

LA CONSULTA POPULAR A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Loreto Segura i Renau*

Resumen

El concepto de *consulta popular* ha pasado inadvertido tradicionalmente en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, siempre a la sombra y en contraposición con el concepto de *referéndum*. El objeto del presente estudio abordará, por un lado, el punto de partida constitucional del concepto de *consulta popular*: ¿es el artículo 149.1.32 de la Constitución española la puerta abierta a la consulta popular?; y, por el otro, analizará la evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional acerca del concepto de *consulta popular* y, de este modo, se conocerá qué lugar ocupa la consulta popular en nuestro ordenamiento. Asimismo, se pone de manifiesto la novedosa incorporación de un instrumento autonómico de participación al que nos referimos como *consulta ciudadana*. A pesar de no entrar en el fondo de la cuestión, la existencia de este mecanismo nos lleva a cuestionar la distinción entre referéndum y consulta popular, llevada a cabo hasta ahora por parte del supremo intérprete de la Constitución.

Palabras clave: derecho constitucional; democracia; participación popular; participación; referéndum; consulta popular.

THE CONSULTA POPULAR IN LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF SPAIN'S CONSTITUTIONAL COURT

Abstract

The concept of the consulta popular (public consultation) has traditionally been ignored in Spain's constitutional legal order, always remaining in the shadow of and in contrast with that of the referendum. This article examines, firstly, the constitutional basis for the concept of the consulta popular: does Article 149.1.32 of the Spanish Constitution open the door to it? And, secondly, it examines developments in the jurisprudence of the country's Constitutional Court around the concept of the consulta popular, to thereby gain an understanding of the position occupied by it in our legal order. We also note the innovative inclusion of an autonomous community-level participative tool which we refer to as the consulta ciudadana (citizens' consultation). Although we do not examine the matter in detail, this does lead us to question the distinction made to date between a referendum and a consulta popular by the paramount interpreter of Spain's Constitution.

Key words: constitutional law; democracy; public participation; referendum; public consultation.

* Loreto Segura i Renau, profesora colaboradora en la Universidad Abat Oliba CEU y en la Universitat Oberta de Catalunya (UOC) y miembro del Grupo de Estudios sobre Democracia y Constitucionalismo (GEDECO) en la Universidad de Barcelona y del proyecto de investigación "Instrumentos contramayoritarios en el estado constitucional" (PID2019-104414GB-C32). Facultad de Derecho y Empresa. Universitat Abat Oliba CEU, c. Bellesguard, 30, 08022 Barcelona. lsegurar@uao.es.

Artículo recibido el 30.06.2020. Evaluación ciega: 30.07.2020 y 14.08.2020. Fecha de aceptación de la versión final: 03.09.2020.

Citación recomendada: Segura i Renau, Loreto. (2020). La consulta popular a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Catalana de Dret Públic*, 61, 208-223. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i61.2020.3489>.

Sumario

- 1 La consulta popular, ¿una apertura constitucional a la participación ciudadana?
 - 2 El artículo 149.1.32 de la CE como cláusula abierta a la consulta popular
 - 3 La consulta popular a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español
 - 3.1 La consulta popular referendaria del País Vasco: ¿consulta o referéndum?
 - 3.2. La consulta participativa de Canarias
 - 3.3 El proceso secesionista catalán
 - 3.3.1 La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010
 - 3.3.2 El desarrollo normativo en materia de consultas populares y su encaje constitucional
 - 4 La nueva *consulta ciudadana* autonómica
 - 5 Conclusión
- Bibliografía

1 La consulta popular, ¿una apertura constitucional a la participación ciudadana?

El modelo de ejercicio de la democracia en España se fundamenta en la democracia representativa y, a su vez, se halla complementada por instrumentos de democracia directa o semidirecta. En este sentido, nuestro modelo constitucional prevé dos vías para el ejercicio de la democracia más allá de la democracia representativa: la democracia directa (y semidirecta) y la democracia participativa. La primera de ellas hace referencia a aquellos instrumentos que son contenido esencial del derecho fundamental de participación política. No obstante, el mismo Tribunal Constitucional ha reconocido la posibilidad de ampliar los instrumentos de participación directa mediante la ley: “aunque se admitiera que la ley puede ampliar los casos de participación directa, los supuestos deberían de ser, en todo caso, excepcionales” (STC 119/1995, FJ 3). Como bien señala Castellà (2012: 3618), el tribunal parece dejar una puerta abierta a otros posibles supuestos de democracia semidirecta, por lo que sí podrían tener lugar otras formas de participación política. Respecto de la segunda vía, la democracia participativa, esta queda fuera del contenido del derecho de participación política de los ciudadanos. Estaríamos, por lo tanto, ante un concepto aglutinador —a pesar de incidir en la toma de decisiones públicas— que “permite agrupar, en una visión unitaria, diversas modalidades participativas previstas en el ordenamiento constitucional español” (Castellà, 2001: 84).

En el primer caso —la democracia directa y semidirecta—, los ciudadanos gozamos de las garantías propias de los derechos fundamentales. En el segundo caso, la democracia participativa forma parte del principio de participación, del mandato constitucional previsto en el artículo 9.2 de la CE. En este sentido, hay que subrayar que dicho precepto constitucional no ha sido desarrollado en el ámbito estatal por la doctrina del Tribunal Constitucional,¹ sino por los estatutos de autonomía, como veremos más adelante. Pero como señala Expósito (2013: 368), este precepto no es solamente un mandato a los poderes públicos, sino también una “cláusula legitimadora que ofrece cobertura constitucional a cualesquiera otras manifestaciones del fenómeno participativo que, no habiéndose contemplado expresamente en su articulado, canalicen la intervención de los ciudadanos en el proceso de adopción de decisiones colectivas”.

Por otro lado, otra distinción esencial entre ambas formas de participación ciudadana se encuentra en el sujeto que ostenta la capacidad de decisión final: en los instrumentos de democracia participativa, siempre es tomada por los poderes públicos, mientras que en la democracia directa, la decisión final es la tomada por el pueblo.²

Con todo ello, ¿qué lugar ocupa, entonces, la consulta popular? Estamos ante una modalidad de participación ciudadana que puede llevarse a cabo tanto a través de la democracia directa como a través de otras formas de participación, englobadas dentro de la democracia participativa.³ Se trata de un concepto genérico y transversal, que se ha ido delineando y delimitando a través de la jurisprudencia constitucional.

2 El artículo 149.1.32 de la CE como cláusula abierta a la consulta popular

El artículo 149.1.32 de la CE, precepto en el que se dispone como competencia exclusiva del Estado la autorización para la convocatoria de consultas por vía de referéndum, es el único precepto constitucional que menciona el concepto de *consulta popular*. ¿Por qué y con qué finalidad se incorporó este precepto constitucional?

En el anteproyecto de Constitución (art. 18, donde se enumeraban las diferentes competencias) no constaba ninguna competencia exclusiva del Estado sobre esta cuestión. Aun así, en el informe de la ponencia publicado en el *BOE*, “apareció” un apartado nuevo en el listado de competencias exclusivas del Estado: el

1 Como señala Tur (2012: 30), la doctrina del Tribunal Constitucional “no ha ofrecido una completa y acabada teoría sobre la participación ciudadana con carácter general”.

2 Castellà (2013: 205), Tur (2012: 123-124) y Pérez (2017: 1063), entre otros. Efectivamente, ante este argumento, es necesario referirse al referéndum consultivo del artículo 92 de la CE, puesto que, en esta modalidad de referéndum, la decisión final se encuentra en manos de los poderes políticos y no del pueblo. Con ello, se pone de relieve la peculiaridad del referéndum consultivo de nuestro ordenamiento constitucional.

3 Tur (2012: 125-126) señala que “todo modelo democrático es —o habría de ser— ‘identitario’ para ser auténticamente democrático, entendiéndose por tal aquel que articula los mecanismos que les son propios de forma tendencialmente orientada a buscar la identidad entre poderes públicos y ciudadanía [...]”. En este sentido, la democracia participativa cumpliría dicha finalidad, complementando de este modo la democracia representativa. Véase también, en materia de democracia identitaria, Presno (2012: 85-86).

artículo 141.29,⁴ a pesar de que no se presentaron enmiendas en este sentido. Sin saber el origen exacto del precepto ni la finalidad del mismo, de los diferentes debates que se sucedieron, se ponen de manifiesto dos cuestiones relevantes.

En primer lugar, se cuestiona qué se entiende por “consulta popular” y se relaciona inmediatamente con las consultas municipales ya previstas anteriormente a nivel local: “podría interpretarse en el sentido de que toda convocatoria de referéndum precisará la autorización previa del Estado, incluso los referéndums convocados por los municipios [...]. Si así fuera interpretado [...], se establecería un texto regresivo en esta Constitución, ya que el derecho de los Ayuntamientos a convocar referéndum sobre asuntos municipales era reconocido por las leyes municipales de antes de la guerra”.⁵ Por ello, se presentaron diferentes enmiendas en este sentido, pero ninguna llegó a prosperar. Aun así, la enmienda presentada por Benet Morell, que pretendía sustituir el texto por “Autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum organizados por las Comunidades Autónomas, *salvo las organizadas por los municipios en materia municipal*” (cursiva añadida),⁶ obtuvo un resultado muy ajustado.

En segundo lugar, hubo quienes consideraban que no era necesario dicho precepto puesto que el referéndum ya se encontraba previsto en el artículo 85 de la CE⁷ (del anteproyecto de la CE) y la inclusión del mismo sería una reiteración.⁸ Los senadores vascos fueron más allá y manifestaron que no había motivos “para excluir de la competencia de las Comunidades Autónomas la decisión última para la utilización de este importante instrumento de participación popular en la vida pública, máxime cuando el artículo 86 establece garantías suficientes para el ejercicio de este derecho”. Así surgió un nuevo concepto en el debate constituyente: el referéndum autonómico, cuando Unzueta Uzcanga declaró que debería “aparecer en la Constitución la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan someter ciertas decisiones políticas a consulta popular por vía de referéndum dentro de su propio territorio”.⁹

De los debates constituyentes se observa que el vigente artículo 149.1.32 de la CE tenía una finalidad de fondo territorial, centrada en posibles futuros referéndums autonómicos. De hecho, defensores del artículo, como Pérez Llorca, daban por supuesto que dicho precepto no se refería a las consultas populares municipales: “[el precepto constitucional en cuestión] se refiere a lo que se refiere [...] y eso quiere decir lo que dice, y no, por supuesto, abarca a supuestos inferiores de posibles consultas estrictamente en el ámbito municipal individualizado”.¹⁰ ¿Por qué en el debate se sobreentendía que los referéndums municipales debían quedar al margen y no así los autonómicos, también “supuestos inferiores de posibles consultas”? Quizás ello fuera una expresión más sobre las desavenencias políticas en materia de distribución territorial de poder,¹¹

4 De hecho, durante el debate en el seno de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, el señor Roca Junyent puso de manifiesto esta situación, mediante una enmienda *in voce*: “Muy brevemente, señor Presidente, para solicitar, como se ha expuesto ya por la presidencia, la supresión de este apartado *que no figuraba en el primer dictamen de la Ponencia*, en su versión del 5 de enero” (cursiva añadida). Congreso de los Diputados. Diario de sesiones (Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas), n.º 90, 15 de junio de 1978, p. 3351- 3352.

5 Benet Morell. Senado. Diario de sesiones (Pleno), n.º 65, 3 de octubre de 1978, p. 3265. También en este línea fueron las declaraciones de Roca Junyent: “[...] yo quisiera recordar que el Estatuto Municipal, por ejemplo, aplicado en Cataluña durante el tiempo de la Generalitat, preveía una figura muy positiva [...] que es la posibilidad de convocatoria por parte de los Ayuntamientos, para temas que fuesen de trascendencia en el municipio, de consultas populares en forma de plebiscitos o en forma de referéndums [...]”. Congreso de los Diputados. Diario de sesiones (Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas), n.º 90, 15 de junio de 1978, p. 3351-3352.

6 Benet Morell introdujo esta enmienda puesto que consideraba que el precepto constitucional, tal y como estaba redactado, no respondía a la finalidad real que se encontraba detrás: “[...] ¿deberán [los referéndums municipales] ser también autorizados por el Estado? Creo que no es esto lo que prevé este número 31 del artículo 143. Por ello, nos parece procedente presentar una enmienda *in voce* [...]”. Senado. Diario de sesiones (Pleno), n.º 65, 3 de octubre de 1978, p. 3265.

7 El artículo 85 de la CE es el precepto constitucional que se establece que será una ley orgánica la que regulará las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución.

8 Roca Junyent. Congreso de los Diputados. Diario de sesiones (Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas), n.º 90, 15 de junio de 1978, p. 3352.

9 Senado. Diario de Sesiones (Comisión de Constitución), n.º 53, 12 de septiembre de 1978, p. 2610-2611.

10 Pérez Llorca. Congreso de los Diputados. Diario de sesiones (Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas), n.º 90, 15 de junio de 1978, p. 3352.

11 Como afirmó Audet Puncernau durante el debate: “no existe razón alguna para que sean restringidos constitucionalmente los ejercicios de la democracia. Parece absurdo que se prive a las Comunidades Autónomas del derecho a utilizar una de las vías más democráticas de expresión de la voluntad popular. Queda, de nuevo, patente, en este punto 30, el deseo de fiscalización y de control, casi diría caprichoso, de las Entidades autónomas”. Senado. Diario de Sesiones (Comisión de Constitución), n.º 53, 12 de septiembre

o quizás fuera por el temor a dejar en manos de esos “nuevos territorios autónomos” un instrumento de tal envergadura, pues, recordemos, el referéndum municipal ya era conocido y se había llevado a la práctica,¹² pero no así el referéndum autonómico.

Por otro lado, otra cuestión que no queda resuelta sobre este precepto es el término empleado en el mismo. ¿Por qué se formuló como “consultas por vía de referéndum” en lugar de “referéndum”, como sí se hace en los demás preceptos relativos a la institución del referéndum? ¿Estamos ante una puerta abierta al legislador estatuyente en materia de consultas populares?¹³ La STC 31/2015 afirma de forma clara que “la Constitución, al referirse en el art. 149.1.32 a las ‘consultas populares por vía de referéndum’ ha consentido la existencia de otras consultas populares que no fueran referendarias”. Por lo tanto, el artículo 149.1.32 de la CE expresa una “denominación genérica”, según la cual debe “comprenderse la existencia de dos instituciones de raíz diferente: el referéndum y las consultas no referendarias” (STC 31/2015, FJ 5).

3 La consulta popular a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

De lo anteriormente observado queda patente que la CE incorporó la consulta popular como concepto genérico pero a su vez diferenciado del referéndum, siendo el artículo 149.1.32 de la CE una puerta abierta a su desarrollo legislativo. De hecho, a partir de lo dispuesto por el constituyente, las CC. AA., con sus EE. AA. y las respectivas normas autonómicas, han legislado en materia de consultas populares. Por ello, la realidad actual de nuestro ordenamiento en materia de consultas populares tiene su origen no solo en la CE, sino en la interpretación de la misma por parte de su máximo garante. Esta interpretación, con el paso de los años, ha sido cada vez más restrictiva. Es innegable que el contexto social, político y jurídico algo ha tenido que ver con el modelo de democracia vigente. Es interesante detenernos en cómo ha sido la evolución del concepto de *consulta popular* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a partir de tres hitos relevantes: la consulta popular referendaria del País Vasco, la consulta participativa de Canarias y el proceso secesionista catalán.¹⁴

3.1 La consulta popular referendaria del País Vasco: ¿consulta o referéndum?

“No acertamos a resolver el conflicto vasco —entre nosotros y con España— porque caminamos en espiral, porque reflexionamos en espiral. Mientras no acertemos a romper la espiral en la que nos movemos todos, no habrá salida, sólo cansancio y frustración, una y otra vez”.¹⁵ En este contexto, el lendakari Ibarretxe, en el debate sobre política general celebrado el 28 de septiembre de 2007, fijó una hoja de ruta formada por cuatro pasos principales,¹⁶ cuya finalidad de fondo era clara: el “derecho a decidir” del pueblo vasco.

Como es sabido, no se logró un acuerdo político entre el Ejecutivo español y el Ejecutivo vasco y, siguiendo con el plan de ruta, el Parlamento vasco aprobó la Ley de consulta 9/2008. Esta ley daba cumplimiento al tercer paso del plan: una consulta habilitadora para iniciar el proceso de paz del conflicto vasco.¹⁷

de 1978, p. 2598.

¹² En este sentido, como se deduce del proceso constituyente y como bien señala la doctrina, el constituyente era receloso de la institución del referéndum y los demás mecanismos de participación por la experiencia plebiscitaria vivida durante la época franquista. En parte, de ello se deriva la excepcionalidad de la democracia directa en nuestro ordenamiento. Sobre esta voluntad constituyente de fortalecer la democracia mediante el sistema de partidos y el recelo respecto de la participación popular; véase, entre otros, Aguiar (2000: 77) y Martín Núñez (2012: 98).

¹³ Cuestión ya señalada por Torres (1985: 28).

¹⁴ La exposición de estos tres hitos no se lleva a cabo de forma cronológica, sino que se ha preferido dejar para el final el caso catalán por requerir un mayor detenimiento y análisis.

¹⁵ Pleno del Parlamento vasco. Debate de política general, Discurso del lendakari, 28 de septiembre de 2007.

¹⁶ En el primero de ellos, hacía una oferta institucional al presidente del Gobierno español con la finalidad de lograr un pacto político entre España y el País Vasco. El segundo paso consistía en la aprobación de este pacto político por parte del Pleno del Parlamento vasco y, seguidamente, la convocatoria de una consulta jurídicamente vinculante para la ratificación del pacto por parte de los ciudadanos. Si no se llegaba a un acuerdo con el Estado, se admitía la posibilidad de que el Parlamento autorizase una consulta habilitadora. El tercer paso era la celebración de la consulta, el 25 de octubre de 2008, ya fuese una consulta de ratificación de un supuesto pacto político, ya fuese una consulta habilitadora para abrir un proceso de solución del conflicto. El cuarto y último paso previsto en esta hoja de ruta era el proceso de negociación y el referéndum resolutorio.

¹⁷ Aun así, en realidad se trataba de una doble consulta, pues en ella se preveía que los ciudadanos respondieran a dos preguntas. La primera, sobre “un proceso de diálogo final de la violencia”, siempre y cuando ETA así lo hubiera manifestado inequívocamente de forma previa; y, la segunda, sobre el proceso de negociación de las fuerzas políticas para alcanzar un acuerdo sobre el derecho a

Ante la aprobación de esta norma vasca, el presidente del Gobierno interpuso un recurso de inconstitucionalidad (n.º 5707-2008), considerando que la Ley del Parlamento vasco 9/2008 estaba regulando realmente un referéndum. La STC 103/2008 da respuesta a dicho recurso y, con ello, formula la primera acotación del concepto de *consulta popular* en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional. Mientras que la Abogacía del Estado consideró que la ley vasca sobrepasaba la competencia exclusiva del Estado de autorización de consultas populares por vía de referéndum prevista en el artículo 149.1.32 de la CE, en la misma exposición de motivos de la Ley 9/2008 se indica que “al no tratarse de una consulta popular por vía de referéndum, en cualquiera de sus modalidades, ni ser jurídicamente vinculante, a dicho proceso consultivo no le resulta de aplicación la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, ni tampoco precisa, por tanto, la previa autorización del Estado para su convocatoria. Por lo tanto, tanto la Abogacía del Estado como el legislador vasco considerarían inconstitucional el supuesto en el que se regulase y convocase un referéndum, sin la debida autorización. Por ello, la cuestión principal es conocer si estamos ante una consulta popular *no referendaria* o ante un referéndum.

La STC 103/2008 identifica el referéndum como una especie del género “consulta popular”, y añade que estamos ante un instrumento cuyo objeto no tiene la finalidad de recabar “la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos” (STC 103/2008, FJ 2). De hecho, estaríamos ante una consulta cuya naturaleza sería plebiscitaria, puesto que no tiene como objeto un acto jurídico y tampoco goza de un título competencial expreso.¹⁸ Seguidamente, el Alto Tribunal concreta dos elementos indispensables que conforman el concepto de *referéndum* según nuestro ordenamiento constitucional. En primer lugar, el elemento principal de un referéndum es el sujeto consultado: el cuerpo electoral. Será referéndum toda consulta dirigida al cuerpo electoral, “cuya manifestación propia es la de los distintos procedimientos electorales, con sus correspondientes garantías” (STC 103/2008, FJ 3). En el caso concreto, la consulta va dirigida a los ciudadanos del País Vasco “con derecho de sufragio activo”, por lo tanto, al cuerpo electoral del País Vasco.

Delimitado el concepto de *referéndum* y concluido, de forma motivada, que la consulta convocada por la ley vasca era efectivamente un referéndum, el Tribunal Constitucional interpreta si es posible el referéndum autonómico acorde a la CE. Esta exposición la lleva a cabo partiendo de una doble premisa: la presencia de la —notoriamente conocida— competencia exclusiva del Estado en materia de autorización de consultas populares referendarias (art. 149.1.32 CE) y de la “existencia de convocatorias de referendos circunscritas a ámbitos territoriales inferiores al nacional (art. 151 y 152 CE)” (STC 103/2008, FJ 3). De hecho, el Estatuto del País Vasco, más allá de prever el referéndum preceptivo para la reforma del Estatuto —como prevén también otras CC.AA.— incorpora otra modalidad de referéndum no prevista en la CE: el referéndum para la incorporación de municipios u otros territorios a la Comunidad Autónoma.¹⁹ No obstante, ni la CE ni el EAPB prevén de forma expresa la competencia autonómica en relación con esta modalidad referendaria, sobre la cual se fundamentaría la ley vasca 9/2008. En este sentido, se ponen de relieve dos elementos indispensables:

decidir del País Vasco. Ambas preguntas se encuentran recogidas en la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio.

No es baladí distinguir entre estas dos preguntas, pues la naturaleza del objeto de cada pregunta es sustancialmente diferente. Como señala Lasagabaster (2008: 46-47), mientras que la segunda tiene como objeto la promoción del diálogo entre los partidos políticos entorno al “derecho a decidir”, la primera “no hace referencia a ninguna decisión política que tenga efecto vinculante”. Aun así, ninguna de las dos preguntas tiene finalidad decisoria, sino más bien incentivadora, de promoción del diálogo y negociación, ya sea con el fin de la violencia, ya sea para llegar a un acuerdo sobre el ejercicio del “derecho a decidir”. Más allá del archiconocido “derecho a decidir”, en relación con la participación popular, es relevante poner de manifiesto lo expresado por este autor. Este señala que el derecho de participación está abarcando una presencia significativa en los ordenamientos jurídicos europeos, como es el caso de la última generación de EE. AA. Además, esto se observa también sectorialmente, como sería en la protección del medioambiente (como prueba de ello, véase el Convenio de Aarhus) y, en lo que nos ocupa ahora, en la solución de los conflictos, incluido el terrorismo. Como reza un dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales, Gobernanza europea y espacio de libertad, se recomienda “llevar a cabo en los Estados miembros una consulta pública a *escala local* con el fin de comprender cabalmente las experiencias e ideas locales sobre el terrorismo y los motivos que conducen al extremismo [...]” (cursiva añadida).

¹⁸ López (2009: 214-215), en referencia al carácter plebiscitario de la consulta popular vasca, señala que estamos ante un instrumento cuya finalidad sería “utilizar la manifestación de voluntad del cuerpo electoral, del pueblo, para imponer una vía de actuación política al sistema democrático-representativo, que se vinculaba directamente a la persona del entonces Lehendakari”.

¹⁹ Nos referimos a una nueva modalidad de referéndum puesto que va más allá de la disposición transitoria IV de la CE. En esta disposición se recoge el preceptivo referéndum ratificador de la incorporación de Navarra al País Vasco. No obstante, el artículo 8 del EAPV amplía este supuesto, señalando que “podrán agregarse a la Comunidad Autónoma del País Vasco otros territorios o municipios que estuvieran enclavados en su totalidad dentro del territorio de la misma” si se cumplen los requisitos que indica el mismo precepto estatutario.

por un lado, el requisito *sine qua non* de la previsión expresa, que no implícita, de la competencia autonómica; y, por el otro, que esta necesaria competencia autonómica sea de acuerdo con el artículo 149.1.32 de la CE. En definitiva, como señala el Tribunal Constitucional, “no cabe en nuestro ordenamiento constitucional, en materia de referéndum, ninguna competencia implícita, puesto que, en un sistema como el español, cuya regla general es la democracia representativa, sólo pueden convocarse y celebrarse los referendos que expresamente estén previstos en las normas del Estado [...]” (STC 103/2008, FJ 3).

En segundo lugar, el otro elemento esencial es el ámbito material de la ley en cuestión. En este caso, la consulta que se convoca se refiere al “derecho a decidir” de los vascos, cuyo contenido “no es sino la apertura de un procedimiento de reconsideración del orden constituido que habría de concluir, eventualmente, en ‘una nueva relación’ entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco” (STC 103/2008, FJ 4). Por lo tanto, materialmente —aunque hubiere una competencia expresa en el EAPB que recogiera el referéndum autonómico—, la única vía posible para llevar a cabo este referéndum sería mediante la reforma de la CE.

Por lo tanto, de la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional se extraen las siguientes conclusiones. En primer lugar, el Alto Tribunal delinea el concepto de referéndum estableciendo sus elementos característicos respecto de cualquier otra consulta popular: el cuerpo electoral como sujeto, el procedimiento electoral y las garantías electorales del mismo.²⁰ Inevitablemente, ante esta interpretación emerge la siguiente duda: ¿será siempre referéndum toda consulta popular en la que el sujeto es el conjunto de la población de la comunidad autónoma, independientemente del procedimiento y de las garantías? En segundo lugar, la necesidad de que alguna de las normas del Estado, ya sea en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum (LOMR), ya sea el EAPV, prevea como competencia la modalidad de referéndum concreta que, en este caso, sería el referéndum consultivo autonómico. Asimismo, esta competencia debería siempre respetar la competencia exclusiva del Estado establecida por el artículo 149.1.32 CE. En tercer y último lugar, el objeto material del referéndum siempre deberá ser del ámbito competencial autonómico. En el caso que nos ocupa —el derecho a decidir—, hemos observado que estamos ante un objeto material que va más allá de la competencia autonómica, pues abarca contenido esencial de la CE susceptible de ser modificado por parte del poder constituido constituyente.

3.2. La consulta participativa de Canarias

Canarias, juntamente con la Comunidad Valenciana, fue pionera en desarrollar normativamente la participación popular, con la aprobación de la Ley 5/2010. Años más tarde, concretó el desarrollo legislativo de las consultas populares, en el que se incorporaron, además de las encuestas y sondeos, las denominadas “preguntas directas” (Decreto 95/2014).

Las preguntas directas tienen como finalidad recabar “la opinión de la ciudadanía respecto de asuntos de interés general de competencia autonómica [...] mediante la formulación de una o varias preguntas directas a la ciudadanía, con el objeto de que los llamados a participar en la consulta manifiesten su parecer de forma afirmativa o negativa” (art. 9, Decreto 95/2014). Los sujetos llamados a participar —quienes deberán concretarse en el decreto de convocatoria correspondiente— serán tanto personas físicas como entidades, estén inscritas o no en el registro de participación, pudiendo ser la consulta de carácter general y/o de un colectivo concreto.

No obstante, esta modalidad de consulta popular ha sido declarada inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional. La STC 137/2015 vuelve a poner de manifiesto varios elementos que hay que tener en cuenta respecto del sistema de consultas populares. En primer lugar, la necesidad de la existencia de un título competencial —ya sea en la CE, ya sea en el EA— en materia de consultas populares, recordando que el artículo 9.2 de la CE es una disposición habilitadora, pero no atribuye ninguna competencia, ni al Estado ni a las CC. AA. En este sentido, el artículo 32.5 EACan establece que corresponde a Canarias el desarrollo legislativo y ejecutivo del sistema de consultas populares “de conformidad con lo que disponga la Ley a la que se refiere el artículo 92.3 de la CE y demás Leyes del Estado, correspondiendo a éste la autorización de su convocatoria”. A pesar de esta previsión competencial, el Tribunal Constitucional considera que “el desarrollo al que se refiere [dicho precepto] no puede ser [...] sino [aquel] que permitiera a la Comunidad

²⁰ Para un mayor desarrollo y delimitación de los tres conceptos clave señalados por la STC 103/2008, véanse Tajadura (2009: 363 y ss.) y Corcuera (2009: 303 y ss.).

Autónoma, en el respeto a las competencias del Estado y conforme a la legislación orgánica reguladora del referéndum y del régimen electoral general, complementar o integrar en aspectos accesorios, si a ello hubiere lugar, *la entera disciplina de esta institución*” (cursiva añadida) (STC 137/2015, FJ 4d). Ello enlaza con otro elemento indispensable en materia de consultas populares referendarias: la competencia exclusiva del artículo 149.1.32 de la CE va más allá de la autorización de la convocatoria de las consultas populares por vía de referéndum, pues abarca la entera institución del referéndum, según la STC 31/2010.²¹ Respecto a esta extensión del precepto 149.1.32 de la CE a la íntegra disciplina referendaria, consideramos, como señala parte de la doctrina, que no tiene “base jurídica suficiente [...] para llegar a una conclusión tan restrictiva”, especialmente en los ámbitos autonómico y local, siendo “inadmisibles desde el punto de vista de un Estado descentralizado políticamente, como es el Estado autonómico” (Ibáñez, 2013: 125-126).²²

Por ello, en segundo lugar, destacamos que se vuelve a poner de relieve que solo la LOMR podrá prever “los supuestos, tipos y formas de referéndum, sus ámbitos territoriales, los casos en que puede haber lugar a su convocatoria, sus procedimientos de desarrollo y garantías y, en fin, el reconocimiento jurídico a dar al pronunciamiento popular” (STC 137/2015, FJ 4d). Como hemos visto, el decreto en examen crea y regula una nueva modalidad de consulta popular no prevista ni en la CE, ni en el EACan, ni en la LOMR. He aquí donde entra en juego de nuevo la distinción entre consulta popular referendaria y consulta popular de carácter no referendario: ¿son las preguntas directas de Canarias un referéndum?

Nos atañe ahora observar cual es la interpretación del Tribunal Constitucional respecto de la tipología de consulta popular en la que se enmarcan las preguntas directas. El Tribunal Constitucional diferencia el referéndum de las demás consultas populares señalando que se está ante un referéndum “cuando el poder público convoca el conjunto de los ciudadanos de un ámbito territorial determinado para que ejerzan el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos emitiendo su opinión, vinculante o no, sobre una determinada cuestión, mediante votación y con las garantías propias de un proceso electoral” (STC 31/2015, FJ 6; y STC 137/2015, FJ 5). De nuevo se parte del análisis de los tres elementos que definen la naturaleza referendaria de las consultas populares: el sujeto convocado son los ciudadanos; la participación se lleva a cabo mediante el voto; y la previsión de una Administración electoral específica dotada de garantías que aspire “a asegurar la correcta manifestación y expresión de la voluntad popular” (STC 137/2015, FJ 5).

En el caso que nos ocupa, en cuanto al primer elemento, el decreto no especifica el sujeto concreto convocado, sino que este será determinado en la convocatoria concreta de cada pregunta directa (art. 12 Decreto 95/2014). Aun así, el Tribunal Constitucional considera que, como no se refiere a “sectores determinados de la ciudadanía definidos por sus intereses de sector o de grupo”, “no parece que estemos ante consultas de las que hemos llamado no referendarias, sino ante llamamientos [...] dirigidos a los ciudadanos en cuanto tales” (STC 137/2015, FJ 6b). Para el Tribunal Constitucional —también así lo expresó el Consejo de Estado (Dictamen 3/2010, FJ 3)—, la identidad del sujeto es el elemento clave, puesto que, si la consulta produce un llamamiento al cuerpo electoral “para que concurra a la formación de la voluntad general” (STC 137/2015, FJ 4b), esta tendrá carácter referendario. Pero ¿qué ocurre cuando el sujeto convocado va más allá del cuerpo electoral? El decreto (arts. 3 y 12) prevé la participación de todas las personas físicas mayores de dieciséis años y de los extranjeros residentes, además de personas jurídicas. Como ya sabemos, el máximo intérprete de la CE ha señalado que, mientras el sujeto convocado incluya el entero censo electoral, estaremos ante un referéndum porque se estará expresando la voluntad popular. No obstante, cuando el sujeto convocado va más allá del censo electoral, estaríamos ante “la expresión de una voluntad que podría ser todavía más amplia” (Cuesta, 2014), con la paradoja de que el resultado podría llegar a ser notoriamente diferente respecto de la convocatoria única de los ciudadanos. Es más, siguiendo esta interpretación, estaríamos ante un referéndum, a través del cual se ejerce el *derecho fundamental* de participación política. Pero, si “sólo a los ciudadanos ex art. 23.1 CE les corresponde, sin mediatizaciones o sustituciones orgánicas, concurrir a la manifestación, a través del sufragio individual [...] de la voluntad general” (Cuesta, 2014), ¿sería conforme a la CE la ampliación del titular de este derecho fundamental?

Llegados a este punto, queda una última cuestión en relación con el sujeto convocado: las entidades. La norma, de forma clara e inequívoca, señala que serán sujetos convocados tanto las personas físicas como las

²¹ Esta cuestión se analiza en mayor detalle cuando seguidamente veamos el caso catalán.

²² Véanse sobre esta cuestión también Martín (2012: 128) y Castellà (2010: 311-312).

personas jurídicas. Para el Tribunal Constitucional, es irrelevante que estas últimas sean también sujeto de las preguntas directas. De hecho, el tribunal señala que la inclusión de las entidades como sujeto convocado simplemente indica la existencia de una “doble y simultánea consulta y de distinta naturaleza” —una que tiene como sujeto las personas físicas, y otra cuyo sujeto son las entidades— puesto que las respuestas de ambos sujetos “no se integran o confunden”. Por lo tanto, la consulta “dirigida a los ciudadanos pudiera llegar a verse como un referéndum en sí mismo, [mientras que la dirigida a] las entidades ciudadanas en modo alguno podrían pasar por consultas referendarias” (STC 137/2015, FJ 5).

En relación con el segundo elemento —el *voto*—, la participación de los ciudadanos se lleva a cabo mediante un sistema de votación, a pesar de que la norma en ningún momento lo denomina de esta forma, sino que se refiere a “formulario” y “emisión de respuestas” (arts. 15.2 y 18 del Decreto 95/2014). Este sería otro elemento distintivo entre la consulta popular y el referéndum, según el Tribunal Constitucional y según parte de la doctrina.²³

Respecto del tercer y último elemento —relativo a la previsión de una Administración electoral específica y de las correspondientes garantías—, se observa que el decreto prevé un procedimiento diferenciado de aquel previsto en la legislación electoral general. No obstante, como ya indicó el Tribunal Constitucional en la STC 31/2015, este tercer elemento no se refiere exclusivamente al procedimiento electoral, sino a aquellos procedimientos que “comporten un grado de formalización de la opinión de la ciudadanía materialmente electoral” (STC 31/2015, FJ 8 b). En este caso, el decreto crea una comisión de control cuyas funciones son las de resolver reclamaciones y establecer criterios interpretativos sobre dudas surgidas a lo largo del proceso consultivo (art. 22.5 Decreto 95/2014). Ante esta regulación, el Tribunal Constitucional considera que “inequívocamente [estamos] ante un procedimiento y unas garantías que, aunque dispares a los dispuestos en la Ley Orgánica del régimen electoral general, aspiran a que el resultado de la consulta sea la fidedigna expresión de la voluntad del cuerpo electoral” (STC 137/2015, FJ 5c).

Por todo ello, el Tribunal Constitucional declara inconstitucionales las preguntas directas, considerando que tienen carácter referendario, según hemos observado. Ante esta interpretación, nos planteamos dos cuestiones. Por un lado, el mismo tribunal reconoce que, en el caso de las entidades ciudadanas, estas no serían “en modo alguno” consultas populares referendarias, entonces ¿por qué el máximo garante de la CE no ofreció una interpretación acorde que preservara el instrumento?²⁴ Por otro lado, el Tribunal Constitucional sigue sin dejar claro qué es una consulta popular. De la interpretación constitucional se concluye que *consulta popular* es todo aquello que no tiene naturaleza referendaria. Como se observa, el máximo intérprete de la CE hasta ahora siempre se ha referido al concepto de *consulta popular* “por contraste” con el de *referéndum* (STC 137/2015, FJ 4c), sin llegar a definirlo como tal. El Tribunal Constitucional, de nuevo, actúa más bien con una vocación conservadora de la institución del referéndum sin ofrecer una definición clara del concepto de *consulta popular*, previsto en la CE, pero también de forma vaga e imprecisa (art. 149.1.32 CE).

Otro hito relevante fue el Decreto 107/2014, con el que se convocaba una consulta popular mediante pregunta directa. No obstante, dicho decreto fue declarado inconstitucional con la STC 147/2015. Esta sentencia se centra, por un lado, en el sujeto convocado: los residentes mayores de dieciséis años, nacionales o extranjeros; los españoles residentes en el extranjero; los descendientes españoles de estos últimos; y las entidades ciudadanas inscritas en el registro de participación ciudadana. Por lo tanto, estamos ante un sujeto más amplio que el cuerpo electoral. No obstante, para el Tribunal Constitucional, la consulta “se dirige [...] a un cuerpo electoral que, no por ser atípico o irregular en su conformación, deja de ser tal”, por lo que queda integrado en el mismo el cuerpo electoral de la comunidad autónoma en cuestión (STC 147/2015, FJ 4).

Por otro lado, el decreto convoca también a las entidades ciudadanas. De nuevo, el Alto Tribunal indica que la participación de estas personas jurídicas “podía verse como una forma de consulta popular de carácter no referendario”. No obstante, vuelve a considerar inconstitucional la globalidad de la consulta considerando

23 Castellà (2013: 129-130) basa la distinción del concepto de *consulta popular* respecto del concepto de *referéndum* en el voto, y define la consulta popular como “una manifestación de opinión de la ciudadanía por cauces *distintos al voto*”, mientras que un referéndum es aquella “llamada al cuerpo electoral para que se pronuncie a favor o en contra de una ley o decisión pública y se expresa *mediante el voto*” (cursivas añadidas).

24 Esta interpretación sería aquella que considerara, de acuerdo con la CE, las preguntas directas siempre y cuando el sujeto convocado fueran personas jurídicas o determinados colectivos o sectores de la población.

que “resulta en extremo difícil, si no imposible, segregar las reglas directamente viciadas de invalidez de las referidas exclusivamente a estas entidades ciudadanas”, a pesar de que el decreto distingue ambos sujetos y las respectivas fechas de participación.

Efectivamente, la STC 147/2015 se basa en reiterar aquello dictado en la STC 137/2015, sin entrar en el objeto material de la pregunta directa planteada.

3.3 El proceso secesionista catalán

Sin el caso catalán, probablemente no se comprendería el vaciamiento que ha ido sufriendo el concepto de *consulta popular* en los últimos años, a partir de la interpretación del Alto Tribunal. No obstante, no nos detendremos a analizar ni las vías jurídicas para hacer efectivo el ejercicio del denominado “derecho a decidir” del pueblo catalán,²⁵ ni los argumentos jurídicos respecto de este supuesto derecho, ni tampoco las consecuencias y responsabilidades jurídicas derivadas del proceso. La finalidad de este apartado será conocer cómo ha afectado el proceso catalán al concepto de *consulta popular* en nuestro ordenamiento a partir, principalmente, de la evolución de la doctrina constitucional.

El 18 de junio de 2006, los ciudadanos catalanes ratificaron mediante referéndum el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña. En él se incorporaba un nuevo derecho y una nueva competencia en relación con las consultas populares: el derecho a promover la convocatoria de consultas populares (art. 29.6 EAC) y la competencia exclusiva en materia de consultas populares (art. 122 EAC). No obstante, con la STC 31/2010 fueron declarados inconstitucionales algunos de los preceptos del EAC e interpretados otros tantos a la luz de la CE. Esta sentencia ha sido considerada, en cierto modo, como el punto de partida del auge del independentismo y del consecuente proceso con finalidad secesionista.²⁶

3.3.1 La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010

La interpretación del Tribunal Constitucional acerca del concepto de *consulta popular* en el EAC viene desarrollada en virtud del artículo 122 EAC. Este precepto recoge la competencia exclusiva de la Generalitat de Cataluña “para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, *con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución*” (cursiva añadida). Este artículo debe interpretarse (STC 31/2010, FJ 69) a partir de tres ejes principales: el concepto de *referéndum*; la cláusula final abierta del artículo 122 del EAC en relación con el artículo 149.1.32 de la CE,²⁷ y la reserva de ley orgánica de los artículos 81 y 92 de la CE.

En primer lugar, sin implicar una novedad al respecto, el Tribunal Constitucional se refiere al concepto de *referéndum* como una especie del género de consulta popular, recordando los tres elementos esenciales para que una consulta tenga carácter referendario (cuerpo electoral como sujeto, procedimiento y garantías electorales). Toda aquella consulta que quede fuera de esta naturaleza referendaria será competencia de

²⁵ Sobre el “derecho a decidir”, véanse, entre otros, Pérez (2015: 117-118), Tornos (2014: 44-53) y Castellà (2014b, 2014c, 2014d, 2015, 2018: 129-152), entre muchos otros.

²⁶ Así lo expresó el expresidente de la Generalitat de Cataluña, Jordi Pujol: “Tras la sentencia, ya no encuentro razones para no ir sin más tardanza hacia la independencia”; también José Luis Rodríguez Zapatero se refirió a la STC 31/2010 como “una expulsión del propio sistema [pues] no tenía cabida lo que se votó en las Cortes”. Véanse, respectivamente, Castellà (2014c: 234); la entrevista a José Luis Rodríguez Zapatero en *La Vanguardia*, 26 de marzo de 2016. No obstante, son otras también las causas atribuidas a este crecimiento de la independencia. Como señala Castellà (2014c: 234-235, 2016: 565-566), además de la STC 31/2010, también fue causa la negativa del gobierno de Rajoy acerca de la negociación del pacto fiscal propuesta por Artur Mas en septiembre de 2012.

Paralelamente, también se observa este auge del independentismo en la sociedad catalana: en el año 2006 —momento en el que se aprobó el Estatuto—, únicamente el 14,9 % de los catalanes estaba a favor de la creación de un Estado independiente, después de la STC 31/2010, el porcentaje ascendió al 25,2 % y, actualmente, se sitúa en el 48,4 %. Según los datos del Barómetro de Opinión Política, del Centro de Estudios de Opinión, de 18 de julio de 2006, 5 de noviembre de 2010 y 5 de abril de 2019, respectivamente.

²⁷ Pérez (2015: 113) se refiere al artículo 149.1.32 de la CE como un mecanismo “de garantía de la unidad política del Estado”. A través del mismo, el Estado “se asegura la lealtad constitucional impidiendo que por medio de un referéndum convocado unilateralmente por los entes territoriales pueda condicionarse la voluntad general a través del pronunciamiento de una fracción del pueblo español”. Sobre esta consideración, véase también Aguado (2011: 417).

la Comunidad Autónoma catalana, completamente legítima pero no exclusiva, respetando en todo caso el artículo 149.1.18 de la CE.

En segundo lugar, mientras que en la STC 103/2008 se declaraba inconstitucional la consulta vasca porque, entre otros motivos, no gozaba de soporte en ningún título competencial expreso, con la STC 31/2010 esta condición parece pasar inadvertida. A diferencia del caso vasco, el EAC sí incorpora este título competencial, a través del ya citado artículo 122, aunque, ciertamente, estamos ante un título ambiguo que no prevé de forma expresa la institución del referéndum —pero que tampoco la excluye—, por lo que podría comprenderse incluida, puesto que el referéndum se encuentra dentro del género de “consultas populares”.²⁸ Fuere como fuere, el Tribunal Constitucional no centra su foco en esta cuestión, sino en la cláusula abierta introducida al final del artículo 122 EAC: “[...] y *cualquier otro instrumento de consulta popular*, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución” (cursiva añadida). Si hasta entonces el artículo 149.1.32 de la CE había sido interpretado tal y como se deduce de su lectura —la necesaria autorización del Estado para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum—, el Alto Tribunal amplía dicha competencia exclusiva “a la entera disciplina de esa institución [el referéndum], esto es, a su establecimiento y regulación” (STC 31/2010, FJ 69). Sin duda, la exclusión del referéndum implica la novedad relevante en la doctrina constitucional respecto de las consultas populares.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional se refiere a la reserva específica de ley orgánica para la regulación del referéndum, siendo la Ley Orgánica 2/1980 “la única ley constitucionalmente adecuada” (STC 31/2010, FJ 69). Esta reserva de ley orgánica tiene una doble vertiente: la prevista por el artículo 81.1 de la CE y la prevista por el artículo 92.3 de la CE. La primera de ellas se refiere a la reserva de ley orgánica que prevé la CE en relación con el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. El referéndum —instrumento de democracia directa— forma parte del contenido esencial del derecho de participación política (art. 23.1 CE). El desarrollo de este, por lo tanto, debe llevarse a cabo a través de una ley orgánica. En este sentido, no es posible compartir lo expuesto por el Tribunal Constitucional al referirse a la LO 2/1980 como la “única” ley adecuada, puesto que “la ley orgánica de desarrollo de un derecho fundamental no agota toda la legislación de la materia” (Castellà, 2010: 312). Como sucede con la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y las leyes electorales autonómicas, así como con la Ley Orgánica Reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular y las respectivas leyes autonómicas en materia de ILP.²⁹ Entonces ¿por qué se refiere el Tribunal Constitucional a la LO 2/1980 como la “única constitucionalmente adecuada”? Según nuestro parecer, este carácter único debería referirse al desarrollo básico de la institución del referéndum. Y ello queda evidenciado con la Ley de Bases de Régimen Local, que, sin contar con rango de ley orgánica, regula el referéndum municipal. Ciertamente, la LO 2/1980 (disposición adicional) excluye de su ámbito de aplicación las consultas populares de carácter referendario de los municipios —pero señalando la aplicación de la autorización del artículo 149.1.32 de la CE—. Por ello, la no previsión del referéndum autonómico por parte de la LO 2/1980 no implicaría una prohibición, siempre que hubiere la correspondiente base competencial (Martín Núñez, 2010: 13-14).

Por otro lado, el precepto constitucional que consagra el referéndum consultivo establece que la regulación de “las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum *previstas en la Constitución*” (cursiva añadida) se desarrollará mediante una ley orgánica (art. 92.3 CE). La modalidad del referéndum autonómico no está prevista en la CE, como tampoco figura el referéndum en el ámbito local. De nuevo, la existencia de este último pone de manifiesto la viabilidad constitucional de un referéndum autonómico no previsto constitucionalmente.

²⁸ No obstante, para el Tribunal Constitucional la cláusula del artículo 122 del EAC no comprende el referéndum, pues ello “parece implícito en el propio art. 122 EAC, que hace excepción expresa *de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución*” (cursiva añadida). En este sentido, no es posible compartir este punto de vista. Según nuestro parecer, más que excluir la institución del referéndum, el legislador estatuyente catalán pretendía hacer lo contrario, incluirlo, con la expresión “cualquier otro instrumento” y, por ello, se menciona el artículo 149.1.32 de la CE, como límite a esta competencia. Sobre esta cuestión, véase Castellà (2010: 312).

²⁹ Pérez (2015: 114-115) señala también esta incoherencia argumental respecto del desarrollo legislativo llevado a cabo en sede autonómica en materia de ILP. A ello también se refiere Pérez (2009: 441).

3.3.2 El desarrollo normativo en materia de consultas populares y su encaje constitucional

Por un lado, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum de Cataluña, en el marco competencial del artículo 122 del EAC, en la que se señala, entre otras cuestiones, que la autorización de las mismas será siempre competencia estatal —según el artículo 149.1.32 de la CE—. Por lo tanto, el legislador catalán interpreta que bajo el precepto del artículo 122 del EAC se prevé la competencia exclusiva de la Generalitat también para las consultas populares referendarias.³⁰ No obstante, según nuestro parecer, se observa ya en el mismo preámbulo de dicha ley que dicha competencia adquiere un carácter más bien de competencia compartida, puesto que se indica que la regulación de la presente se encuentra de acuerdo con lo dispuesto en las LO 2/1980 y LO 5/1985.

Por otro lado, la segunda norma que desarrolla la competencia reconocida en el artículo 122 del EAC es la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana. El elemento relevante, y sobre el cual debemos situar ahora nuestro foco, es el concepto de *consulta popular no referendaria*. La ley la define como “la convocatoria efectuada por las autoridades competentes [...] a las personas legitimadas en cada caso para que manifiesten su opinión sobre una determinada actuación, decisión o política pública, mediante votación” (art. 3 Ley 10/2014), convocatoria que puede ser de ámbito autonómico o local, y de carácter general o sectorial.³¹

Como es conocido, ambas leyes fueron impugnadas parcialmente. Veamos, seguidamente, la argumentación del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad de ambas leyes autonómicas.

En primer lugar, en el juicio de constitucionalidad de la Ley 4/2010, el cometido del Tribunal Constitucional es determinar si un legislador autonómico puede crear nuevas modalidades de referéndum. Para la defensa, la Ley 4/2010 no regula una nueva modalidad de referéndum, sino que esta es una trasposición del referéndum consultivo del artículo 92 de la CE al ámbito autonómico. Para el Tribunal Constitucional, “cualesquiera que sean las similitudes o analogías entre la institución creada en estos preceptos por la norma fundamental y la introducida por la ley impugnada, nos encontramos ante figuras distintas de consulta popular, como distintos son los órganos convocantes, la entidad de las cuestiones que pueden ser sometidas al voto de la ciudadanía y los cuerpos electorales llamados a pronunciarse” (STC 51/2017, FJ 3b). Si estamos ante una nueva figura referendaria, ¿tiene cabida constitucional y en qué medida? Efectivamente, y como ya se dijo, “la previsión por el constituyente de unos concretos supuestos de referéndum no agota el elenco de referendos admisibles en nuestro ordenamiento” (STC 31/2015, FJ 5; y STC 51/2017, FJ 5c).

Ahora bien, ello nos lleva a la cuestión de fondo: ¿tiene competencia el legislador autonómico para crear esta nueva figura? El Alto Tribunal sigue en su argumentación que “en principio el legislador puede articular —aunque, hay que añadir ahora, no sin límites— otras figuras de consulta referendaria [...], tal relativa apertura de la Constitución en este extremo queda confiada al legislador orgánico al que llaman los artículos 81.1 y 92.3 CE” (STC 51/2017, FJ 5c). El Tribunal Constitucional remite al artículo 149.1.32 de la CE y, como viene argumentado, señala que la competencia exclusiva para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, se extiende al “establecimiento y regulación del referéndum” (STC 31/2010, FJ 69).³²

Por lo tanto, según la interpretación del tribunal, ya expresada en anteriores ocasiones, esta ampliación de los supuestos de referéndum deberá realizarse mediante la LO 2/1980. No obstante, la regulación de las consultas referendarias distintas a las recogidas en la CE “constituye contenido necesario, pero no *exclusivo*, de dicha ley orgánica [2/1980]” (cursiva añadida) (STC 51/2017, FJ 5c). Si hasta ahora la “única

30 Así lo consideran también Aguado (2011: 545) y Martín (2012: 118).

31 Como bien señala Castellà (2013: 125-126), ni el concepto ni la regulación de “consultas populares” eran una novedad con la aprobación de la Ley 10/2014: justo antes del proceso de elaboración del EAC, se había puesto de relieve esta posibilidad, tratando “de obviar el mandato constitucional de la autorización estatal de las consultas populares por vía de referéndum (art. 149.1.32 CE)”. Ello se deriva del *Informe sobre la reforma de l'Estatut* elaborado por el Institut d'Estudis Autonòmics, de 2003, donde se incluye una modalidad de consultas populares no referendarias con el objeto de “*recabar el parer ciutadà sobre qüestions d'interès general en matèries autonòmiques o locals*”.

32 La STC 51/2017 recuerda que las nociones de “establecimiento y regulación” fueron concretadas en la STC 137/2015, en la que se declara que “la Constitución ha querido, en atención a la condición excepcional en nuestro ordenamiento de esta forma de democracia directa, que solo mediante normas estatales puedan preverse, en el respeto a las demás determinaciones de la Constitución, los supuestos, tipos y formas de referéndum, sus ámbitos territoriales, los casos en que puede haber lugar a su convocatoria, sus procedimientos de desarrollo y garantías y, en fin, el reconocimiento jurídico a dar al pronunciamiento popular” (STC 137/2015, FJ 4).

ley constitucionalmente adecuada” para la regulación de la disciplina del referéndum era la LO 2/1980, esta afirmación parece dirigirse hacia otra dirección: la competencia compartida entre Estado y CC. AA. Del literal se deduce que dicha ley orgánica deberá regular el contenido esencial de la institución del referéndum, incluidas en dicho contenido todas las modalidades referendarias, previstas o no constitucionalmente. Pero la sentencia dictada va más allá. La STC 51/2017 señala al legislador cómo debería incorporarse el referéndum autonómico: “así hizo el legislador para los referenda municipales (Disposición Adicional de la Ley Orgánica 2/1980) y así habría de hacerse, también, si se pretendiera introducir en el ordenamiento, en lo que aquí importa, algún tipo de referéndum de ámbito autonómico” (STC 51/2017, FJ 5c). No obstante, en el pronunciamiento más reciente del Alto Tribunal, este declara que “la única competencia que Cataluña tiene en materia de consultas referendarias es la facultad de *solicitar* al Estado la autorización para su convocatoria [...]” (cursiva añadida) (STC 114/2017, FJ 1).

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional (STC 31/2015) se encuentra llamado a analizar si, bajo el nuevo instrumento de *consultas populares no referendarias*, se esconde ciertamente la institución del referéndum. Ello lo hace partiendo de los rasgos característicos de esta institución, ya delineados en la anterior jurisprudencia: cuerpo electoral, procedimiento electoral o análogo y sus correspondientes garantías (STC 103/2008, FJ 2; y STC 31/2010, FJ 69). Por ello, estamos ante un referéndum “cuando el poder público convoca al conjunto de los ciudadanos de un ámbito territorial determinado para que ejerzan el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos emitiendo su opinión, vinculante o no, sobre una determinada cuestión, mediante votación y con las garantías propias de un proceso electoral” (STC 31/2015, FJ 6). Observamos que con esta definición se introduce un nuevo elemento de forma expresa —el ámbito territorial del mismo—, con vocación de abarcar bajo esta institución también aquellas consultas con carácter referendario de ámbito autonómico o local. De nuevo, de la interpretación del Tribunal Constitucional se concluye que el rasgo característico esencial para calificar de referendaria una consulta será, sin duda, la identidad del sujeto convocado. Ello se deduce de lo expuesto por el Tribunal cuando señala que las consultas populares de carácter sectorial se encuentran de acuerdo con el ordenamiento constitucional puesto que “presuponen el llamamiento a un sujeto jurídico más restringido que el cuerpo electoral”, y subraya que “en ningún caso puede coincidir con el conjunto de personas a quienes se refiere el art. 5.1 de la Ley [al conjunto de los ciudadanos] ni, en definitiva, configurarse de un modo tal que el resultado de la consulta pueda imputarse al conjunto de la ciudadanía” (STC 31/2015, FJ 9). Con ello, queda patente que, de los tres elementos definitorios del referéndum, aquel que se erige como condición *sine qua non* es el sujeto,³³ pues, según la interpretación del Tribunal Constitucional, si este dejara de ser el colectivo de un sector concreto de la población, la consulta pasaría a tener carácter referendario.

4 La nueva *consulta ciudadana autonómica*

Después de analizar los tres hitos jurídico-constitucionales más relevantes para el concepto de *consulta popular*, es necesario que nos detengamos de forma breve en un último elemento clave para una futura delimitación constitucional de dicho concepto, aunque no sea el objeto del presente artículo. Recientemente, además de Canarias y Cataluña, otras CC. AA. han legislado también en materia de consultas populares,³⁴ y lo han llevado a cabo desde la dimensión del concepto de *consulta popular* como un instrumento de participación diferenciado del referéndum y de los demás mecanismos de democracia participativa. Esta nueva concepción de consulta popular sería “un instrumento de democracia participativa convocada [...] con el objeto de conocer la opinión de las personas inscritas [...] expresadas mediante *votación*, sobre una determinada actuación, decisión o políticas públicas [...]. El resultado de una consulta ciudadana no será nunca vinculante ni puede ser interpretado como la expresión de la voluntad general de la ciudadanía” (cursiva añadida) (art. 50, Ley 12/2019 de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares).

Hasta ahora el Tribunal Constitucional ha venido estableciendo la distinción entre consulta popular referendaria y las demás consultas populares, principalmente a partir del sujeto convocado y la expresión de la voluntad de los ciudadanos mediante la votación. Con la incorporación de este instrumento innovador —la

³³ En la misma línea se sitúan Castellà (2013: 133) y Ibáñez (2013: 104).

³⁴ Se trata de las comunidades autónomas de Andalucía, Islas Baleares, Murcia y Navarra.

consulta ciudadana³⁵, situado a caballo entre el referéndum —democracia directa— y las demás figuras de participación ciudadana —democracia participativa—, nos aventuramos a señalar que la distinción entre referéndum consultivo y consulta popular podría adquirir una nueva perspectiva, siendo el elemento clave el objeto de cada uno de los mecanismos. Mientras que la CE prevé la modalidad del referéndum consultivo como aquel referéndum cuyo objeto serán las “decisiones políticas de especial trascendencia” (art. 92 CE), la consulta ciudadana versaría sobre aquellas cuestiones de interés general que quedan al margen de las “decisiones de especial trascendencia política”.

5 Conclusión

El concepto de *consulta popular* en nuestro ordenamiento parte de una previsión constitucional imprecisa, recogida en el artículo 149.1.32 de la CE. Este es la puerta abierta de nuestra Constitución a la consulta popular, más allá del referéndum de carácter consultivo, tanto en el ámbito autonómico como local.

Ante esta imprecisa referencia constitucional al concepto de *consulta popular*, ha sido necesario observar la evolución del mismo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la que destacan tres hitos jurídico-constitucionales. La interpretación del Tribunal Constitucional, siempre llevada a cabo en contraposición con el concepto de *referéndum*, a grandes rasgos ha concluido que será consulta popular todo aquel mecanismo de participación que se sitúe al margen de los tres rasgos definitorios del referéndum.

No obstante, la creación reciente de un nuevo instrumento de participación por parte de varias CC. AA. — más allá de la pregunta directa de Canarias y la consulta popular no referendaria de Cataluña— nos lleva a cuestionarnos si realmente dicha interpretación constitucional en materia de consulta popular podrá sostenerse en el tiempo. Aunque no ha sido objeto de análisis en el presente estudio, una propuesta sería situar el foco de la diferenciación entre consulta popular y referéndum en un nuevo elemento, que hasta ahora ha pasado inadvertido: el objeto de cada uno de estos instrumentos. Si la CE señala que el referéndum consultivo tiene como objeto las “decisiones políticas de especial trascendencia”, la consulta popular debería abarcar todas aquellas cuestiones de interés general que no tengan dicho carácter de “especial trascendencia”. Por ello, el quid de la cuestión se hallaría en dirimir qué comprende este último concepto jurídico indeterminado: “decisiones políticas de especial trascendencia”.

Bibliografía

- Aguado Renedo, César. (2011). El referéndum autonómico. En Francisco Javier Matía (coord.), *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática* (p. 389-419). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aguiar de Luque, Luis. (2000). Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español. En Gumersindo Trujillo, Luis López y Pedro González-Trevijano (dirs.). *La experiencia constitucional* (p. 67-96). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bossacoma i Busquets, Pau. (2012). Competències de la Generalitat de Catalunya sobre regulació i convocatòria de consultes populars. *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 15, 241-286.
- Carrasco Duran, Manuel. (2013). Referéndum versus consulta. *Revista de Estudios Políticos*, 160, 13-41.
- Castellà Andreu, Josep M. (2001). *Derechos constitucionales de participación política en la Administración pública (Un estudio del artículo 105 de la Constitución)*. Barcelona: CEDECS.
- Castellà Andreu, Josep M. (2010). [La competencia en materia de consultas populares por la vía de referéndum en la sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña](#). *Revista Catalana de Dret Públic*, Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006, 306-313.

³⁵ La hemos denominado así; no obstante, este instrumento recibe múltiples denominaciones diferentes: “consulta participativa” (Andalucía, Ley 7/2017), “pregunta directa” (Canarias, Ley 5/2010), “consulta ciudadana” (Navarra, Ley 12/2019 e Islas Baleares, Ley 12/2019), “consulta popular no referendaria” (Cataluña, Ley 10/2014) y “consulta pública” (Murcia, Ley 12/2014).

- Castellà Andreu, Josep M. (2012). Estatutos reformados y participación ciudadana: de la ampliación de contenidos a las restricciones del Tribunal Constitucional. En Antonio Torres (hom.), *Constitución y democracia: ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Madrid: Universitat.
- Castellà Andreu, Josep M. (2013a). Consultas populares no referendarias en Cataluña. ¿Es admisible constitucionalmente un *tertium genus* entre referéndum e instituciones de participación ciudadana? *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico XIV, 121-155.
- Castellà Andreu, Josep M. (2013b). Democracia participativa en las instituciones representativas: apertura del parlamento a la sociedad. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 5, 202-213.
- Castellà Andreu, Josep M. (2014a). El derecho a decidir, secesión y formas de democracia: un diálogo constitucional entre Italia y España. En Mercè Corretja (coord.) y Laura Capuccio (ed.), *El derecho a decidir: un diálogo italo-catalán*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms.
- Castellà Andreu, Josep M. (2014b). El problemático encaje constitucional del “derecho a decidir” de Cataluña y sus vías de ejercicio. *Secessione senza Costituzione, Percorsi costituzionali*, 3, 807-830.
- Castellà Andreu, Josep M. (2014c). La secesión catalana, entre la política y el derecho. *Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, 7, 229-240.
- Castellà Andreu, Josep M. (2014d). Secesión y referéndum sobre el “derecho a decidir” en Cataluña. Una aproximación desde el derecho constitucional. En Joan Oliver, María Ballester, Vicente Juan Calafell y Alberto Oehling (coords.), *El futuro territorial del Estado español. ¿Centralización, autonomía, federalismo o secesión?* Valencia: Tirant lo Blanch.
- Castellà Andreu, Josep M. (2016). Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, 561-592.
- Castellà, Andreu, Josep M. (2018). Sobre el encaje constitucional del pretendido referéndum de secesión en Cataluña. En Carlos Garrido y Eva Sáenz, *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa* (p. 129-152). Valencia: Tirant lo Blanch,.
- Corcuera Atienza, Javier. (2009). Soberanía y autonomía. Los límites del “derecho a decidir”. Comentario de la STC 103/2008. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 86, 303-341.
- Cuesta López, Víctor. (1 de diciembre de 2014). [La \(in\)equívoca pregunta directa sobre las prospecciones petrolíferas](#). [Entrada de blog]. *RCDP blog*.
- Expósito Gómez, Enriqueta. (2013). Participación ciudadana en el gobierno local. Un análisis desde la perspectiva normativa. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, extra 14, 361-401.
- Ibáñez Macías, Antonio. (2013). Los referendos regional y local en el Estado autonómico. Sus bases y límites constitucionales. *Revista Vasca de Administración Pública*, 97, 97-138.
- Lasgabaster Herrarte, Iñaki. (2008). *Consulta o referéndum*. Bilbao: LETE Argitaletxea.
- López Basaguren, Alberto. (2009). Sobre referéndum y comunidades autónomas. La ley vasca de la “consulta” ante el Tribunal Constitucional (Consideraciones con motivo de la STC 103/2008). *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 9, 202-240.
- Martín Núñez, Esther. (2010). [Comentario a la sentencia sobre el Estatuto. Competencia en materia de consultas populares \(art. 122\)](#). *Revista Catalana de Dret Públic*, Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006, 316-321.
- Martín Núñez, Esther. (2012). El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios. *Revista Vasca de Administración Pública*, 94, 95-131.

- Pérez Alberdi, M.^a Reyes. (2015). La admisibilidad constitucional de un referéndum autonómico con base en la competencia estatutaria sobre consultas populares. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 104, 101-132.
- Pérez Alberdi, M.^a Reyes. (2017). El modelo autonómico de democracia participativa: la situación a partir de la aprobación de los nuevos estatutos de autonomía. *Oñati Social-Legal Series*, 7 (5), 1058-1081.
- Pérez Sola, Nicolás. (2009). La competencia exclusiva de las comunidades autónomas en materia de consultas populares. *Teoría y Realidad Constitucional*, 24, 433-454.
- Presno Linera, Miguel Ángel. (2012). La participación ciudadana en el procedimiento legislativo como parte de la esencia y valor de la democracia. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 27, 85-120.
- Ridao Martín, Joan. (2014). El dret a decidir. La consulta sobre el futur polític de Catalunya. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- Ridao Martín, Joan. (2015). La oscilante doctrina del Tribunal Constitucional sobre la definición de las consultas populares por vía de referéndum. Una revisión crítica a través de cuatro sentencias. *Estudios de Deusto*, 63(1), 359-385.
- Tajadura, Javier. (2009). Referéndum en el País Vasco. *Teoría y Realidad Constitucional*, 23, 363-385.
- Tornos Mas, Joaquín. (2014). El problema catalán: una solución razonable. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 42, 44-53.
- Torres del Moral, Antonio. (1986). La participación política a través de las instituciones de democracia directa. En Estudi General de Lleida, Facultat de Dret, *La participació. Anuari de la Facultat de Dret*. PPU.
- Tur Ausina, Rosario. (2012). Participación ciudadana y evolución hacia la democracia identitaria. Análisis al hilo de la última oleada de reformas estatutarias. En Vicente Garrido (coord.), *La Solidaridad en el Estado Autonómico* (p. 119-148). Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta.