulación se produzca en esta ocasión.



También debe señalarse que, si bien el Presidente del Gobierno del Estado invocó el artículo 161.2 de la Constitución, con lo que se produjo la suspensión automática de la vigencia y aplicación de los artículos impugnados, el auto del Tribunal Constitucional 87/2011, de 9 de junio, levantó su suspensión. El auto se fundamenta en dos argumentos: en primer lugar, en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes autonómicas, en la medida en la que éstas son expresión de la voluntad popular, y, en segundo lugar, en el hecho de que el posible objeto de las consultas tenía que circunscribirse, por mandato de la propia Ley, al ámbito de competencias de la Generalitat y que la celebración de una eventual consulta estaría supeditada a la obtención de la previa autorización del Estado, circunstancia que suponía que la viabilidad de las consultas dependía directamente de la decisión que el Estado adoptara.

En consecuencia, la regulación de la Ley 4/2010, de 17 de marzo, está hoy plenamente vigente y conserva su fuerza obligacional sobre todos los poderes públicos y los ciudadanos en general. En el futuro, esta plena aplicabilidad de la norma sólo podría verse desvirtuada en dos supuestos: en caso de que el Tribunal Constitucional dictara una sentencia estimatoria de las pretensiones formuladas en el recurso de inconstitucionalidad o bien en caso de que el propio Tribunal, a petición de la representación del Gobierno del Estado, decidiera suspender la aplicación de la ley. De hecho, el auto 87/2011, con un notable "activismo preventivo", señala que, en caso de acreditarse algún cambio de circunstancias relevantes, se puede solicitar al Tribunal la reconsideración de la decisión adoptada.

Por lo tanto, sería perfectamente legal iniciar un procedimiento de consulta popular por la vía de referéndum en el ámbito de Catalunya, de acuerdo con la



regulación de la Ley 4/2010, de 17 de marzo¹⁰. Es más, éste es el procedimiento que la Generalitat en su momento consideró idóneo, desde el punto de vista constitucional y práctico, para someter a referéndum de los ciudadanos de Catalunya cuestiones como las que aquí estamos analizando. Por otra parte, desde el punto de vista de la eficacia práctica, como comprobaremos al analizar los otros procedimientos, esta vía es con toda probabilidad una de las que permitiría una convocatoria más rápida de la consulta, ya que, entre otras razones, en su tramitación, formalmente, no interviene el Estado, aunque, ciertamente, le correspondería autorizarla.

Sobre el procedimiento, hay que destacar que según la Ley 4/2010, la iniciativa para impulsar las consultas puede corresponder al Gobierno, al Parlamento, a un mínimo del diez por ciento de los municipios de Catalunya que tienen que representar también como mínimo a 500.000 habitantes o, en el supuesto de la iniciativa popular, los ciudadanos de Catalunya "si está avalada al menos por el tres por ciento de la población".

Ciertamente, si la iniciativa popular fuera ejercida por un número muy significativo de ciudadanos tendría una fuerte trascendencia política y *de facto* podría condicionar al Estado en el momento de tomar la decisión de autorizar o no la convocatoria de la consulta. De hecho, con el objetivo de reforzar la petición no sería descartable la posibilidad de impulsar una iniciativa simultánea de los ciudadanos, de los municipios y, si procede, del Gobierno y del Parlamento. Sin embargo, debe señalarse que la iniciativa popular puede alargar el proceso, hecho que podría tener como consecuencia que el Tribunal Constitucional dictara la sentencia que tiene pendiente antes de que se pudiera

¹⁰ Así lo defiende Joan Vintró. "La declaració de sobirania y el dret a decidir del poble de Catalunya: un apunt jurídic". *Blog de la Revista Catalana de Derecho Público*. 7 de febrero de 2013.



convocar la consulta o que el Estado instara ante el Tribunal la suspensión de la ley impugnada.

En definitiva, parecería coherente que ésta fuera la primera o una de las primeras opciones de la Generalitat para convocar la consulta dado que éste es, de momento, el único procedimiento establecido expresamente por la propia Generalitat y dado también el notable potencial que podría tener una iniciativa conjunta como la que podría producirse.

Sin embargo, al ponderar las ventajas e inconvenientes de dicho procedimiento no se puede despreciar la posibilidad de que el Estado, que ha recurrido la ley no autorice la convocatoria del referéndum. Y debe señalarse que esta negativa probablemente no la basaría en motivos políticos -cosa que permitiría a la Generalitat dar por cerrada la vía de la consulta en el marco legal estatal, con un mayor grado de legitimidad-, sino que posiblemente aduciría motivos de inconstitucionalidad -que, en principio, retrasarían o pondrían más dificultades para considerar abiertas las vías alternativas, aparte de debilitar la apertura de dichas vías sobre todo de cara a la comunidad internacional-.

No entraremos aquí a analizar si el Estado podría oponer este motivo de inconstitucionalidad *motu proprio*, sin plantear un conflicto ante el Tribunal Constitucional; lo que sí señalaremos es que, como ya insinúa el auto 87/2011 del Tribunal Constitucional antes citado, el argumento que probablemente utilizaría el Estado para denegar por motivos de inconstitucionalidad la convocatoria de la consulta sería el hecho de que la pregunta afectaría a una materia situada fuera del ámbito de las competencias de la Generalitat y, por lo tanto, fuera de lo que exige el artículo 122 EAC.

Es cierto que si se planteara este debate, la Generalitat podría aducir buenos argumentos jurídicos para defender que el concepto "ámbito de competencias",

que utiliza el mencionado artículo 122 EAC, no debe entenderse en sentido literal como sinónimo del concepto estricto de competencia, sino más ampliamente como ámbito en el que la Generalitat, puede tomar decisiones legítimamente desde la perspectiva constitucional y estatutaria conforme a sus competencias, pero también de acuerdo con otras atribuciones y facultades que le otorgan la Constitución y el Estatuto.

Esta interpretación teleológica es la que exige la aplicación conjunta del principio democrático y del Estado de Derecho y es, sin duda, la más razonable, ya que resulta absurdo interpretar que la Generalitat, antes de ejercer sus "competencias" pueda pedir la opinión de los ciudadanos y ciudadanas de Catalunya afectados por las decisiones que pretenda adoptar, pero no puede hacer lo mismo sobre otras decisiones del mismo relieve que puede adoptar legítimamente al ejercer facultades y atribuciones reconocidas expresamente en la Constitución y el Estatuto.

No hay duda de que preguntar a los ciudadanos sobre futuros modelos de organización política colectiva puede afectar competencias y facultades tan relevantes como las competencias de autoorganización o las facultades de participación en la adopción de decisiones estatales a través de facultades de iniciativa, de propuesta o de aprobación inicial, como por ejemplo, las previstas en el artículo 87.2 CE, que le permiten pedir que el Gobierno estatal adopte un proyecto de ley de reforma de la Constitución o enviar al Congreso una determinada proposición de ley con esta misma finalidad (artículo 166 CE). En tal sentido, reforzaría dicho argumento el hecho de que la pregunta objeto de la consulta hiciera referencia directa a si los llamados a consulta están de acuerdo en que la Generalitat ejerza alguna de las facultades propositivas que le reconoce el mencionado precepto constitucional.



En todo caso, desde las exigencias de interpretación y aplicación que derivan del principio democrático antes expuesto, no parece razonable ni proporcionado sacrificar totalmente el derecho de participación política a través del referéndum bajo el argumento de considerar que el inciso "ámbitos de las competencias" implica una prohibición total de convocar referéndums relativos a "facultades" o "funciones" no formalizadas como competencias en sentido estricto.

En todo caso, como ya hemos avanzado, salvando todas las distancias que haya que salvar, esta interpretación amplia y finalista del término "competencia", nunca lo sería tanto como la que en esta misma materia hizo el Tribunal Constitucional en la STC 31/2010 (sobre el Estatuto de Catalunya de 2006) cuando interpretó que el término "autorización" de un referéndum del artículo 149.1.32 CE incluía "la **entera** disciplina de... la institución (del referéndum), esto es, a su establecimiento y regulación". En rigor, al Estado no le corresponde "la entera disciplina" ni sumando a su competencia las reservas de ley orgánica conectadas con el desarrollo del derecho de participación política (art. 81.1 CE) o con la regulación de las modalidades de referéndums previstas en la Constitución (art. 92.3 CE).

Sin embargo, a pesar de la existencia de buenos argumentos jurídicos para defender la constitucionalidad de una convocatoria de referéndum como la que aquí nos ocupa, antes de apostar por el procedimiento de la Ley 4/2010 habrá que valorar los problemas que podría plantear la más que probable denegación de la autorización por parte del Estado, sin olvidar que el Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalitat en el Dictamen 15/2010, de 6 de julio, relativo a la Propuesta de consulta popular por vía de referéndum sobre la independencia de la nación catalana, consideró que una consulta de este tipo "no tiene cobertura en el ámbito competencial de la Generalitat y, por lo tanto, es contraria a los artículos 29.6 y 122 EAC". Ciertamente el dictamen tenía por

objeto una consulta de iniciativa popular, que además no dejaba totalmente claro que la implementación de su resultado se vinculaba a una reforma de la Constitución y el propio dictamen ceñía estrictamente al supuesto planteado su argumentación, pero no se puede minusvalorar que, como mínimo parcialmente, los argumentos utilizados son susceptibles de ser aplicados a las consultas de iniciativa institucional o local.

Es cierto, sin embargo, que los dictámenes del Consejo de Garantías no vinculan a los poderes públicos, y también es cierto que el Consejo no está vinculado por sus precedentes y, por lo tanto, puede modificar su decisión y su argumentación si así se le solicitara.

- IV. Los referéndums regulados y autorizados por el Estado: los previstos en el artículo 92.1 CE y la LORMR 2/1980 y los que se podrían crear mediante una ley orgánica *ad hoc*

a) Planteamiento

Como hemos indicado anteriormente, para que los ciudadanos de Catalunya puedan expresar su opinión sobre su futuro político colectivo a través de una consulta, se podría utilizar también la vía del referéndum consultivo convocado y regulado, como mínimo parcialmente, por el Estado.

Esta alternativa, como también hemos avanzado, admite diversas concreciones según cuáles sean los objetivos perseguidos por los promotores del referéndum en relación a los sujetos a los que se quiere dirigir la consulta y según la manera en la que se pretendan evitar las hipotéticas dudas sobre la viabilidad constitucional y práctica que, con mayor o menor fundamento, se puedan suscitar sobre este procedimiento de consulta.



De entrada, hay que apuntar que la manera menos complicada de convocar un referéndum como el aquí se pretende, consiste en considerar que este tipo de consulta está incluido en los "referéndums consultivos", previstos en el artículo 92.1 CE y regulados en la LORMR, mediante los cuales se pide la opinión "de todos los ciudadanos" sobre "decisiones políticas de trascendencia especial".

En rigor, si se acepta la viabilidad constitucional de este procedimiento -a la que después haremos referencia-, para activar esta vía tan sólo sería necesario que la Generalitat se dirigiera al Estado para que el Gobierno del Estado solicitara al Congreso de los Diputados la autorización para convocar la consulta exponiendo en dicha solicitud del Gobierno estatal "los términos exactos en los que tiene que formularse la (referida) consulta" (art. 6 LORMR).

b) Aspectos procedimentales

En el ordenamiento jurídico vigente no existe un procedimiento formalizado que la Generalitat tuviera que seguir para realizar la petición mencionada. La LORMR no contiene ninguna previsión en tal sentido y tampoco existe ninguna disposición aprobada por la Generalitat de Catalunya que regule un procedimiento a cuyo través se tuviera que vehicular esta solicitud de autorización. No obstante, entendemos que, vista la extraordinaria relevancia del procedimiento de consulta referendaria y la de la cuestión que tendría por objeto, convendría que las tres instituciones principales que integran a la Generalitat de Catalunya (Parlamento, Presidente y Gobierno) intervinieran en el procedimiento para solicitar la autorización del Estado, lo que daría una dimensión institucional y solemne a la petición, a la vez que conferiría una sólida consistencia a la manifestación de voluntad política de la Generalitat.

Tanto el Gobierno de la Generalitat como el Parlamento de Catalunya deberían adoptar sendos acuerdos, formalizados al amparo de sus respectivas normativas reguladoras, en los que pusieran de manifiesto su voluntad de pedir al Estado la autorización para la celebración de un referéndum. Correspondería al Presidente de la Generalitat, en la medida en que tiene atribuida la más alta representación de la Generalitat (artículo 67.1 del Estatuto de Autonomía de Catalunya), el envío al Presidente del Gobierno del Estado¹¹ de la solicitud para la celebración del referéndum.

Otro aspecto que es preciso analizar es como se fijarían las condiciones aplicables a la celebración del referéndum, tanto las de carácter inherente a toda consulta referendaria -como la pregunta que se formularía o la fecha de celebración-, como aquéllas que se considerara que pudieran ser específicamente de aplicación a la consulta pretendida por la Generalitat -como las condiciones que regulen su realización o, en caso de que se considerara necesario, el porcentaje mínimo necesario de participación en la consulta o el porcentaje mínimo de votos emitidos favorables a la opción planteada, a los efectos de valorar los resultados de la consulta y sus posibles consecuencias prácticas.

De nuevo, se puede constatar que la LORMR no establece ningún tipo de regulación sobre estas cuestiones, por lo que las propuestas podrían ser diversas. Entendemos, sin embargo, que desde el punto de vista procedimental se pueden plantear dos alternativas principales: o bien enviar, junto con la petición de la consulta referendaria, una propuesta de condiciones que fueran

¹¹ Recordemos que el Presidente del Gobierno del Estado tiene atribuida la facultad de propuesta para la convocatoria de referéndums (art. 92.1 CE). Así se reflejó en la tramitación de los dos procedimientos de consulta referendaria celebrados al amparo de aquel precepto constitucional, que tuvieron su origen en una propuesta del Presidente del Gobierno del Estado (Decisión de la política del Gobierno sobre la Alianza Atlántica y el relativo a la ratificación de la Constitución Europea).



aplicables a su celebración bajo la consideración de que tendrían que ser objeto de negociación con el Estado, o bien esperar al momento en que se tuviera constancia de la voluntad favorable del Estado para emprender el procedimiento de consulta, para formalizar la propuesta de las condiciones.

En cualquier caso, hay que poner de relieve dos aspectos: por una parte, las condiciones que la Generalitat pretendiera aplicar a la consulta sería conveniente que tuvieran un carácter abierto a los efectos de facilitar la negociación con el Estado; por otra, correspondería al Estado, a través de sus diferentes instituciones y órganos (Congreso de los Diputados, Gobierno, Junta Electoral) aprobar los instrumentos jurídicos necesarios en los que se recogieran aquellas condiciones, aunque es posible que alguna de estas condiciones, por su propia naturaleza, fuera difícil de formalizar jurídicamente y, por lo tanto, es previsible que fuera necesario formalizarla en un documento político.

Avanzando en el análisis, es necesario preguntarse en qué tipo de instrumentos normativos se tendrían que regular las condiciones susceptibles de contenerse en el documento jurídico. Si bien ésta es una cuestión que sólo podría ser respondida con exactitud cuando se conocieran el contenido y la naturaleza de las condiciones, se puede adelantar que, dado que en principio no sería obligado dictar una ley orgánica (ya que las condiciones no desarrollan directamente los elementos esenciales del derecho de participación política por vía de referéndum -si lo hicieran se insertarían en la reserva de ley orgánica del artículo 81 CE), se podría optar libremente por una de las dos vías siguientes: bien incorporar estas condiciones, como se ha hecho hasta ahora en los dos referéndums que se han convocado -el de la pertenencia a la OTAN y sobre la



Constitución europea- en el Real Decreto de convocatoria¹² y en el Real Decreto que lo complementa -que adapta la legislación electoral al caso concreto, modulándola-¹³; o bien, vista la trascendencia política y jurídica de la

¹²Real Decreto 214/1986, de 6 de febrero, por el que se somete a referéndum de la Nación la decisión política del Gobierno sobre la Alianza Atlántica, en el que se regula el texto de la decisión política objeto de consulta, la pregunta que se formula, el día de la votación y el periodo de campaña electoral. Y Real Decreto 5/2005, de 14 de enero, por el que se somete a referéndum consultivo de la Nación la decisión política de ratificar el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que regula la pregunta que se formula, la fecha de celebración del referéndum, la campaña institucional, la campaña electoral, el escrutinio general, las normas que regirán el referéndum y la habilitación al Gobierno del Estado para dictar las disposiciones necesarias para la celebración del referéndum.

¹³Real Decreto 215/1986, de 6 de febrero, de normas para la celebración del referéndum convocado por Real Decreto 214/1986, de 6 de febrero, que regula las normas que regirán el referéndum, las juntas electorales provinciales y de zona, las secciones electorales, las mesas, la rectificación del censo, la campaña de propaganda y el uso de los medios de titularidad pública, el derecho de rectificación, las encuestas electorales, la disponibilidad de papeletas y sobres, el voto por correspondencia, el voto de los que viven en el extranjero, la designación de interventores y apoderados, los actos de constitución de las mesas y de votación, los actos de escrutinio y de declaración de resultados, y la aplicabilidad del régimen de delitos e infracciones electorales.

Real Decreto 7/2005, de 14 de enero, por el que se regulan determinados aspectos de procedimiento electoral aplicables al referéndum sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que regula la Administración electoral, la designación de representantes de las formaciones políticas que deseen hacer campaña de propaganda, el censo electoral, las secciones, locales y mesas electorales, la campaña de propaganda y uso de los medios de titularidad pública, el derecho de rectificación, las encuestas electorales, el material electoral, las papeletas y las decisiones por las que puede optar el votante, el voto por correspondencia, la designación de apoderados e interventores, la formación de las mesas electorales, la constitución de las mesas y la votación, el escrutinio de las mesas, la aplicación del recurso contencioso-electoral, el cómputo de plazos, las normas de aplicación supletoria y la habilitación a los titulares de los departamentos ministeriales para dictar disposiciones para ejecutar y desarrollar el Real Decreto.

Es cierto que en el caso del referéndum relativo a la Constitución Europea, también se aprobó una ley orgánica (Ley Orgánica 17/2003, de 28 de noviembre), pero debe señalarse que el motivo de su aprobación fue hacer posible la celebración simultánea de las elecciones al Parlamento Europeo y del referéndum sobre el proyecto de

cuestión y la conveniencia de potenciar al máximo la participación de la Generalitat en la configuración de estas condiciones, regularlas en una ley estatal, como suele suceder en derecho comparado¹⁴. Esta ley sólo tendría que tener rango orgánico si las condiciones afectaran elementos esenciales del derecho de participación política. En definitiva, podrían incorporarse en una ley ordinaria o en la LORMR o, incluso, las leyes que regulan el régimen electoral general al que se remite el artículo 11 de la LORMR, salvando siempre, si se utilizan leyes orgánicas, el carácter ordinario de los preceptos correspondientes.

Ciertamente, el hecho de tener que tramitar una ley ordinaria o reformar una ley orgánica puede contribuir a retrasar todo el proceso, ahora bien si hay voluntad política por las dos partes para acelerar la tramitación y se llega a un pacto en este sentido, la tramitación puede resultar muy breve como se puso de manifiesto en la consulta por vía de referéndum sobre el proyecto de Constitución Europea que, como hemos dicho fue la causa de la aprobación de una ley orgánica, cuyo periodo de tramitación fue inferior a los dos meses¹⁵.

Constitución Europea, ya que la LORMR establecía la imposibilidad de simultanear convocatorias de elecciones parlamentarias con un referéndum consultivo. Finalmente, sin embargo, no se produjo esta coincidencia en la fecha de las convocatorias.

¹⁴ Por ejemplo, en el caso de Quebec, el Estado canadiense, después de la última consulta aprobó, no sin oposición de los partidos quebequeses, la *Clarity Act* o *Loi de Clarification*, de 29 de junio de 2000.

¹⁵ La Ley Orgánica 17/2003, de 28 de noviembre, de medidas para la realización simultánea de las elecciones al Parlamento Europeo y del Referéndum sobre el Proyecto de Constitución Europea (BOE de 29 de noviembre de 2003), tuvo su origen en una proposición de ley orgánica que se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados, de 3 de octubre de 2003.



c) Aspectos constitucionales

Analizados, ni que sea sumariamente, los aspectos procedimentales más elementales, es necesario estudiar la cuestión desde la perspectiva de la constitucionalidad, porque la utilización de dicha vía ha suscitado ya dudas de este tipo tanto por el hecho de que, según el artículo 92.1 CE, los convocados a participar en estos referéndums son "todos los ciudadanos", como porque ni este precepto constitucional ni la LORMR que lo desarrolla prevén, de manera expresa, un referéndum consultivo de ámbito autonómico.

Naturalmente, el problema del alcance territorial exclusivamente autonómico de la consulta no se plantearía, desde el punto de vista de la Generalitat, si, dado que se trata de una consulta jurídicamente no vinculante -como todos los referéndums que no son de ratificación de reformas constitucionales o estatutarias-, se aceptara que, el hecho de que participaran todos los ciudadanos españoles no impediría alcanzar el objetivo fundamental de la consulta que consiste en conocer la opinión de los ciudadanos y ciudadanas de Catalunya y si se aceptara también que dicha participación de todos los ciudadanos españoles no tendría por qué influir en la participación ni en el sentido del voto de los catalanes -de hecho, podría incentivar este voto-, ni tendría por qué influir en la valoración política de los resultados obtenidos en Catalunya.

No obstante, si desde Catalunya se considerara que es imprescindible o importante que la consulta se circunscriba exclusivamente al ámbito territorial catalán, creemos que hay muy buenos argumentos jurídicos para defender que el inciso "de todos los ciudadanos" del artículo 92.1 CE no debe interpretarse necesariamente como sinónimo de "todos los ciudadanos españoles", sino de todos los ciudadanos del ámbito territorial en el que se pretende realizar el referéndum. Así interpretado el inciso "todos los ciudadanos" tendría el sentido



de distinguir las consultas populares dirigidas únicamente a determinados sectores sociales (los jubilados, los jóvenes, los que practican un determinado deporte o los que ejercen una determinada profesión) de los referéndums de este artículo 92.1 CE que necesariamente se dirigen a todos los ciudadanos de un determinado territorio. De hecho, la práctica totalidad de los autores que habían analizado esta cuestión antes de que estallara la polémica actual sobre la consulta catalana, defendían la legitimidad de convocar los referéndums previstos en el referido precepto constitucional en ámbitos territoriales de dimensiones inferiores al territorio de todo el Estado¹⁶.

Y es que, en rigor, se puede considerar jurídicamente arriesgado, sobre todo desde la perspectiva de las exigencias de la aplicación conjunta de los criterios interpretativos derivados del principio democrático y del Estado de Derecho, pretender deducir del inciso "de todos los ciudadanos" una prohibición explícita absoluta de poder convocar a todos los ciudadanos de un territorio determinado. La expresión "de todos los ciudadanos" ni está expresamente dirigida a delimitar el alcance de estos referéndums ni está concretada en dicho sentido por la Ley Orgánica -como habría tenido que estarlo si esta ley, que tiene la finalidad constitucional de cumplir con la reserva constitucional de ley orgánica, hubiera tenido esta voluntad acotadora-. Esta interpretación restrictiva es contraria al criterio interpretativo derivado de la aplicación conjunta del principio democrático y del Estado de Derecho a la consecuente necesidad de no obstruir con argumentos jurídicos no incontestables una reivindicación democrática como la que es objeto de este estudio.

¹⁶En este sentido Luis Aguiar de Luque -autor de la monografía más relevante sobre la materia de los referéndums- defiende que el artículo 92 de la Constitución en ningún punto consagra de manera explícita que el ámbito de las consultas tenga que ser todo el territorio nacional. Aguiar de Luque, L., «Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español» a Trujillo, G.; López Guerra, L.; González Trevijano, P. (Dirs.): *La experiencia constitucional (1978-2000)* CEPC, Madrid 2000.



En este sentido no puede ser ocioso volver a recordar que el Estado, cuando lo ha considerado oportuno, ha realizado interpretaciones extraordinariamente flexibles de los preceptos constitucionales reguladores de las consultas por vía de referéndum. Recordemos de nuevo, por ejemplo, la reforma de la LORMR introducida por el legislador estatal para sustituir la iniciativa fallida de la provincia almeriense por un acuerdo de las Cortes Generales para que Andalucía se pudiera constituir en comunidad autónoma por la vía del artículo 151 CE¹⁷. El problema planteado se resolvió interpretando la Constitución con una flexibilidad que plantea unos problemas interpretativos y de constitucionalidad que superan con creces los que puede suscitar la interpretación propuesta de la expresión "todos los ciudadanos".

Pero, aparte de la necesidad de recurrir a los principios anteriormente mencionados, el examen de la regulación de la LORMR ofrece también un argumento de notable consistencia a favor de la interpretación que estamos defendiendo. En efecto, esta ley considera que tienen el carácter de consultas referendarias no sólo aquéllas que se celebran en todo el territorio del Estado,

¹⁷La Ley Orgánica 12/1980, de 16 de diciembre, modificó el párrafo cuarto del artículo octavo de la Ley orgánica reguladora de las diferentes modalidades de referéndum, estableciendo que, en caso de que en una provincia no se obtuviera la mayoría necesaria para la ratificación de la iniciativa autonómica, las Cortes Generales, con la solicitud previa de la mayoría de los diputados y senadores de la provincia en cuestión, podían sustituir, mediante ley orgánica, la iniciativa autonómica prevista en el artículo 151 CE. Se trata de una *sustitución* de la voluntad ciudadana manifestada en referéndum que no está prevista en la Constitución y que pone de manifiesto, como se ha indicado, que las instituciones centrales del Estado cuando lo consideran oportuno, realizan interpretaciones de extraordinaria flexibilidad de la Constitución española y, más en concreto, de la institución referendaria.

Por último, hay que apuntar que el mismo día en el que se aprobó la Ley 12/1980, y antes de que fuera publicada, las Cortes Generales ya aplicaron esta ley mediante la Ley Orgánica 13/1980, de 16 de diciembre, de sustitución en la provincia almeriense de la iniciativa autonómica.



sino también las que afectan a parte de su territorio, como son las consultas por vía de referéndum de carácter local (disposición adicional de la LORMR); en este caso, pues, se ha considerado que el artículo 92.1 CE admite que una consulta por vía de referéndum se dirija a una parte de la ciudadanía del Estado.

Igualmente, el examen de las diferentes regulaciones estatutarias reflejan que las Cortes Generales han admitido la existencia de consultas populares por vía de referéndum dirigidas a los habitantes de una parte del territorio del Estado, sin que, por lo tanto, la expresión "de todos los ciudadanos" haya constituido un obstáculo que impidiera la consulta referendaria. Así, en el Estatuto de Autonomía del País Vasco que prevé la convocatoria de un referéndum en el procedimiento que se debe seguir para que territorios o municipios enclavados en la Comunidad Autónoma del País Vasco puedan agregarse a esta comunidad (artículo 8). En el mismo sentido, el Estatuto de Autonomía de Castilla y León -aprobado recientemente mediante la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre- regula, en el procedimiento de segregación de enclaves situados en esta Comunidad, la celebración de un referéndum entre los habitantes del territorio afectado (disposición transitoria tercera).

De hecho, considerar que el artículo 92.1 CE veta los referéndums consultivos de alcance autonómico supondría aceptar que en España el Estado puede convocar o autorizar referéndums de ámbito estatal o local pero no autonómico. No es fácil entender los motivos de esta exclusión que, además, contrasta abiertamente con lo que sucede en la práctica totalidad de los estados compuestos o políticamente descentralizados en los que, significativamente, los referéndums de ámbito "regional" o "estatal" son mucho más habituales que los federales o los "del Estado central".



Es más, la aceptación de la posibilidad de considerar integrados en el artículo 92.1 CE los referéndums de ámbito autonómico contribuiría también a dar pleno sentido a la competencia para autorizar referéndums que el artículo 149.1.32 CE atribuye al Estado. Resulta absurdo, por obvio, referir dicha autorización a los referéndums estatales o a los referéndums de ratificación de las reformas constitucionales o estatutarias, también es absurdo pretender que el mencionado artículo hace referencia, sin decirlo, únicamente a los referéndums locales.

La relevancia de todos estos argumentos jurídicos y de otros que sin duda se podrían aportar, pone de manifiesto que, si el Estado tiene voluntad política, puede convocar, o autorizar que la Generalitat convoque un referéndum como el que aquí analizamos, utilizando directamente la vía del artículo 92.1 CE. En este sentido, para completar el razonamiento, hay que reiterar que ninguna de las previsiones contenidas en la LORMR, y en la legislación electoral a la que ésta se remite, contiene prescripciones contrarias a las condiciones aplicables a la celebración de un referéndum como el que se propone desde Catalunya, ni, por lo tanto, dicha legislación estatal se opone a que las referidas condiciones se contengan en los instrumentos normativos que, como ya hemos visto, el Estado debe dictar para la realización de estos referéndums.

Sin embargo, si, a pesar de ser jurídicamente innecesario, se quisiera prever expresamente la existencia de los referéndums de ámbito autonómico o se quisiera regular con carácter general algunas de las condiciones en las que se tendría que celebrar el referéndum para conocer la opinión de los catalanes sobre su futuro, se podría instar la modificación de la LORMR o el dictado de una ley estatal *ad hoc* con dicha finalidad.

Contra esta opción no creemos que se pueda oponer con fundamento, aunque así se ha intentado ya, la tesis que la falta de previsión constitucional expresa



de este tipo de referéndums equivale a la prohibición de su inclusión en la LORMR. Esta tesis es insostenible incluso utilizando el argumento de que esta falta de previsión constitucional revela la voluntad de los constituyentes de restringir al máximo las vías de participación referendaria.

Para rebatir dicho planteamiento sólo es necesario apuntar, por una parte, que hoy es un lugar común entre la doctrina la aceptación del principio de que todo lo que la Constitución no prohíbe el legislador lo puede hacer y, por otra parte, que las exigencias interpretativas derivadas de la aplicación conjunta del principio democrático y del Estado de Derecho y su mandato de interpretar las normas de la manera que favorezca más la expansión del derecho de participación, no se pueden ver desactivadas por una referencia genérica a un pretendido principio constitucional que, a tenor del alejado debate constituyente, supuestamente excluiría, precisamente, los referéndums de ámbito autonómico.

En definitiva, el legislador estatal, si quisiera prever expresamente los referéndums de ámbito autonómico podría hacerlo mediante la reforma de la LORMR ya que, aunque según el artículo 92.3 CE, esta ley "regula las modalidades de referéndum previstas por la presente Constitución", eso no quiere decir que no pueda regular también otras modalidades de referéndum no previstas de manera expresa en la Constitución, como ya se ha hecho en relación con los referéndums locales.

Este mismo objetivo, como queda dicho, se podría alcanzar a través de una ley orgánica, que probablemente tendría que incorporar preceptos con rango de ley ordinaria.

La opción por una u otra alternativa tiene relativamente poca trascendencia práctica. En los dos casos, el Parlamento de Catalunya tendría que impulsar la



reforma de la LORMR o la adopción de la ley estatal, bien solicitando que el Gobierno del Estado elaborara y tramitara un proyecto de ley, bien enviando directamente al Congreso una proposición de ley. Esta segunda opción permitiría que la Generalitat tuviera una participación mayor en el proceso de elaboración de la reforma o de la ley por parte de las Cortes Generales; por contra, la vía del proyecto de ley tiene la ventaja de ser una tramitación más rápida y no estar sometida a trámites como el de la toma en consideración.

En todo caso, antes de seguir tanto la vía de la reforma de la LORMR como la del dictado de una ley *ad hoc*, habría que asegurar que se tramitarían con la misma celeridad con que se tramitaron las anteriores modificaciones de la LORMR. Si este acuerdo no se pudiera alcanzar, los peligros de retrasos y bloqueos son reales y evidentes¹⁸

En definitiva, la vía del artículo 92.1 CE, como han destacado diversos relevantes constitucionalistas¹⁹, no plantea objeciones de inconstitucionalidad significativas. Por eso mismo, si el Estado denegara la autorización para convocar el referéndum, aunque formalmente alegara motivos de inconstitucionalidad, el hecho evidente es que quedaría patente que esta

¹⁸ Aunque el supuesto aquí analizado tiene unas características muy especiales puede no ser ocioso recordar que, si exceptúa el caso, también ciertamente especial de la propuesta de reforma del Estatuto de 2006, ninguna de las 40 proposiciones de ley presentadas por el Parlamento de Catalunya a las Cortes Generales ha prosperado y el motivo más frecuente de este constante fracaso ha sido, precisamente, el decaimiento de la proposición al agotarse la legislatura.

¹⁹ Francisco Rubio Llorente ha defendido que "La Generalidad de Cataluña no puede convocar un referéndum, pero nada le impide pedirlo e incluso colaborar en su convocatoria (Un referéndum para Cataluña". *El País*. 8 de octubre de 2012). También han defendido la viabilidad de la celebración de un referéndum, en Catalunya, amparado en el artículo 92 CE, Francesc de Carreras. ("¿Un referéndum?" *La Vanguardia*. 20 de septiembre de 2012) y Joan Vintró. ("La declaració de sobirania y el dret a decidir del poble de Catalunya: un apunt jurídic ". *Blog de la Revista Catalana de Derecho Público*. 7 de febrero de 2013).

motivación en realidad encubriría un rechazo basado en razones puramente políticas, de falta de voluntad de dejar que los ciudadanos de Catalunya expresen su opinión sobre su futuro político colectivo. En dichas circunstancias, la Generalitat se podría considerar legitimada para abrir las vías alternativas para conocer la voluntad de los catalanes o bien podría plantear, como último recurso, el de la reforma de la Constitución para incorporar expresamente los referéndums de ámbito autonómico. Al no existir en la Constitución límites materiales a la reforma, el Estado sólo podría negarse a abrir el proceso de reforma alegando, ahora sí abiertamente, motivos de tipo político, que dejarían todavía más despejadas las vías alternativas.

V. La delegación o transferencia de competencias del artículo 150.2 de la Constitución

En principio, la Generalitat también podría convocar un referéndum de ámbito autonómico en el caso de que el Estado, previa solicitud de la Generalitat y a través de una ley orgánica, le delegara o transfiriera dicha facultad que se ha considerado incluida en la competencia del artículo 149.1.32 CE. En tal caso, la transferencia o delegación podría ser *ad casum*, es decir, únicamente para convocar -y si procede regular parcialmente- la consulta que aquí nos ocupa, no con carácter general.

Ésta es una vía que tiene indudables aspectos positivos desde el punto de vista, por ejemplo, de la relativa facilidad y rapidez de tramitación²⁰, así como de la claridad y publicidad tanto de esta tramitación como de su resultado.

²⁰Es un ejemplo la Ley Orgánica 16/1995, de 17 de diciembre, de transferencia de competencias a la Comunidad Autónoma Gallega (BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 1995) que tuvo una tramitación parlamentaria inferior a los dos meses, como refleja

Desde el punto de vista de la viabilidad constitucional, su aplicación plantea dos problemas principales: determinar si habría que solicitar una delegación o bien una transferencia y, sobre todo, si la facultad de convocar referéndums es una "materia... que por su naturaleza sea (n) susceptible (s) de transferencia o delegación" según lo que exige el referido precepto constitucional.

Para responder a estas dos cuestiones es preciso afirmar de entrada que la doctrina del Tribunal no ha establecido pautas claras para interpretar este precepto. De hecho, son pocas las controversias competenciales que de manera directa o indirecta hacen referencia a tales cuestiones. La doctrina científica tampoco ayuda demasiado en este sentido ya que, en las relativamente escasas ocasiones que ha tratado con profundidad estos temas, no ha llegado a conclusiones dotadas de un grado de consenso significativo.

En cualquier caso, sobre la primera de las dos cuestiones planteadas es necesario tener en cuenta que la Constitución no determina cuál es la diferencia jurídica entre "delegar" y "transferir" y que doctrinalmente se ha considerado, de manera mayoritaria, que las diferencias entre ambas figuras se encontrarían en el hecho de que la transferencia comportaría el desplazamiento de la titularidad de la competencia a la comunidad autónoma, mientras que la delegación no afectaría a dicha titularidad, sino que sólo tendría por objeto el ejercicio de la competencia, que pasaría a ser asumida por la comunidad autónoma. En la práctica, sin embargo, se trataría de una diferencia *menor* en la medida en que, en principio, las facultades que se podrían asumir, por las comunidades autónomas, en uno o en otro caso, serían

la fecha de publicación de la iniciativa (Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados, núm. 140-1, de 6 de noviembre de 1995).

las mismas²¹. De hecho, la única diferencia constatable en el texto constitucional es el relativo a los controles que puede ejercer el Estado, en la medida en que el artículo 153.b CE prevé que el Gobierno del Estado controle la actividad de las comunidades autónomas que afecte el ejercicio de funciones delegadas de acuerdo con el artículo 150.2 CE, sin incluir, por lo tanto, las transferidas. En cualquier caso, no es este un debate en el que haga falta profundizar a los efectos del presente informe en la medida en que cualquiera de ambas figuras jurídicas -transferencia o delegación- podría dar satisfacción a las pretensiones de asumir la facultad de "autorizar" o convocar la consulta popular por vía de referéndum aquí analizada.

Sobre el requisito que las facultades delegadas o transferidas se refieran a materias susceptibles de delegación o transferencia hay que destacar, de entrada, que se trata de un concepto indeterminado que la doctrina mayoritaria ha intentado acotar relacionándolo con el principio de soberanía, de tal manera que la aplicación del mecanismo del artículo 150.2 CE no podría operar sobre las facultades vinculadas a materias ligadas tradicionalmente a la soberanía estatal (relaciones internacionales, defensa y fuerzas armadas, etc.).

En este punto, es oportuno recordar que en diversas ocasiones se han presentado ante las Cortes Generales iniciativas para transferir a las comunidades autónomas en general o a la Generalitat de Catalunya en particular la facultad de autorizar consultas populares por vía de referéndum.

²¹ Recordemos que alguna doctrina también ha defendido que la distinción se fundamentaría en la naturaleza de las facultades, de manera que la "delegación" se aplicaría a la simple cesión de facultades ejecutivas o de gestión de los servicios estatales, mientras que la «transferencia» comportaría la transmisión de facultades normativas y ejecutivas. No obstante, la aplicación práctica de la vía del artículo 150.2 CE no confirma dicha doctrina ya que las Cortes Generales han aprobado una ley orgánica que delega facultades ejecutivas y normativas a las comunidades autónomas (Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de Delegación de Facultades del Estado en las Comunidades Autónomas sobre los transportes por carretera y por cable).



Dichas iniciativas han provenido tanto de grupos parlamentarios en el Congreso de los Diputados que han presentado proposiciones de ley orgánica del artículo 150.2 CE²² o proposiciones no de ley²³, como también del propio Parlamento de Catalunya que también ha presentado una proposición de ley orgánica²⁴.

Ninguna de las iniciativas mencionadas prosperó. El examen de los debates parlamentarios pone de manifiesto que los argumentos de los grupos parlamentarios que se oponían a las iniciativas (Grupo Parlamentario Popular y Grupo Parlamentario Socialista) se fundamentaban en la consideración de que la facultad de autorizar consultas populares por vía de referéndum no era, por su naturaleza, susceptible de transferencia o delegación. No obstante, lo cierto es que las argumentaciones presentadas en los debates parlamentarios eran

²² Son los casos de la proposición de ley de transferencia a la Generalitat de Catalunya de las competencias en materia de autorización para la convocatoria de referéndum (Orgánica). Presentada por el Grupo Parlamentario Mixto (Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 139-1, de 11 de mayo de 2001) y de la proposición de ley de transferencia a las Comunidades Autónomas, por la vía del artículo 150.2 de la Constitución, de las competencias en materia de autorización para la convocatoria de referéndum (Orgánica). Presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC) (Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 959-1, de 12 de julio de 2004).

²³ Es el caso de la proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, sobre la transferencia a la Generalitat de Catalunya de las facultades de ejecución de la legislación del Estado para la autorización de la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum (Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 148, de 21 de septiembre de 2012).

²⁴ Proposición de ley orgánica, por vía del artículo 150.2 de la Constitución, de transferencia a la Generalitat de Catalunya de las competencias en materia de autorización para la convocatoria de referéndum. Presentada por el Parlamento de Catalunya (Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 12-1, de 16 de abril de 2004). Es necesario recordar también que la propuesta de Estatuto de Autonomía de Catalunya aprobada por el Parlamento de Catalunya con fecha 30 de septiembre de 2005, preveía que la Generalitat asumiría competencia, por la vía del art. 150.2 CE, sobre la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum (disposición adicional tercera, apartado 1-d).



en muchos casos circulares y apodícticas en la medida en que, sin más argumentación, se limitaban a convertir lo que tenía que ser la conclusión de la argumentación -la insusceptibilidad de la transferencia o delegación- en la argumentación misma.

En los casos en los que encontramos formulados razonamientos más precisos se alude al hecho de que el referéndum en cuestión afecta al interés general o la soberanía popular y éstas son cuestiones por las que tiene que velar el Estado; también se argumenta que se trata de un acto político del Gobierno que no se puede atribuir a las comunidades autónomas ya que supone una mutación constitucional en la medida en que aumentarían las posibilidades de convocatoria de referéndums en un sentido que el constituyente no quiso, ya que potenció la democracia representativa.

No obstante, se puede sostener que hay buenos argumentos jurídicos para afirmar que la facultad "de autorizar" *ad casum* consultes por la vía de referéndum de ámbito autonómico es susceptible de transferencia o delegación a las comunidades autónomas, sobre todo si su objeto se vincula de forma estricta al ámbito propio de competencias y atribuciones que corresponden a las comunidades y, muy especialmente, en nuestro caso, a la necesidad de implementar los resultados de la consulta a través de los mecanismos legales existentes, incluidos naturalmente los procedimientos de reforma constitucionales.

Desde esta perspectiva, sumada a las exigencias del principio democrático antes mencionadas, no resultan en absoluto insalvables los argumentos aducidos hasta ahora por las Cortes Generales para denegar la delegación o la transferencia. Sobre todo si se tiene presente que, de conformidad con el artículo 150.2 CE, el Estado se puede reservar las formas de control que estime procedentes, siempre, evidentemente que sean constitucionalmente



admisibles. A través de ellas, el Estado podrá velar, si así lo considera oportuno, porque el ejercicio de la competencia transferida se ajuste a los principios, valores y reglas constitucionales que le sean de aplicación, y también al resto de normas del ordenamiento jurídico que puedan resultar aplicables. No se trataría, por lo tanto, de una asunción de facultades realizada de manera incondicionada, sino sometida a determinados condicionantes que se han de establecer en la ley de transferencia o delegación.

Vistas las consideraciones precedentes, y rechazado el argumento de la voluntad restrictiva de los constituyentes a partir de un recto entendimiento de los principios democrático y del Estado de Derecho, no es fácil entender como una delegación *ad casum* ceñida a las condiciones mencionadas puede poner directamente en cuestión la soberanía estatal, los intereses generales del Estado. A no ser que conocer la opinión de los ciudadanos de una comunidad autónoma sobre sus preferencias en cuanto a la organización política autonómica se considere un elemento que es mejor no conocer para evitar que el Estado tenga que tomar determinadas decisiones.

En definitiva, desde la óptica constitucional se podría sostener que la facultad de autorizar una consulta popular por la vía de referéndum es susceptible de transferencia o delegación a las comunidades autónomas, por lo que una hipotética decisión de las Cortes Generales denegatoria de la solicitud de transferencia o delegación se podría entender que, de hecho, responde a razones políticas y de oportunidad y, por lo tanto, dejaría legítimamente abiertas las vías alternativas. En cualquier caso, si la Generalitat optara por utilizar dicha vía conjuntamente con otras debe señalarse que ésta lógicamente debe preceder en el tiempo a las propuestas de convocatoria de referéndums ya que si el Estado ha denegado estas convocatorias no es coherente solicitarle que delegue lo que no ha querido hacer por él mismo. En cambio, sí

que resulta coherente, solicitar que haga por sí mismo lo que no ha querido delegar.

Para completar los argumentos expuestos hasta ahora, es preciso destacar que, desde la perspectiva del derecho comparado, el proceso de consulta que se prevé realizar en Escocia se articula mediante un procedimiento que -sin desconocer las diferencias que presentan los marcos normativos británico y español- presenta un sustrato similar a la vía del artículo 150.2 CE. En efecto, en el caso de Escocia, el Acuerdo alcanzado entre el Gobierno de Reino Unido y el Gobierno Escocés, de 15 de octubre de 2012, sobre un referéndum para la independencia para Escocia, prevé la modificación de un anexo de la Scotland Act 1998 para hacer posible que el Gobierno de Escocia pueda promover un referéndum sobre la independencia²⁵. En ambos casos -el británico y el español- se partiría, por lo tanto, del principio que la competencia para autorizar y convocar el referéndum correspondería a las instituciones centrales de los respectivos Estados, pero éstas, a través de los procedimientos aplicables en cada caso, permitirían que dicha competencia fuera ejercida por las instituciones representativas de la comunidad territorial descentralizada políticamente.

En definitiva, también en este caso se puede afirmar que si el Estado tiene voluntad política de permitir la convocatoria de una consulta como la que aquí analizamos, la vía del artículo 150.2 CE no plantea problemas constitucionales y prácticos insalvables.

Con todo, para escoger la vía que se utilizaría no se puede olvidar el hecho ya apuntado de que las Cortes Generales han rechazado de manera reiterada

²⁵El Parlamento británico ha aprobado esta modificación en fecha 12 de febrero de 2013 (The Scotland Act 1998 - Modification of Schedule 5; Order 2103, núm. 242).



esta posibilidad. La última vez en septiembre de 2012. Es poco probable que la Cámara legislativa estatal cambie de opinión en un plazo breve de tiempo. Sin embargo, vistos los aspectos positivos de dicho procedimiento y la debilidad de los argumentos jurídicos que han opuesto las Cortes Generales para vetar esta vía de consulta, se podría intentar nuevamente su planteamiento a partir, esta vez, de un apoyo más amplio e institucional que el que tuvieron las propuestas precedentes.

VI. La reforma de la Constitución

Una cuarta vía es la de la reforma de la Constitución para incorporar de manera explícita el referéndum de ámbito autonómico.

Este procedimiento se podría plantear después de haber comprobado que el Estado rehúsa, por motivos de inconstitucionalidad, todas o una parte de las convocatorias de referéndum antes analizadas. Pero, también se podría promover en el inicio del proceso, como primera opción, para dejar claro de entrada si el Estado tiene o no voluntad política de buscar algún procedimiento a cuyo través los ciudadanos de Catalunya puedan expresar su opinión sobre su futuro político colectivo.

Una fórmula intermedia consistiría en plantear esta vía cuando el Estado rechazara una primera propuesta alegando motivos de inconstitucionalidad.

No hay que reiterar que esta vía al proponer una reforma de la propia Constitución, tiene la ventaja de no tener límites constitucionales y, en consecuencia, de poner de manifiesto que cualquier rechazo a la propuesta, responde exclusivamente a motivos políticos, que pueden ser perfectamente



legítimos, pero que a nuestros efectos dejan abiertas las vías alternativas de consulta.

Naturalmente, la viabilidad práctica de este procedimiento depende en gran medida de si este tipo de reforma se puede hacer por la vía no agravada del artículo 167 CE o por el contrario es preciso seguir la vía del artículo 168.

Parece claro que si la reforma se limitara a incorporar al artículo 92.1 CE, la previsión expresa de los referéndums de ámbito territorial autonómico no sería necesario realizarla por la vía agravada. Y en tal caso, si hubiera un acuerdo amplio en las Cortes Generales, la tramitación se podría hacer con mucha celeridad y sin demasiadas complicaciones, como se demostró en la última reforma del artículo 135 CE realizada en un lapso de tiempo muy corto en el mes de agosto de 2011.

Ciertamente, después de la reforma, habría que instar todavía la aplicación de este nuevo artículo 92.1 CE. Sin embargo, hay que suponer que el acuerdo para reformar la Constitución se prolongaría en esta segunda fase, que, en consecuencia, podría culminarse en un plazo relativamente breve.

Si la reforma constitucional no se limitara a incorporar los referéndums de ámbito autonómico en el artículo 92.1 CE, sino que se previera, con la fórmula que proceda, que pudieran referirse a cuestiones, la respuesta a las cuales requiere, para su implementación, una reforma constitucional, habría buenos argumentos -en gran parte expuestos en el epígrafe segundo del informe- para sostener que la reforma constitucional podía realizarse igualmente por la vía de la reforma no agravada del artículo 167 CE, pero sin duda esta opción suscitaría una polémica jurídica, que podría dificultar o alargar el proceso de reforma.

Finalmente, desde la perspectiva procedimental, señalaremos que, de acuerdo con el artículo 166 CE, el Parlamento de Catalunya podría instar la reforma constitucional por las vías previstas en el artículo 87 CE (instando la presentación del proyecto de reforma al Gobierno estatal o presentando una proposición de reforma en el Congreso).

VII. La consulta no referendaria prevista en el proyecto de ley en tramitación en el Parlamento de Catalunya

La opción de la consulta popular no referendaria organizada por la propia Generalitat y articulada a partir del proyecto de ley que hoy está en tramitación en el Parlamento tiene la ventaja evidente de tratarse de un procedimiento de consulta que se puede aplicar en un tiempo relativamente breve y que la decisión sobre su convocatoria y los términos de ésta no dependen del Estado sino de la propia Generalitat. Este hecho, visto desde el otro lado del espejo, puede tener también ventajas para el Estado tal como hemos avanzado en el inicio del informe e insistiremos posteriormente.

Con todo, este procedimiento puede suscitar -de hecho ya ha suscitado- dos tipos de interrogantes que es necesario que evalúen con detenimiento las instituciones de la Generalitat que tendrán que decidir sobre los procedimientos mediante los cuales se efectuará la consulta. El primero de estos interrogantes hace referencia a la eficacia práctica de los resultados de la consulta y, más concretamente, a su capacidad persuasiva, tanto respeto del Estado como de la comunidad internacional. Los otros se refieren a las objeciones de inconstitucionalidad que en hipótesis se puedan formular a este procedimiento y que, incluso en caso de que finalmente no prosperaran, podrían provocar la suspensión del procedimiento durante años en la hipótesis de que la ley o la convocatoria de una consulta fueran recurridas ante el Tribunal Constitucional y

éste decidiera suspender la aplicación de la ley o la de la celebración de una consulta convocada de acuerdo con la mencionada disposición.

A nuestro parecer ninguna de estas posibles objeciones plantea problemas insalvables, aunque, a los efectos de la viabilidad práctica, es preciso tenerlas presentes.

A la crítica relativa a la reducida capacidad de persuasión de este tipo de consulta es necesario responder estableciendo en la futura ley unas garantías de transparencia y de seguridad equivalentes, como mínimo, a las previstas en los referéndums. Como ya expusimos en el Informe sobre el proyecto de dicha ley, ésta no es en absoluto una misión imposible, ni el establecimiento de unas garantías parecidas a las de las consultas referendarias puede considerarse que abona la tesis de los que sostienen que las consultas no referendarias encubren verdaderos referéndums.

Algo parecido se puede razonar respecto de las dos objeciones de inconstitucionalidad que se hicieron al anteproyecto de ley de consultas no referendarias que se discutió durante la anterior legislatura y que en realidad tenían un alcance general que las hace aplicables a cualquier proyecto de ley que pretenda establecer una consulta no referendaria mediante votación: la primera de estas objeciones consiste en decir que cualquier consulta para que los ciudadanos de Catalunya manifiesten su opinión sobre una determinada cuestión relevante mediante una votación, es de hecho y de derecho un verdadero referéndum, más o menos encubierto y, en consecuencia, vulnera la doctrina del Tribunal Constitucional que sostiene que este tipo de consultas sólo las puede convocar y regular el Estado. La segunda objeción de inconstitucionalidad hace referencia a la limitación establecida en el EAC según la cual las consultas tendrán por objeto cuestiones referidas a materias sobre las que la Generalitat tenga "competencia".

Para rebatir tales objeciones no es necesario reiterar *in extenso* los argumentos contenidos en el Informe mencionado. Basta recordar que, sobre la primera objeción, si nos centramos en la definición de referéndum hecha por el Tribunal Constitucional en la STC 103/2008 (*Plan Ibarretxe*), lo que según esta resolución caracteriza la institución del referéndum es, sobre todo, el hecho de que el sujeto consultado es el "cuerpo electoral" que participa en las elecciones de los "parlamentos" estatal, autonómicos y locales; que este cuerpo electoral actúa como verdadero "órgano" (sic) del Estado, de la comunidad autónoma o del municipio; y que, como tal órgano, expresa una voluntad que es imputable al ente al que pertenece. Dicha característica esencial de los referéndums se completaría, según el Tribunal Constitucional, con el hecho de que la referida voluntad del cuerpo electoral se expresa a través de un proceso que tiene las mismas características que el proceso utilizado para realizar las elecciones (utiliza el censo, la administración electoral y la administración de justicia).

Así planteada la cuestión, claro está, en nuestra opinión, que existen muy buenos argumentos jurídicos para defender que el legislador autonómico puede diseñar un tipo de consulta mediante votación que no tenga las características que configuran los referéndums. Concretamente, sobre los llamados a la consulta habría que ampliar las personas convocadas a participar en ella, de manera que no se pudiera sostener que expresan una voluntad política imputable a la Generalitat o que actúan como órgano de ésta (eso se puede conseguir, por ejemplo, convocando a los jóvenes de mayores de 16 años y los extranjeros que cumplan los requisitos que se establezcan). Menos dificultades plantea todavía el establecimiento de instrumentos sustitutivos del censo electoral y de las administraciones electoral y de justicia, pero capaces de garantizar la misma transparencia y seguridad en la votación. En todo caso, la virtualidad de estos argumentos se potencia de manera extraordinaria si se



aplica, como es obligado, el criterio interpretativo derivado de la aplicación conjunta del principio democrático y del principio del Estado de Derecho.

Sobre la objeción relativa a la necesidad de que el objeto de la consulta afecte materias de competencia de la Generalitat, ya hemos señalado anteriormente que también hay buenos argumentos para defender que la expresión "materias de competencia" de la Generalitat -del artículo 122 EAC- se puede interpretar en un sentido no literal, considerando que también puede incluir, junto a las competencias en sentido estricto, las funciones y facultades que permiten que la Generalitat realice actuaciones perfectamente legítimas desde la perspectiva constitucional y estatutaria, como el ejercicio de las facultades de iniciativa legislativa, e incluso, de iniciativa de reforma constitucional, ante las instituciones centrales del Estado.

En todo caso, el legislador catalán tendrá que valorar si incluye en la ley de consultas no referendarias esta amplia interpretación del concepto "materias de competencia" -con el consiguiente riesgo de que la ley sea impugnada- o prefiere reproducir el tenor literal del artículo 122 EAC, con lo que el riesgo de impugnación se podría desplazar al momento en el que se convocaran las consultas concretas sobre cuestiones que no se pudieran incluir en el concepto estricto de "competencia" de la Generalitat. Habría fórmulas intermedias como la de incorporar en la ley expresiones que establecieran que las consultas pueden versar sobre "ámbitos en los que la Generalitat puede adoptar decisiones legítimamente".

En todo caso, debe señalarse que, aunque hay argumentos jurídicos muy fundamentados para sostener la constitucionalidad de una consulta no referendaria sobre la opinión de los catalanes sobre el futuro modelo de relación con el Estado español, claro está que para ponderar las ventajas e inconvenientes de transitar por esta vía es necesario valorar, por una parte la

"capacidad de persuasión" de los resultados obtenidos a través de una vía que no es propiamente referendaria, y por otra, el hecho de tratarse del procedimiento posiblemente más ágil para ser aplicado y que da más libertad de actuación a la Generalitat y el hecho de que es probable que al Estado le pueda convenir un proceso que no lo obliga a realizar actividades que puede considerar que tienen para él un coste político, como es el caso de convocar o autorizar la convocatoria de un referéndum. En este sentido en las negociaciones habría que encontrar un punto de acuerdo para que el Estado se comprometiera a no recurrir ni la ley ni la consulta ni impedir su realización. Claro está, sin embargo, que eso no podría impedir que otros sujetos legitimados para hacerlo pudieran llevar la ley o la consulta ante las jurisdicciones constitucional o judicial.

VIII. Conclusiones

De lo que se ha expuesto hasta ahora se pueden extraer, entre otras, las siguientes conclusiones:

Primera

Existen muy buenos argumentos jurídicos para defender que los cinco procedimientos analizados (el de la Ley catalana 4/2010 de consultas populares por vía de referéndum; los referéndums consultivos previstos en el artículo 92.1 CE; la delegación o transferencia de competencias del artículo 150.2 CE; los de la ley catalana de consultas no referendarias que actualmente se tramita en el Parlamento y la reforma de la Constitución española para incorporar los referéndums consultivos de ámbito autonómico), interpretados como es debido a la luz de los criterios de interpretación derivados de la aplicación conjunta del principio del Estado de Derecho y el principio

democrático, permiten convocar, con toda legitimidad jurídica, una consulta popular de ámbito autonómico sobre "el futuro colectivo de los ciudadanos y ciudadanas de Catalunya".

Segunda

Si el Estado tiene voluntad política de canalizar jurídicamente la reivindicación de ser consultados promovida por la mayoría de los ciudadanos y ciudadanas de Catalunya y de sus representantes políticos, el ordenamiento jurídico vigente le ofrece la posibilidad de utilizar diversos mecanismos para convocar, autorizar o no oponerse a la convocatoria de esta consulta o para crear mecanismos nuevos para alcanzar dicha finalidad. No puede alegar con fundamento jurídico suficiente que dichas vías son contrarias al ordenamiento jurídico o que las consultas de este tipo sólo las puede regular y convocar el Estado, que irán dirigidas a todos los ciudadanos españoles y que forzosamente se celebrarán al final de un proceso de reforma constitucional, como referéndums de ratificación.

Tercera

La Generalitat podrá instar al Estado que autorice o convoque la consulta, o convocarla directamente cuando entre en vigor la ley de consultas no referendarias, a través de cualquiera de las otras vías analizadas. Antes de optar por una u otra vía sería conveniente abrir un diálogo y negociación con el Gobierno del Estado para intentar pactar cuál de las modalidades se considera más adecuada. Si el Estado manifiesta de entrada su oposición a autorizar, convocar o permitir la consulta, sería necesario, además, que la Generalitat



hiciera una propuesta formal y pública al Estado para que quedara constancia "fehaciente" de la posición estatal.

Cuarta

Entre los criterios que la Generalitat debe tener en cuenta para escoger la vía o las vías para convocar la consulta, destaca el de propiciar los procedimientos que previsiblemente susciten menos problemas de constitucionalidad al Estado a tenor de las actuaciones y manifestaciones realizadas hasta ahora por el Gobierno estatal y el Tribunal Constitucional -recursos y conflictos de competencia interpuestos, sentencias y resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional...-. Se trata de asegurar al máximo que el Estado no podrá oponer a la propuesta motivos de inconstitucionalidad consistentes de manera que, por una parte, se le presenten más dificultades para intentar fundamentar acciones jurisdiccionales contra la consulta, que podrían retrasar extraordinariamente todo el proceso, y, por otra parte, que se haga patente que los motivos reales del hipotético rechazo no son jurídicos sino políticos: de falta de voluntad política de permitir la consulta.

La constatación de que el rechazo de la propuesta responde a motivos políticos y no jurídicos es un dato primordial para justificar, internamente y ante la comunidad internacional, el cierre de las vías legales internas de consulta y la apertura de vías alternativas -consultas "no oficiales", elecciones plebiscitarias...- la implementación de cuyos resultados podría dar lugar, entre otras manifestaciones, a declaraciones unilaterales del Parlamento.

Quinta

Planteada la cuestión en estos términos, la vía de la Ley catalana 4/2010 de consultas populares por vía de referéndum tiene como aspectos positivos que éste es el procedimiento que inicialmente el legislador catalán consideró idóneo para realizar una consulta de este tipo y, en coherencia con dicha decisión, parece que tendría que ser la primera vía a explorar. Además, es uno de los procedimientos que en principio permitiría una convocatoria más rápida de la consulta ya que, entre otras razones, en su tramitación formalmente no interviene el Estado, aunque, ciertamente, le correspondería autorizarla y el diálogo y la negociación con el Estado serían imprescindibles. Además y sobre todo, debe señalarse, que, como hemos mencionado en el cuerpo del informe, si se optara por hacer una iniciativa conjunta de todos los legitimados para iniciar este proceso (Govern de la Generalitat, Parlamento, municipios e iniciativa popular) tal procedimiento tendría una fuerza política difícil de despreciar.

Por contra, se debe tener también muy presente que dicha ley ha sido recurrida por el Estado y, aunque el Tribunal Constitucional ha levantado la suspensión, es probable que el Gobierno estatal deniegue la autorización, alegando, además, motivos de inconstitucionalidad como los que hemos expuesto en el informe. Ciertamente hay buenos argumentos jurídicos para combatir estas posibles objeciones, pero la posibilidad de recursos, bloqueos y retrasos no se puede olvidar.

Sexta

La vía del artículo 92.1 CE es probablemente la que suscitaría menos problemas de constitucionalidad o, dicho de otra manera, la vía que más



problemas le plantearía al Estado para aportar argumentos jurídicos mínimamente convincentes. La debilidad de los argumentos jurídicos que el Estado podría aducir de contrario mostrarían de manera fehaciente que las razones de la negativa son puramente políticas y eso entendemos que permitiría ya abrir legítimamente las vías alternativas.

Si el Estado alegara, contra lo que hemos sostenido en el informe, que para aplicar dicha vía es necesario inexcusablemente reformar la LORMR o dictar una ley *ad hoc*, sería preciso pactar una tramitación rápida de estos procesos legislativos, como ha sucedido en las ocasiones precedentes en las que se ha modificado la LORMR.

Séptima

El procedimiento de la delegación o transferencia de competencias del artículo 150.2 CE tiene ciertamente muchos aspectos positivos, como por ejemplo, el hecho de que su tramitación podría ser rápida y que todo el proceso, incluido el posicionamiento del Estado, tiene una notable publicidad y transparencia. Tiene, sin embargo, el inconveniente de los precedentes fallidos que hemos analizado, que, sin embargo, no son un obstáculo insalvable vista la debilidad de los argumentos esgrimidos hasta el momento para apoyar a estas decisiones y la posibilidad de formular la iniciativa con un apoyo más amplio e institucional que el que tuvieron las propuestas precedentes.

Octava

La vía de la reforma constitucional se puede utilizar como vía "subsidiaria", una vez que se haya constatado el fracaso de otras alternativas, o bien como vía



"autónoma", al margen de este fracaso. Incluso se podría utilizar como primera opción.

Las ventajas de esta vía son evidentes, sobre todo la de la realizada por el procedimiento de reforma no agravado, dado que la experiencia reciente demuestra que si los dos grandes partidos de ámbito estatal están de acuerdo se puede tramitar de manera rápida y sin demasiadas complicaciones. La ventaja fundamental reside en el hecho que, como es obvio, esta vía no tiene límites constitucionales materiales y, en consecuencia, el Estado sólo podría rechazar esta propuesta por motivos estrictamente políticos. No se puede descartar de entrada la posibilidad de utilizar esta vía.

Novena

Finalmente, la vía de las consultas no referendarias de la ley que se está tramitando actualmente en el Parlamento tendría la ventaja evidente de tratarse de un procedimiento de consulta que se puede aplicar en un tiempo relativamente breve y que la decisión sobre su convocatoria y los términos de ésta no dependen del Estado sino de la propia Generalitat (a pesar de la necesidad de diálogo y negociación). Este hecho, visto desde el otro lado del espejo, puede tener también ventajas para el Estado, si estuviera dispuesto a permitir la consulta, ya que puede limitarse a no recurrir ni la ley ni la convocatoria concreta, en lugar de tener que convocarla o autorizarla él mismo -con el coste político que eso supuestamente le podría suponer-. Éste es un elemento que en el diálogo y la negociación con el Estado sería necesario tenerlo en cuenta. Aunque un hipotético compromiso del Estado no podría evitar que otros sujetos legitimados pudieran llevar la ley o la convocatoria ante la jurisdicción constitucional o judicial.

En el cuerpo del informe hemos señalado que las posibles objeciones de inconstitucionalidad dirigidas contra dicho procedimiento son rebatibles, aunque es necesario ponderar su amenaza real.

También es salvable la crítica basada en la supuesta falta de capacidad persuasiva de los resultados obtenidos de una consulta que no es propiamente referendaria. Esta objeción se puede superar cuando se diseñe este procedimiento en la ley que está en trámite, aunque, ciertamente, también en este caso, es necesario ponderar esta objeción para decantarse por una u otra de las cinco vías a cuyo través puede convocar legítimamente una consulta como la que hemos analizado en estas páginas.

Décima

En síntesis, visto, por una parte, el supuesto de hecho origen de la cuestión analizada (el objeto de la reivindicación -la simple demanda de ser consultados- y sus características -el sujeto que la promueve, la amplitud del apoyo del que disfruta, su reiteración, etc ...-) y por otra parte las exigencias interpretativas derivadas de la aplicación conjunta de los principios democrático y del Estado de Derecho, desde una perspectiva jurídica, el Estado sólo podría negar la consulta si pudiera aducir objeciones de constitucionalidad incontestables o, dicho en otras palabras, si ninguno de los procedimientos existentes en el ordenamiento constitucional pudiera ser interpretado en el sentido de posibilitar una consulta como la que se promueve desde Catalunya.

Pues bien, de lo que se ha expuesto en el cuerpo de este informe se desprende, como hemos reiterado, que en el ordenamiento constitucional vigente existen como mínimo cinco procedimientos para realizar legalmente esta consulta (o para crear *ex novo* uno de estos procedimientos) y, en



consecuencia, una hipotética negativa del Estado a convocarla, a autorizarla o a permitir su realización situaría la cuestión en el ámbito -instar al Estado a que la autorice o la convoque- puramente político y abriría a la Generalitat la posibilidad de utilizar legítimamente vías alternativas de convocatoria de consultas (como consultas "no oficiales", elecciones "plebiscitarias", etc...), que, si es procedente, podrían ser implementadas, entre otros mecanismos, a través de declaraciones unilaterales del Parlamento.

Barcelona, 11 de marzo de 2013

Carles Viver Pi-Sunyer
Director del Instituto de Estudios
Autonómicos

Gerard Martín i Alonso
Jefe del Área de Desarrollo
Autonómico