

«CONSULTAS POPULARES» Y «REFERÉNDUM CONSULTIVO»: UNA PROPUESTA DE DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y DE DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL

ANTONIO BUENO ARMIJO
Profesor Ayudante de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba¹

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA MATERIA OBJETO DE DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL: «CONSULTAS POPULARES». 1. *Democracia representativa, Democracia directa, Democracia participativa*. A) La elección de la Democracia representativa por el constituyente español como fórmula de racionalización del proceso político y de consolidación de la Democracia. B) En especial, el rechazo a una excesiva presencia de la figura del referéndum. C) La aparición de una tercera vía entre Democracia representativa y Democracia directa: la Democracia participativa y su consagración en los nuevos Estatutos de Autonomía.—2. *Qué es un referéndum. Qué es una consulta popular*. A) El referéndum consultivo es un tipo más de consulta popular. B) Análisis del bloque de la constitucionalidad y de la doctrina constitucional relativos al referéndum. C) Aproximación al concepto y a la naturaleza jurídica del referéndum. D) El referéndum es una consulta popular realizada directamente al cuerpo electoral, lo que exige la observancia de ciertos requisitos procedimentales. E) La Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, convoca un verdadero referéndum consultivo y no una simple consulta popular.—III. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS SOBRE LA MATERIA «CONSULTAS POPULARES» ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 1. *Las competencias atribuidas originariamente a las Comunidades Autónomas y su hipotético «techo máximo competencial»: el límite expreso del art. 149.1.32º CE*. 2. *Competencias atribuidas en los nuevos Estatutos de Autonomía sobre consultas populares no celebradas por vía de referéndum*. 3. *Competencias atribuidas en los nuevos Estatutos de Autonomía sobre consultas populares celebradas por vía de referéndum*. A) El tenor literal de los arts. 122 EACat, 78 EAAAnd y 71.27º EAAra y el distinto alcance competencial de cada uno de ellos. B) Otras competencias del Estado sobre las consultas populares celebradas por vía de referéndum.—IV. CONCLUSIONES.—V. ADDENDA: LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL PARLAMENTO VASCO 9/2008, DE 27 DE JUNIO, POR LA STC 103/2008, DE 11 DE SEPTIEMBRE.

RESUMEN

El art. 149.1.32ª CE establece como competencia exclusiva del Estado la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum. Se trata, parcialmente, de una muestra más de la desconfianza manifestada por nuestro constituyente hacia los mecanismos propios de la Democracia directa. Ante esta situación, se ha intentado introducir una distinción entre «consultas populares» y «referéndum consultivo» con el fin de burlar la señalada autorización estatal. El presente trabajo describe el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas sobre esta materia, teniendo especialmente en cuenta las recientes reformas de los Estatutos de Autonomía para Cataluña, Andalucía y Aragón y analiza los conceptos de «consultas populares» y «referéndum consultivo», negando las artificiosas consecuencias que se pretenden obtener de su diferenciación.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación SEJ-3060 «El Derecho Administrativo ante la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía» de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía. Grupo de Investigación SEJ-196 de la Junta de Andalucía.

Palabras clave: Referéndum, consultas populares, distribución de competencias

ABSTRACT

According to art. 149.1.32^a CE, authorization to call a referendum is an exclusive State competence. This partially illustrates, once again, the distrust on direct Democracy tools that exists in the Spanish Constitution. With this scenario in mind, a distinction between «consultas populares» and «referéndum consultivo» has been attempted to be introduced, thus trying to avoid the mandatory State authorization. This paper describes the distribution of competences between the State and the Autonomous Communities in this field, taking into special consideration the recent amendments to regional Statutes for Catalonia, Andalusia and Aragon, and delves into the concepts of «consultas populares» and «referéndum consultivo», rejecting the supposed consequences stemmed from this distinction.

Key words: Referéndum, consultas populares, distribution of competences.

I. INTRODUCCIÓN

En la última década se han venido repitiendo, con distinta insistencia y repercusión, controvertidos anuncios de convocatorias de referendums por parte de algunas Comunidades Autónomas. Fue el caso, durante la segunda legislatura con mayoría en las Cortes del Partido Popular (2000-2004), de la polémica intención del Presidente de la Comunidad Autónoma del País vasco, el *Lehendakari* Juan José IBARRETXE, de someter a referéndum de los electores vascos el *Plan* del mismo nombre, lo que llevaría a la tipificación dentro del Código Penal, durante 18 meses, del delito de convocatoria ilegal de referéndum².

También durante la última legislatura (2004-2008), con mayoría en las Cortes del PSOE, y a pesar de la desactivación política del *Plan Ibarretxe*, se sucedieron anuncios de propuestas muy similares, planteadas tanto por el mismo *Lehendakari* («Ibarretxe anuncia una consulta el 25 de octubre de 2008 para “canalizar la solución del conflicto”», Diario *Deia* de 28 de septiembre de 2007), como por el vicepresidente de la Generalitat de Cataluña, Josep Lluís CAROD-ROVIRA («Carod-Rovira declara que el referéndum por la independencia se celebrará en 2014», Diario *El Mundo* de 27 de agosto de 2007).

De conformidad con el art. 149.1.32^a de la Constitución Española (en adelante, CE), corresponde al Estado la competencia exclusiva para la autorización de la convocatoria de referendums. Esto implica que ninguno

² Este delito fue tipificado en el art. 506 bis CP, añadido por el art. 2 de la Ley orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, aprobada sin Exposición de Motivos, hecho ciertamente sorprendente tratándose de materia penal. El delito fue posteriormente suprimido por la Ley orgánica 2/2005, de 22 de junio.

de los mencionados referéndums podía llegar a celebrarse sin el concurso de la voluntad favorable del Estado, por lo que su celebración, aunque posible, se adivinaba, de hecho, muy improbable.

Pero esta imposibilidad de hecho propició, como reacción, una cierta proliferación de argumentos jurídicos que pretendían esquivar la preceptiva autorización estatal. En concreto, uno de los argumentos esgrimidos en favor de la legalidad de la convocatoria de referéndum del *Plan Ibarretxe* ya consistía en afirmar que no se trataba de la convocatoria de un *referéndum*, sino de una *consulta popular*, enturbiando un tanto la autonomía jurídica de cada una de estas figuras. Sobre este mismo argumento se ha seguido insistiendo con posterioridad³.

Finalmente, y ya en la presente legislatura, el Parlamento vasco dio el paso definitivo aprobando la Ley 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política. En su Exposición de Motivos §.8, se afirma, precisamente, 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, previa autorización del Estado para su convocatoria*».

La cuestión, además, se ha tornado aún más compleja a raíz de las reformas estatutarias aprobadas durante la anterior legislatura. En efecto, dentro de la tendencia a agotar el «techo máximo competencial» de las Comunidades Autónomas y, precisamente, sobre la materia «consultas populares», se ha verificado, con distinto alcance, una atribución de competencias exclusivas en favor de tres de las Comunidades Autónomas que han visto sus normas estatutarias reformadas: Cataluña, Andalucía y Aragón⁴.

Las otras tres Comunidades Autónomas cuyos Estatutos de Autonomía fueron también reformados en el bienio 2006/2007 (Valencia, Illes Balears, Castilla y León) han debido contentarse con una competencia de desarro-

³ A título de ejemplo pueden indicarse algunas noticias de prensa de hace ya algunos meses, como la publicada en el Diario *La Vanguardia*, el 21 de septiembre de 2007, donde se señalaba en titulares «Carod-Rovira cree que el actual «marco legal» permite hacer referéndums sobre aspectos como la independencia» para aclarar luego, en texto, «El vicepresidente de la Generalitat, Josep Lluís Carod-Rovira, ha considerado hoy que, «por lo que parece, el actual marco legal» posibilita convocar referendos o «consultas populares» en los que los ciudadanos se pronuncien sobre aspectos como la soberanía o la independencia».

⁴ Art. 122 LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante, EACat); art. 78 LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía (en adelante, EAAnd); y art. 71.27° LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (en adelante, EAARA), respectivamente, cuyas redacciones, casi idénticas, albergan diferencias de importancia respecto al alcance de la competencia atribuida por cada uno de ellos.

llo normativo y de ejecución sobre la misma materia⁵, posición en la que ya se encontraban con anterioridad otras cinco Comunidades (Asturias, La Rioja, Murcia, Canarias y Extremadura⁶). El escenario se completa con las seis Comunidades Autónomas restantes (Galicia, Cantabria, Castilla-La Mancha, Madrid, Navarra y el País Vasco), sin título competencial expreso alguno sobre la materia «consultas populares», a pesar de lo cual, y según se expondrá más adelante, han venido desarrollando algunas actuaciones en la materia.

La situación así planteada justifica, a mi entender, una reflexión crítica sobre tres cuestiones distintas: en primer lugar, cuál es el contenido de la materia objeto de reparto competencial consagrada bajo el nombre de «consultas populares»; en segundo lugar, qué relación existe entre la materia «consultas populares» y la figura jurídica del referéndum; en tercer lugar, y finalmente, cuál es la distribución competencial efectivamente realizada por la Constitución y los distintos Estatutos de Autonomía sobre esta materia⁷.

II. LA MATERIA OBJETO DE DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL: «CONSULTAS POPULARES»

1. *Democracia representativa, Democracia directa, Democracia participativa*

A) *La elección de la Democracia representativa por el constituyente español como fórmula de racionalización del proceso político y de consolidación de la Democracia*

⁵ Art. 50.8 LO 5/1982, de 1 de julio, en la redacción dada por la LO 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (en adelante, EAVal); art. 31.10 LO 2/1983, de 25 de febrero, en la redacción dada por la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (en adelante, EABal); y art. 71.1.15º LO 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (en adelante, EACyL), respectivamente.

⁶ Art. 11.11 LO 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias (en adelante, EAAst); art. 9.7 LO 3/1982, de 29 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja (en adelante, EARio); art. 11.8 LO 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (en adelante, EAMur); art. 32.5 LO 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias (en adelante, EACan); y art. 8.12 LO 1/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de Extremadura (en adelante, EAExt), respectivamente.

⁷ La redacción del presente artículo concluyó en la primera semana de julio de 2008. Tras ser admitido para su publicación y encontrándose en pruebas de imprenta, fue dictada la STC 103/2008, de 11 de septiembre, que declara inconstitucional y anula la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio. La sentencia confirma punto por punto y de modo casi simétrico las tesis defendidas en este artículo. En consecuencia, y dada la relevancia de este pronunciamiento, se ha optado por añadir un último apartado, a modo de *Addenda*, en el que se recogen las principales aportaciones de la sentencia y se ponen en relación con las soluciones adelantadas por el artículo.

A pesar de la consagración de España como un Estado democrático (art. 1.1 CE) y del reconocimiento del derecho fundamental de los ciudadanos a la participación en los asuntos públicos (art. 23 CE), de la propia Constitución y de los trabajos parlamentarios se desprende la clara preferencia del constituyente de 1978 en favor de un sistema basado en mecanismos de Democracia representativa, en detrimento de los mecanismos de Democracia directa. Así ha sido reiteradamente puesto de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia⁸.

Es cierto que el texto constitucional consagra expresamente algunos instrumentos propios de la Democracia directa, como el régimen del congreso abierto (art. 140 CE), la iniciativa legislativa popular (art. 87.3 CE) y, bajo distintas modalidades, el referéndum. Pero este reconocimiento no sólo se realiza de forma extremadamente limitada y cautelosa, sino que supone, en realidad, la excepción (de la Democracia directa) que confirma la regla (de la Democracia representativa)⁹.

Las razones que llevaron al constituyente a sostener esta opción no fueron baladíes. La prioridad absoluta en el año 1978 era la consolidación de la Democracia, objetivo que se estimaba mucho más factible a través de un modelo de Democracia representativa que depositara la responsabilidad de la tarea en unos partidos políticos fuertes y constitucionalmente reconocidos. Frente a esta opción, se temía el uso populista de los instrumentos de Democracia directa para provocar enfrentamientos y crear obstáculos al funcionamiento del sistema¹⁰.

B) *En especial, el rechazo a una excesiva presencia de la figura del referéndum*

La tensión entre la «soberanía del Parlamento» y la «soberanía popular» alcanzaría su clímax en las discusiones en torno a la figura del

⁸ Vid., por todos, y por cuanto se enfrenta directamente a la materia que nos ocupa, Antonio JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, «Artículo 15.2», en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1987, pág. 419.

⁹ El propio TC ha señalado respecto a la participación directa «es decir, a aquellos supuestos en los que la toma de decisiones políticas se realiza mediante un llamamiento directo al titular de la soberanía», su carácter extraordinario en el marco del ordenamiento jurídico español, llegando a afirmar que «aun si se admitiera que la Ley puede ampliar los casos de participación directa, los supuestos habrían de ser, en todo caso, excepcionales en un régimen de Democracia representativa como el instaurado por nuestra Constitución, en el que 'priman los mecanismos de Democracia representativa sobre los de participación directa' (STC 76/1994, fundamento jurídico 3º)». STC 119/1995, FJ 3, ponente: Tomás VIVES ANTÓN.

¹⁰ El Consejo de Estado, en su Dictamen nº 1119/2008, de 3 de julio de 2008, requerido por el Gobierno como requisito previo a la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, también ha manifestado que, con carácter general, «la utilización de mecanismos de esta naturaleza sin una regulación jurídica podría generar situaciones políticamente insostenibles, erráticas o de gran inestabilidad con eventual lesión del propio orden constitucional».

referéndum, cuya potencialidad como fuente de legitimación directa lo convertían en una peligrosa amenaza para la propia legitimación del Parlamento y del Gobierno elegido de su seno. En efecto, como ha sido puesto de relieve, «en tanto que expresión directa de la voluntad popular, el referéndum constituye en política el arma absoluta. Cuando este arma es puesta por la Constitución a disposición de uno de los protagonistas del juego político, o cuando se apodera de él, lo utilizará siempre, escogiendo a la vez el momento y el tema de la consulta y los términos de la pregunta, para derrotar a sus adversarios y legitimar su poder»¹¹.

El artículo 85 del Anteproyecto de Constitución preveía tres modalidades distintas de referéndum: el referéndum previo a la sanción de las leyes aprobadas por las Cortes; el referéndum sobre «decisiones políticas de especial trascendencia» y el referéndum para la derogación de leyes en vigor.

Ante tal despliegue de modalidades refrendarias, no se tuvo reparo en reproducir las críticas y recelos clásicos frente a esta figura. En primer término, la ya mencionada oposición del referéndum, paradigma de la soberanía popular, al sistema parlamentario, paradigma de la Democracia representativa, que «podría mostrar una clara desconexión entre representantes y representados, que evidenciaría quizá una falta de representatividad real por parte del Parlamento respecto de los ciudadanos»¹².

Por otro lado, el riesgo de producir efectos prohegemónicos, dada la posibilidad, relativamente sencilla, de transformar esta figura en un plebiscito¹³. En este sentido, no es arriesgado presumir el peso que debió ejercer en la mente de los constituyentes el recuerdo de los referéndums franquistas, utilizados como elemento de legitimación y afirmación tanto del régimen dictatorial como de su Jefe de Estado¹⁴.

¹¹ Vid. B. CHAUTEBOU, *Droit Constitutionnel et Science politique*, Ed. Armand Colin, París, 1982, pág. 230, *apud* José Luis RODRÍGUEZ ZAPATERO, «El referéndum consultivo del artículo 92 de la Constitución española de 1978: un análisis crítico», *La Ley*, I-1986, pág. 1160.

¹² Vid. Nicolás PÉREZ SOLA, *La regulación constitucional del referéndum*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, pág. 29.

¹³ Vid. Luis AGUIAR DE LUQUE, «Referéndum», en J. J. GONZÁLEZ ENCINAR (dir.), *Diccionario del Sistema Político Español*, Akal, Madrid, 1984, pág. 792. A pesar de que el «temor a la plebiscitación» sea un argumento continuo en las críticas al referéndum, lo cierto es que la distinción entre referéndum y plebiscito dista de estar todo lo clara que sería deseable. En principio, la distinción entre ambos se hace descansar sobre sus respectivos objetos de consulta: el referéndum tendría por objeto actos normativos mientras el plebiscito versaría sobre decisiones políticas o incluso personas. La distinción, sin embargo, «es en la práctica difusa, porque de ordinario las grandes decisiones políticas (incluso las referentes a instituciones estatales individualizadas, como la Corona) tienen forma normativa». Vid. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ (1987): 421.

¹⁴ Al amparo de la Ley de Referéndum Nacional de 22 de octubre de 1945, compuesta de sólo 3 artículos, se celebraron tres consultas populares. Las dos primeras se produjeron en vida de FRANCO, una el 6 de julio de 1947 para la aprobación de las 5 cinco primeras Leyes Fundamentales y otra el 12 de diciembre de 1966, para la modificación parcial de alguna de estas leyes y la aprobación de dos nuevas. Tras su muerte, aún sería convocado un tercer referéndum, el 15 de diciembre de 1976, con el fin de aprobar la octava Ley Fundamental,

Esta misma fuerza legitimadora, unida a la tendencia centrífuga de algunos movimientos nacionalistas o abiertamente independentistas, sería, por su parte, la justificación de que el art. 149.1.32ª CE incluyera, entre las competencias exclusivas del Estado, y según hemos visto, la de «autorizar la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum»¹⁵.

En última instancia, no es posible negar que el uso del referéndum puede arrastrar consigo los peligros de la simplificación (pues «el sometimiento a ratificación popular de cualquier cuestión repercute en la simplificación de los términos en que se ha de formular ante los ciudadanos») y la polarización (dado «el efecto dialéctico de división artificial de la sociedad, operando una polarización innecesaria y a veces arriesgada»)¹⁶.

La consecuencia final de todo lo anterior fue que, en la redacción definitiva del art. 92 CE, únicamente se conservase el referéndum consultivo sobre «decisiones políticas de especial trascendencia» y resultaran desechadas las otras dos modalidades de referéndum originariamente propuestas en el art. 85 del proyecto de CE¹⁷.

C) *La aparición de una tercera vía entre Democracia representativa y Democracia directa: la Democracia participativa y su consagración en los nuevos Estatutos de Autonomía*

Un primer balance de la opción tomada por nuestro constituyente en favor de la Democracia participativa debe destacar su acierto sin ambages: el objetivo de la consolidación democrática, a treinta años vista, parece sobradamente conseguido.

Sin embargo, no es menos cierto que la elección de este modelo exige el pago de un fuerte precio político. En efecto, a pesar de sus muchas virtudes, se critican aspectos de la Democracia representativa como la separación y el alejamiento entre representantes y representados, el excesivo ritualismo (celebración de elecciones sólo cada cierto número de años, con la consiguiente falta de mecanismos para exigir responsabilidades políticas), el papel monopolizador de los partidos políticos o las dificultades de los ciudadanos para personalizar opciones políticas propias¹⁸.

más conocida como Ley para la Reforma Política. Los tres referéndums fueron aprobados con amplísimas mayorías del 92,94%, 95,86% y 94% de los votos válidamente emitidos. Vid. PÉREZ SOLA (1994): 20-21.

¹⁵ Vid. AGUIAR DE LUQUE (1984): 797, cuyos vaticinios se encuentran finalmente cumplidos.

¹⁶ Vid. PÉREZ SOLA (1994): 41.

¹⁷ «Precisamente», se dirá, «los que en mayor medida suponían una participación directa del pueblo soberano en la función legislativa, pronunciándose sobre leyes aprobadas y no sancionadas, así como proponiendo y, posteriormente, abrogando». Vid. Enrique LINDE PANIAGUA, «Artículo 92», en OSCAR ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a las Leyes políticas*, tomo VII, Edersa, Madrid, 1985, pág. 375.

¹⁸ Vid. Joan SUBIRATS, «Nuevos mecanismos participativos y Democracia: promesas y

Ante esta indeseable situación se proponen modelos alternativos o, más modestamente, instrumentos que, dentro de los vigentes sistemas de Democracia representativa, ayuden a paliar sus deficiencias.

En este contexto, han adquirido especial importancia los mecanismos de consulta y participación de los ciudadanos en los procesos decisionales de los poderes públicos (fundamentalmente, de la Administración pública), configurando la llamada «Democracia participativa»¹⁹.

Pues bien, es en el seno de esta última donde debe situarse el estudio de la materia «consultas populares» que nos ocupa. En realidad, el «nuevo» fenómeno de la Democracia participativa contaba ya con importantes plasmaciones jurídicas en nuestro ordenamiento, debiendo destacarse, al menos, tres de ellas. En primer lugar, y con carácter general para todas las Administraciones públicas, las contenidas en los arts. 78.2 y 86.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo común (LRJ-PAC, en adelante), situados en sede de instrucción del procedimiento, y mediante los cuales se permite el uso de instrumentos de participación de los ciudadanos en el procedimiento administrativo, regulando, expresamente, el uso de sondeos y encuestas²⁰.

En segundo lugar, las consultas populares locales previstas en el art. 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL, en adelante). En tercer lugar, y finalmente, el referéndum consultivo de ámbito estatal sobre decisiones políticas de especial trascendencia

amenazas», en Joan FONT (dir.), *Ciudadanos y decisiones públicas*, Ariel, Barcelona, 2004, pág. 33, quien, generalizando esta situación más allá de las fronteras españolas sentencia: «La Democracia parece vivir un momento dulce en todo el mundo (...). A pesar de ello, continúa existiendo una insatisfacción creciente en cuanto a su funcionamiento».

¹⁹ El propio Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia (e importancia) de los mecanismos de Democracia participativa en nuestro ordenamiento, refiriendo su utilización, en concreto, al ámbito administrativo. De este modo, ha señalado que «se trata de una participación en la actuación administrativa (...) que no es tanto una manifestación del ejercicio de la soberanía popular cuanto uno de los cauces de los que en un Estado social deben disponer los ciudadanos (...) para que su voz pueda ser oída en las decisiones que les afectan». Asimismo, y para recalcar que no se trata, en puridad, de instrumentos de Democracia directa, remarca el hecho de que el ejercicio de estas formas de participación se atribuya, frecuentemente, a entidades de base asociativa o corporativa, lo que le permite señalar «que no estamos ante cauces articulados para conocer la voluntad de la generalidad de los ciudadanos (...) precisamente en lo que tiene de general, sino más bien para oír, en la mayor parte de los casos, la voz de intereses sectoriales de índole económica, profesional, etc. Se trata de manifestaciones que no son propiamente encuadrables ni en las formas de Democracia representativa ni en la Democracia directa, incardinándose más bien en un *tertium genus* que se ha denominado Democracia participativa». STC 119/1995, FJ 6°.

²⁰ De conformidad con el art. 78.2 LRJ-PAC, «los resultados de los sondeos y encuestas que se incorporen a la instrucción de un procedimiento deberán reunir las garantías legalmente establecidas para estas técnicas de información así como la identificación técnica del procedimiento seguido para la obtención de estos resultados». Por su parte, el art. 86.4 LRJ-PAC establece que «conforme a lo dispuesto en las Leyes, las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas, medios y cauces de participación de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones y actos administrativos».

(art. 92.1 CE). De la lectura conjunta de estas tres formas de consulta se desprende que las consultas a los ciudadanos admiten distintas modalidades y grados de formalización, hasta el punto de asimilarse, incluso, a los instrumentos propios de la Democracia directa. En particular, y como ha quedado señalado, pueden llegar a adoptar la forma de referéndums en su modalidad de referéndums consultivos²¹. Nada tiene ello de peculiar, si se atiende a que la Democracia participativa se sitúa a medio camino entre la Democracia representativa y la Democracia directa, en una escala de participación de los ciudadanos en la vida pública que no se rige por los criterios de «sí o no», sino de «más o menos».

Como consecuencia, los temores y recelos que alberga nuestro ordenamiento hacia la figura del referéndum, más arriba expuestos, se materializan ahora como límite a las competencias asumidas en la materia «consultas populares» por parte de las Comunidades Autónomas de Cataluña, Andalucía y Aragón en sus nuevos Estatutos de Autonomía.

Ello explica que en los arts. 122 EACat, 78 EAAnd y 71.27º EAAra, tras atribuir a cada una de las tres Comunidades Autónomas la competencia exclusiva sobre «el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la Comunidad Autónoma 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», se incluya un inciso final, distinto para cada Estatuto de Autonomía, y sobre los que habremos de volver:

- «(...) con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución» (art. 122 EACat *in fine*);
- « (...) con la excepción del referéndum» (art. 78 EAAnd *in fine*);
- «(...) con excepción de la regulación del referéndum y de lo previsto en el artículo 149.1.32ª de la Constitución» (art. 71.27º EAAra *in fine*).

2. Qué es un referéndum. Qué es una consulta popular

A) El referéndum consultivo es un tipo más de consulta popular

De conformidad con lo que acabamos de exponer, se hace evidente la

²¹ Es necesario aclarar desde ahora que el hecho de que una consulta pueda celebrarse a través de un referéndum no determina, ni remotamente, que todo referéndum tenga naturaleza consultiva. Antes al contrario, como habrá ocasión de ver más adelante, el referéndum no sólo puede tener carácter decisorio, sino que por su propia naturaleza tiende a ello.

necesidad de delimitar con claridad los conceptos de «consulta popular» y de «referéndum», porque sobre ellos descansa la atribución competencial que realizan los arts. 122 EACat, 78 EAAAnd y 71.27º EAAra. El punto de partida se encuentra en la existencia de una relación entre ambos conceptos del tipo género-especie. De este modo, las consultas populares serían el género, dentro del cual se encontraría, entre otras especies²², el referéndum consultivo. Así se desprende con claridad del tenor literal de varios artículos integrantes del «bloque de la constitucionalidad», como el art. 149.1.32ª CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre «autorización para la convocatoria de consultas populares *por vía de referéndum*», el art. 2.1 de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de Modalidades de Referéndum (LOMR, en adelante), que viene a reproducir el anterior artículo («La autorización para la convocatoria de consultas populares *por vía de referéndum*, en cualquiera de sus modalidades, es competencia exclusiva del Estado»), la Disposición Adicional LOMR, aunque de forma indirecta («Las disposiciones de la presente Ley no alcanzan en su regulación a las consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos ... a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización», lo que supone la remisión al art. 149.1.32ª CE arriba transcrito) y, finalmente, los arts. 122 EACat, 78 EAAAnd y 71.27º EAAra, que proclaman que el referéndum es una modalidad, un «instrumento», según sus propios términos, de consulta popular, al igual que las encuestas, las audiencias públicas o los foros de participación.

²² Desde el campo de la Ciencia política se ha desarrollado un amplio conjunto de instrumentos, muy distintos del referéndum, y encuadrables dentro del concepto jurídico de «consultas populares». Siguiendo a Ricard GOMÀ y Joan FONT, «La Democracia local: un mapa de experiencias participativas», en Joan FONT (dir.), *Ciudadanos y decisiones públicas*, Ariel, Barcelona, 2004, págs. 62-69, es posible plantear la siguiente clasificación cuatridimensional:

- Instrumentos de interlocución con grupos o comunidades más o menos reconocibles: dentro de ellos cabe distinguir entre instrumentos de carácter estable, que dan lugar a Consejos o Comisiones, con estructura fija y reuniones periódicas, y los de carácter inestable o esporádicos, como los foros.

- Mecanismos de deliberación, basados en la capacidad de reflexión y deliberación de ciudadanos comunes sobre asuntos altamente especializados o complejos: entre ellos se señalan los círculos de estudio, los foros temáticos, las conferencias de consenso, las encuestas deliberativas, los jurados ciudadanos o los paneles ciudadanos, cuyo objetivo es «superar los problemas de información y debate como componentes imprescindibles de cualquier proceso decisorio» (pág. 65).

- Mecanismos de Democracia directa, cuya principal diferencia respecto a los anteriores radicaría en su carácter extensivo, al ir dirigidos a la totalidad de los ciudadanos: referendums, asambleas y algunos posibles usos de la teledemocracia.

- Finalmente, se señala un grupo heterogéneo de instrumentos de consulta, cuya reconducción a alguna de las tres categorías anteriores no resulta del todo satisfactoria: la participación ciudadana en la evaluación de servicios públicos, a través de quejas y sugerencias y de técnicas clásicas de investigación de mercados, como las encuestas de opinión (véase, a este respecto, el art. 2 de la reciente Ley catalana 6/2007, del 17 de julio, del Centro de Estudio de Opinión) y grupos de discusión, o los presupuestos participativos desarrollados en algunos municipios.

Sentado lo anterior, el problema se reduce a determinar qué es un referéndum. O, para ser exactos, y toda vez que ya sabemos que un referéndum consultivo es *un tipo de consulta popular*, se trata de determinar *qué requisitos debe reunir una consulta popular para ser calificada de referéndum*.

Hay varias formas de abordar la cuestión.

B) *Análisis del bloque de la constitucionalidad y de la doctrina constitucional relativos al referéndum*

Una primera sería atenerse a la literalidad de la norma constitucional. Téngase en cuenta que el art. 92.3 CE dispone que «una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum *previstas en esta Constitución*». De este modo, podría considerarse que sólo son referéndums aquellas consultas populares expresamente previstas con ese carácter en la Constitución. De conformidad con esta regla, los referéndums quedarían reducidos a siete:

- art. 92.1 CE: referéndum consultivo sobre decisiones políticas de especial trascendencia;
- art. 151.1 CE: ratificación de la iniciativa del proceso autonómico;
- art. 151.3 CE: aprobación de los Estatutos de Autonomía elaborados por la vía del art. 151 CE;
- art. 152.2 CE: reforma de los Estatutos de Autonomía elaborados por la vía del art. 151 CE;
- arts. 167.3 y 168.3 CE: reforma ordinaria y agravada de la Constitución;
- Disposición Transitoria Cuarta.1 CE: incorporación de Navarra al País Vasco.

A mantener esta interpretación podría coadyuvar, además, algún pronunciamiento del TC, que se ha referido a los referéndums previstos en los artículos 92, 149.1.32, 151.1, 152.2, 167.3 y 168.3 CE como «*las consultas populares previstas en la propia Constitución*» (STC 63/1987, FJ 5º, ponente: Antonio TRUYOL SERRA).

Pero esta situación, sin embargo, no se compadece con la realidad. En efecto, a estos siete referéndums habría que sumar, al menos, otros cuatro más. Por un lado, los dos referéndums previstos en los Estatutos de Autonomía del País Vasco y Castilla y León (art. 8 y Disposición Transitoria Tercera, respectivamente) para la integración de un municipio perteneciente a una Comunidad Autónoma en aquella en la que se encuentra

territorialmente enclavado²³. Por otro lado, los dos referéndums previstos en los Estatutos de Autonomía de Valencia y Aragón (arts. 81.5 y 115.7, respectivamente) para la aprobación de las futuras reformas que puedan producirse en tales Estatutos²⁴. Asimismo, y según vimos más arriba, la propia LOMR reconoce la existencia de otro tipo de referéndum más no previsto en la CE, el referéndum local, respecto al cual únicamente se señala la inaplicación de la normativa contenida en la Ley, «a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización».

Finalmente, la cita de la doctrina constitucional arriba transcrita, más que aclarar nada, lo que hace es reflejar la confusión entre consulta popular y referéndum, tomándolos como sinónimos²⁵.

En todo caso, la utilidad de la doctrina constitucional a efectos de diferenciar entre referéndum y consulta popular es escasa. Hay que partir de que no existen pronunciamientos constitucionales que, de manera directa, se hayan referido a la diferencia entre ambos conceptos. Fundamentalmente, porque hasta ahora no habían constituido criterios de delimitación competencial. Nada ha dicho hasta la fecha el TC sobre qué se entiende por referéndum a efectos constitucionales²⁶.

Únicamente cabría señalar que, al hilo del análisis del derecho fundamental a la participación en asuntos públicos (art. 23 CE), el TC ha entendido que todos los supuestos de referéndum previstos en la Constitución, consultivos o no, implican un ejercicio del art. 23 CE como forma de participación directa en los asuntos públicos (STC 63/1987, FJº 5; STC 119/1995, FJº 3; ATC 399/1990, FJº 2). No obstante, y a pesar de su radical

²³ Aun sin emplear directamente el término «referéndum», el art. 10 EAra prevé, asimismo, un supuesto sustancialmente idéntico de «consulta» como trámite necesario para la incorporación a la Comunidad Autónoma de Aragón de otros territorios o municipios.

²⁴ Aun coincidiendo materialmente con el supuesto contemplado en el art. 152.2 CE, debe destacarse que la exigencia de referéndum confirmatorio para la aprobación de las reformas que puedan operarse en los Estatutos de Autonomía de Valencia o Aragón no puede ser incardinada en dicho artículo, por lo que se trata, en puridad, de dos referéndums distintos. En efecto, el requisito de referéndum como paso previo a la reforma sólo es exigido por el art. 152.2 CE para los Estatutos de Autonomía elaborados por la vía del artículo 151 CE (País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía), y no para los que siguieron la vía del art. 143 CE.

²⁵ Precisamente esta indiferenciación entre «referéndum» y «consulta popular» es lo que llevó a parte de la doctrina a señalar que «no parece oportuno realizar distinciones conceptuales según los términos que se utilizan: el constituyente y el legislador posterior han empleado las palabras de forma indistinta sin que parezca conveniente detenerse en problemas que han pasado a ser académicos». Vid. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ (1987): 420-421. La distinción entre ambos conceptos, sin embargo, ha dejado de ser un mero «problema académico». Como afirma el Dictamen nº 1119/2008 del Consejo de Estado de 3 de julio de 2008, «para el examen de la cuestión desde el punto de vista competencial, y a la vista de la justificación argüida en la Ley vasca, se ha de enjuiciar si es correcta la calificación dada a la consulta popular prevista en la Ley 9/2008, es decir, si se trata de una consulta popular por vía de referéndum (...) o no».

²⁶ Esta situación ha quedado superada con la STC 103/2008, de 11 de septiembre, de la que nos ocupamos en la *Addenda* a este artículo.

importancia a otros efectos, de poco vale conocer la especial protección constitucional de los referéndums a efectos de distinguirlos de las demás formas de consultas populares.

En definitiva, pueden existir (y, de hecho, existen) consultas populares por vía de referéndum al margen de las previstas en la Constitución.

C) *Aproximación al concepto y a la naturaleza jurídica del referéndum*

Ni en el texto de la Constitución ni en la doctrina constitucional es posible encontrar respuesta a la pregunta planteada más arriba de *qué requisitos debe reunir una consulta popular para ser calificada de referéndum*. Parece, por tanto, necesario despegarse de la literalidad de las normas y los casos concretos y alzar el vuelo hacia lo que la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 llamaba «la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones». Esto es, se hace preciso determinar los rasgos generales del referéndum, aunque no se encuentren positivizados, que permitan identificar e individualizar esta figura respecto del resto de consultas populares.

En este sentido, y en primer lugar, parece posible establecer intuitivamente (y quizá apuntalar etimológicamente) una distinción entre ambos conceptos a partir del *nomen iuris* de cada uno de ellos. De una parte, «consulta popular» parece evocar toda interpelación («consulta») realizada a un cuerpo político, el pueblo («popular»), con el fin de que se pronuncie respecto de una determinada cuestión, sobre la que recaerá una decisión definitiva emanada de un poder público distinto. Por su parte, el término «referéndum» connotaría una interpelación que persigue, en concreto, la confirmación («refrendo») por parte del cuerpo político de una decisión ya tomada por sus representantes (la sanción de una determinada ley, la aprobación de un proceso autonómico). En definitiva, la diferencia entre ambas figuras se situaría en la finalidad perseguida por cada una: la consulta popular se situaría en la fase de formación de la voluntad, mientras que el referéndum se identificaría con la voluntad misma, finalmente expresada²⁷.

²⁷ En esta línea parece situarse LINDE PANIAGUA (1985): 370, quien reconoce que «el referéndum es una institución compleja, polémica en los juicios de la doctrina, lo que no debe causar la menor sorpresa si se tiene en cuenta que ha sido practicada con varias finalidades y por los regímenes políticos más dispares», pero que señala, sin embargo, un «común denominador (...) que consiste en trasladar la adopción de una decisión (de índole política por lo general) al pueblo, al que se hace partícipe o colaborador obligado o voluntario del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo». Ésto es, según este autor, el referéndum se identificaría con la toma de la decisión, en sentido estricto. El mismo argumento emplea la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, en su Exposición de Motivos §.8, transcrito antes en texto.

Esta distinción, sin embargo, tampoco se sostiene al confrontarla con el ordenamiento jurídico español. En efecto, la propia Constitución, lejos de identificar en todo caso el referéndum con el sometimiento de una cuestión a la decisión del cuerpo político, reconoce expresamente en el art. 92 CE la figura del «referéndum consultivo»²⁸. Del mismo modo, el referéndum local previsto en la Disposición Adicional LOMR y en el art. 71 LRBRL comparte el mismo carácter consultivo²⁹. A mayor abundamiento, es precisamente la posibilidad de que el referéndum pueda ser empleado como instrumento consultivo lo que permite incluirlo entre los instrumentos de consulta enumerados en los arts. 122 EACat, 78 EAAAnd y 71.27º EAARA, y respecto de los cuales, en última instancia, pretendemos distinguirlos.

Resulta incontestable que el referéndum puede tener efectos vinculantes. Sin embargo, queda descartado que tal sea el elemento esencial y definidor de la figura. Ello se debe a que no es un elemento finalista el que caracteriza al referéndum, sino un elemento personalista: el dato definidor del referéndum se encuentra en que supone una expresión, directa y legítima, de la voluntad o el parecer del cuerpo electoral sobre un asunto que le es sometido a consideración. Pronunciamiento expreso del cuerpo electoral que implica, a su vez, la exigencia de un cauce procedimental determinado y adecuado a tal fin.

²⁸ Ello sin perjuicio de los problemas que, tanto en la práctica como en el plano teórico, plantea la aceptación de esta figura. En efecto, «parece difícil conciliar el enunciado del mencionado artículo 92, con el principio de soberanía popular que consagra el artículo 1.2, la configuración de la participación directa como un derecho fundamental (artículo 23.1) o la fuerza vinculante que se otorga a la voluntad popular manifestada en el referéndum constitucional (artículos 167 y 168)». Vid. AGUIAR DE LUQUE (1984): 795-796. Y ello porque, en la conocida expresión del profesor Jorge DE ESTEBAN, «prescindir del resultado de la consulta podría constituir un verdadero golpe de Estado constitucional, toda vez que el sujeto de la soberanía es el pueblo y él debe ser quien tenga la última palabra en los asuntos del Estado sobre los que se le consulta». En términos igualmente gráficos, se ha afirmado que «la energía propia del sufragio hace inútil toda distinción entre referéndum consultivo y vinculante». Vid. RODRÍGUEZ ZAPATERO (1986): pág. 1163.

²⁹ A pesar de no contenerse de manera expresa en ninguno de los dos artículos es así como lo ha entendido la doctrina, deduciéndolo del art. 69 LRBRL y de la reserva institucional contenida en el art. 140 CE, y señalando que «a diferencia de lo que sucedía con los referenda previstos en la legislación histórica de régimen local, en nuestro ordenamiento vigente rige (...) la regla de la ausencia de vinculación jurídica de los órganos de gobierno a los resultados de la consulta». Vid. Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, «Artículo 71», en Manuel REBOLLO PUIG (dir.) y Manuel IZQUIERDO CARRASCO (coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 1809. En idéntico sentido, la jurisprudencia ha señalado, con respecto a la posibilidad de convocar un referéndum local, que «no hay nada que objetar al mismo, si es meramente consultivo, sin valor vinculante, pero (...) ha de reputarse ilegal si se le atribuye carácter resolutivo, por contradecir el principio legal de que el gobierno de los municipios corresponde al Ayuntamiento a través de sus órganos de gestión». STS de 21 de junio de 1983 (RJ 3616; ponente: MEDINA BALMASEDA), confirmando la Sentencia de la Audiencia de Bilbao de 30 de diciembre de 1980.

D) *El referéndum es una consulta popular realizada directamente al cuerpo electoral, lo que exige la observancia de ciertos requisitos procedimentales*

En efecto, la clave de la distinción entre el referéndum y el resto de consultas populares descansa sobre un criterio orgánico-procedimental.

La esencia del referéndum es que se trata de un acto *político*, en el sentido de que un *sujeto político*, el cuerpo electoral, es llamado a emitir su parecer sobre un determinado asunto que se somete a su consideración³⁰. Como indicábamos antes, al ser el referéndum una consulta popular resultado del derecho de participación política consagrado en el artículo 23.1CE, supone un «ejercicio directo (...) del poder político (...) donde se llama al pueblo como titular de ese poder» (STC 119/1995, FJº 5). No se solicita el parecer de los ciudadanos como meros interesados o individuos, sino como grupo, como colectividad, como ciudadanía en conjunto. El referéndum es uno de los «cauces articulados para conocer la voluntad de la *generalidad* de los ciudadanos (...) precisamente en lo que tiene de general» identificados por el Tribunal Constitucional como núcleo de la Democracia directa (STC 119/1995, FJ 6º).

Nada de esto ocurre en el resto de consultas populares (v.g., encuestas, audiencias públicas, foros de participación), pues ninguna de ellas cumple este primer criterio de carácter orgánico: no es el cuerpo político quien es consultado en ellas, sino ciudadanos concretos, más o menos representativos del resto de sus conciudadanos o de específicos intereses de grupo o clase.

Ahora bien, como adelantábamos, el criterio discriminador entre el referéndum y otras consultas populares no sólo es de naturaleza orgánica, sino también procedimental. En efecto, el único modo de acreditar la autenticidad de la voluntad o el parecer emitidos por el cuerpo político es mediante la observancia de una serie de trámites y rituales, es decir, siguiendo un *procedimiento* que ofrezca las garantías necesarias a tal fin. Esta es la razón de que el referéndum, en cualquiera de sus modalidades previstas por nuestro ordenamiento, exija como rasgo distintivo su celebración a través de un verdadero *sufragio*: sólo así se garantiza el correcto ejercicio del art. 23 CE.

La celebración de una consulta popular por vía de referéndum implicaría, en todo caso, la celebración de un verdadero proceso *electoral*³¹. Es

³⁰ Sobre la noción de *cuerpo electoral* como institución constitucional en sentido estricto, vid. la obra clásica de Adolfo POSADA, referida a la Constitución española de 1931, *La nueva Constitución española*, INAP, Madrid, 2006, traducción de la versión francesa original de 1932 por Antonio BUENO ARMIJO, estudio preliminar de Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, págs. 173-176.

³¹ No en vano el art. 11.1 LOMR establece que «el procedimiento de referéndum estará

lícito reconocer que en ningún lugar de la Constitución española se señala explícitamente la necesidad de desarrollar un procedimiento electoral para la válida celebración de un referéndum. Sin embargo, cabe objetar, de un lado, que dicha exigencia se encuentra implícitamente contenida en el art. 92.3 CE («Una ley orgánica regulará *las condiciones y el procedimiento* de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución») y, de otro lado, y en última instancia, se trata de una exigencia derivada de la propia institución. Sólo celebrando un verdadero proceso *electoral* puede quedar acreditado que el resultado de la consulta sea la verdadera, fidedigna y directa expresión de la voluntad o la opinión popular; esto es, del *cuerpo electoral*, con la consiguiente carga y valor político, pues, como ya se explicitó más arriba, la principal consecuencia derivada del referéndum, consultivo o vinculante, es el plus de legitimidad que conlleva la expresión directa de la voluntad popular.

La importancia del referéndum, en suma, radica en que se trata de una forma de expresión directa de la voluntad popular (criterio orgánico) y la expresión directa de la voluntad popular exige cauces procedimentales específicos (criterio procedimental): ni una manifestación multitudinaria, ni una recogida masiva de firmas, ni una consulta a sólo una parte del cuerpo electoral pueden tener dicha consideración. Para ser considerada como tal, es necesario que reúna una serie de garantías procedimentales que aseguren su veracidad. Tales garantías son las propias de los sistemas electorales. Cabe afirmar, por tanto, que sin garantías electorales, es decir, sin un *verdadero proceso electoral*, no existe una verdadera expresión directa de la voluntad popular ni, por tanto, un *verdadero referéndum*³².

Como consecuencia, toda pretensión de realizar una consulta popular con un resultado políticamente legitimado deberá pasar, forzosamente,

sometido al régimen electoral general en lo que sea de aplicación y no se oponga a la presente ley». En particular, sobre el alcance de esta remisión en relación con el acto de convocatoria de los referéndums, y sus consecuencias a efectos de acudir al proceso contencioso-electoral o contencioso-administrativo, vid., Antonio BUENO ARMIJO y Manuel A. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, «El *fumus boni iuris* como criterio contrario al solicitante de medidas cautelares. ¿Un traidor entre los aliados? Comentarios a los autos del TSJ de Cataluña, de 16 y 17 de junio de 2006, sobre suspensión cautelarísima del referéndum sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista de Administración Pública*, nº 172 (enero-abril 2007), págs. 230-232.

³² Por ejemplo, una votación a las puertas de los mercados, sin ningún tipo de control censal, o una votación por Internet o mediante otros medios telemáticos, en la que se puede votar cuantas veces se quiera, como ocurre en ciertos programas de televisión, no constituyen una manifestación de la voluntad del *cuerpo político*. En el mismo sentido, una consulta consistente en el sometimiento a una muestra significativa de la población de un cuestionario sobre el que deban expresar su parecer, como las encuestas de opinión a las que expresamente se refieren los arts. 122 EACat, art. 78 EAAnd y 71.27º EAARA, tendría un indudable valor científico y sociológico, pero dudoso valor político y jurídico (cfr. art. 78.2 LRJ-PAC, antes transcrito). El mismo razonamiento es el que lleva a excluir cualquier valor jurídico a las encuestas sobre intención de voto o sobre la valoración de los líderes y partidos políticos: responder a una encuesta sobre intención de voto no es lo mismo, evidentemente, que votar.

por la figura del referéndum. Pero la afirmación inversa también es correcta: una consulta popular realizada con las garantías propias del sistema electoral, manifestación, por tanto, del derecho fundamental a la participación política del art. 23 CE, sólo podrá ser un referéndum, dado que será un verdadero acto *político* en sentido estricto. Ni cabe una consulta popular con garantías electorales que no sea un referéndum, ni cabe un referéndum que no cuente con tales garantías. Las dos son una y la misma cosa.

Y todo lo demás, ficciones o mixtificaciones³³.

Ahora bien, lo anterior no implica que todos los referéndums (o consultas populares *electorales*) tengan que celebrarse exactamente del mismo modo y que, de no hacerse así, dejen de ser referéndums. Esto es, como resulta evidente, la celebración de un referéndum admite distintas modalidades, tanto de procedimiento como de contenido³⁴, cuya determinación corresponde al legislador ordinario dentro de unos requisitos mínimos que hagan reconocible la figura. Es importante insistir en este aspecto, pues de lo contrario podría caerse en la tentación de considerar que una consulta popular *electoral* en cuyo proceso de celebración se alterase o no se respetase alguna garantía «menor», dejaría de ser, sólo por ello, un referéndum. El respeto a las formas es ciertamente esencial en este ámbito, pero no debe convertirse en un formalismo vacío. Las exigencias del procedimiento de celebración de referéndum deben ser entendidas como medios orientados a un fin: garantizar la realidad y veracidad del juicio emitido por el *cuerpo electoral*.

Por decirlo en otros términos: el legislador, al desarrollar el régimen jurídico del referéndum, puede elegir entre preguntas multirrespuestas o preguntas de sí o no, o entre las distintas formas de mayoría necesaria

³³ Esta diferencia entre referéndum y consulta popular es la que recoge, *sensu contrario*, el FJ 6º de la STC 119/1995, al referirse a un trámite de información pública que había sido ignorado en la aprobación de un Plan Especial urbanístico: «Es cierto que a través del trámite de información pública se dota de cierta legitimación al Plan aprobado (...); pero su finalidad no es realizar un llamamiento al electorado para que ratifique una decisión previamente adoptada (ni para que determine el sentido de la que haya de adoptarse), sino, más bien, instar a quienes tengan interés o lo deseen a expresar sus opiniones para que sirvan de fuente de información de la Administración y puedan favorecer así el acierto y oportunidad de la medida que se vaya a adoptar, así como establecer un cauce para la defensa de los intereses individuales o colectivos potencialmente afectados». En consecuencia, el TC concluye que «la infracción que se denuncia en la presente demanda de amparo, aunque se hubiera efectivamente producido, no podría traducirse en una vulneración del artículo 23.1 CE».

³⁴ Así, pueden variar, por ejemplo, el tipo de campaña electoral, la forma de participación de los partidos políticos, el tipo de respuesta (preguntas multirrespuesta o preguntas de sí o no), la forma de plantear la cuestión objeto de consulta, los distintos tipos de mayorías (sobre el censo, sobre el número de votos emitidos) para considerar aceptada la propuesta que se somete a votación, el nivel de participación popular que se exige para que el referéndum se entienda válidamente celebrado, la posibilidad de repetir un referéndum cuando el resultado de la consulta haya sido negativo y los requisitos para ello, su carácter opcional o preceptivo, etc.

para considerar vencedora una opción. Lo que no podría hacer, en ningún caso, sería configurar un referéndum, por ejemplo, en el que el voto no fuera universal, libre, igual, directo y secreto, o en el que no se convocase formalmente al cuerpo electoral para que expresase su opinión, o en el que no se contase con la intervención de una Administración electoral que ofreciese las garantías propias de un proceso electoral. En caso contrario, el resultado sería una peculiar forma de consulta popular, pero desde luego no un ejercicio de poder político ni, por ende, un referéndum.

Cabe afirmar, en conclusión, que la diferencia entre consulta popular y referéndum reside en el contenido político (art. 23 CE), y no meramente administrativo (art. 105 CE), de este último, lo que viene determinado por el sujeto al que se dirige y, como consecuencia, por el grado de procedimentalización electoral al que se somete. Una vez más en Derecho, la forma determina, en buena medida, el fondo.

E) *La Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, convoca un verdadero referéndum consultivo y no una simple consulta popular*

La Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, confirma, de modo inequívoco, el planteamiento expuesto. El legislador vasco ha tenido mucho cuidado en no emplear en la redacción de esta norma el término «referéndum», haciendo referencia, desde el mismo título de la Ley, a la expresión «consulta popular». El motivo, como ya se indicó y como abiertamente se expresa en la Exposición de Motivos, era evitar la autorización previa del Estado para su válida convocatoria.

Sin embargo, y como es evidente, la intención del Gobierno vasco, promotor de esta Ley, no es realizar una consulta popular entre la población vasca cuyos efectos sean simplemente estadísticos o prospectivos. Por el contrario, tal y como se afirma en la Exposición de Motivos §.7, «dicha consulta habilitadora [sic], aun no siendo jurídicamente vinculante, *tiene plena validez política y social* para abordar e impulsar el fin definitivo de la violencia, así como para conocer el estado de opinión de la sociedad vasca al objeto de abrir un proceso de resolución definitiva del conflicto político, entre todas las partes implicadas y sin exclusiones». Esto es, la consulta se pretende configurar como un auténtico acto *político* emanado de la sociedad vasca, pero no considerada en abstracto, sino en tanto que *sujeto político*. De ahí que los destinatarios de la consulta sólo sean «los ciudadanos y ciudadanas vascas *con derecho de sufragio activo*» (Exposición de Motivos §.4).

En consecuencia, y de ser cierta nuestra hipótesis, la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, debería configurar la consulta que

regula como un verdadero proceso *electoral*, como un auténtico *sufragio*. Pues bien, eso es justamente lo que hace. Su Disposición Adicional única establece en su primer párrafo que «El desarrollo y la realización de la Consulta prevista en la presente Ley se regirá por la vigente Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco», pasando a continuación a efectuar las «adecuaciones necesarias derivadas de la propia naturaleza de la consulta», lo que constituye, con diferencia, la parte más extensa de la Ley³⁵.

De este modo, se regulan el modo de votación (mediante papeleta y sobre), el tipo de voto (sí, no, en blanco o nulo), las actas de escrutinio, el funcionamiento de las Juntas Electorales, el acta de proclamación de resultados, las subvenciones electorales, el calendario electoral, la actuación de la Oficina del Censo Electoral e incluso la publicación de los resultados en el Boletín Oficial del País Vasco.

Como señala el Dictamen del Consejo de Estado 1119/2008, de 3 de julio de 2008, «cabe afirmar, por tanto, que la Ley 9/2008 regula una «consulta por vía de referéndum», en cuanto efectúa un llamamiento para que el electorado se pronuncie con sujeción al régimen electoral (adaptado)».

III. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS SOBRE LA MATERIA «CONSULTAS POPULARES» ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. *Las competencias atribuidas originariamente a las Comunidades Autónomas y su hipotético «techo máximo competencial»: el límite expreso del art. 149.1.32ª CE*

Los Estatutos de Autonomía aprobados hasta los primeros años ochenta se limitaron a atribuir a las Comunidades Autónomas en materia de consultas populares, cuando lo hicieron, una competencia de «desarrollo legislativo del sistema de consultas populares» en sus respectivos ámbitos

³⁵ Tampoco está de más destacar, como hace el Informe de la Subsecretaría del Ministerio del Interior, de 30 de junio de 2008 (citado por el Dictamen nº 1119/2008 del Consejo de Estado de 3 de julio de 2008), la probable inconstitucionalidad de la remisión a la Ley electoral vasca y las «adecuaciones» operadas por la Disposición adicional. Según declaró la STC 154/1988, de 21 de julio, ciertos preceptos de la LOREG constituyen el contenido primario del régimen electoral, aplicable incluso en las elecciones a Asambleas legislativas autonómicas. Entre tales preceptos se encuentra el sistema de subvención de gastos electorales, del que la LOREG exceptiona a los partidos en proceso de ilegalización. Como destaca el mismo Informe, la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, establece, por el contrario, su propio sistema de subvención de gastos electorales, extensible a todos los partidos con representación en el Parlamento vasco, con lo que se acabaría financiando a formaciones políticas que podrían ser ilegalizadas de conformidad con la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio.

territoriales, añadiendo que dicha competencia debía ejercerse «de conformidad con lo que disponga la Ley a que se refiere el artículo 92.3 de la Constitución y demás leyes del Estado, correspondiendo a este la autorización de su convocatoria»³⁶.

Esta situación, sin embargo, no fue completamente homogénea. En tres casos, la materia objeto de reparto competencial no fue toda la materia «consultas populares», sino la materia, más limitada, «consultas populares *municipales*» (Cataluña, Andalucía, Comunidad Valenciana)³⁷. Asimismo, seis Comunidades Autónomas (Galicia, Cantabria, Castilla-La Mancha, Madrid, Navarra y el País Vasco), no asumieron título competencial expreso alguno sobre la materia «consultas populares», situación en la que permanecen en la actualidad.

De este modo, el reparto de competencias sobre la materia «consultas populares» entre Estado y Comunidad Autónoma, cuando existía, quedaba articulado sobre el esquema clásico bases - desarrollo, al que se añadía, sin embargo, una corrección. Así, al Estado le correspondía, en principio, la legislación básica y a las Comunidades Autónomas con competencias sobre esta materia la legislación de desarrollo y la ejecución. La corrección a este esquema general se encontraba, no obstante, en que el Estado, de conformidad con el art. 149.1.32^a CE, se reservaba también una de las facultades incluidas en la competencia de ejecución: la autorización para convocar las consultas populares que efectivamente se celebrasen en el ámbito de tales Comunidades Autónomas.

En la práctica, sin embargo, la situación en todas las Comunidades Autónomas ha resultado ser, a la postre, esencialmente la misma. Ello ha sido posible gracias a dos fenómenos distintos y tendencialmente opuestos. En primer lugar, se ha producido una interpretación igualitaria *a la baja* de las competencias autonómicas en materia de consultas populares, entendiendo que dichas consultas sólo podían ir referidas a las consultas populares de ámbito local y, en concreto, a las celebradas por vía de referéndum. Como acabamos de señalar, las competencias autonómicas sobre consultas populares sólo se circunscribían al ámbito local en tres supues-

³⁶ Contienen este exacto tenor literal los arts. 11.11 EAAst, 9.7 EARio, 11.8 EAMur, 32.5 EACan, 8.12 EAExt y art. 71.1.15^o EACyL, ya señalados más arriba. Por su parte, el art. 31.10 EABal, exactamente idéntico a los anteriores por lo demás, sustituye la mención a la autorización estatal del referéndum por una referencia expresa al art. 149.1.32^a CE, donde se contiene dicha competencia estatal.

³⁷ Así lo establecían literalmente el art. 10.2 del anterior Estatuto de Autonomía para Cataluña (LO 4/1979, de 18 de diciembre, ahora derogada) y el art. 32.1.8^o EAVal en su redacción originaria de 1982, mantenida en su actual art. 50.8. Por su parte, el art. 15.2 del anterior Estatuto de Autonomía de Andalucía (LO 6/1981, de 30 de diciembre, también derogada), se refería a las consultas populares «locales» y no «municipales», por lo que su ámbito de aplicación podría haber sido levemente mayor, al poder entender incluidos otros entes locales distintos al municipio.

tos (Cataluña, Andalucía, Valencia) por lo que, en principio, nada impedía (y, de hecho, nada impide) que el resto de Comunidades Autónomas con competencias sobre esta materia pudiesen ejercer plenamente sus poderes de desarrollo normativo y de ejecución respecto a consultas populares de ámbito autonómico³⁸. Asimismo, y según quedó dicho más arriba, el referéndum consultivo es sólo uno de los múltiples instrumentos en que pueden concretarse las consultas populares, si bien, cuando sea tal el instrumento elegido, será siempre necesaria la previa autorización estatal.

En segundo lugar, al limitar el ámbito de las consultas populares a las consultas populares locales celebradas por vía de referéndum, se ha hecho posible una aproximación a esta materia desde un título competencial distinto: el de régimen local, común a todos los Estatutos de Autonomía. En efecto, esta posibilidad, más o menos bosquejada en la legislación básica del Estado³⁹, y ampliamente reconocida por la doctrina⁴⁰ y por la práctica⁴¹, ha permitido que las Comunidades Autónomas sin título competencial específico sobre la materia «consultas populares» pudieran desarrollar normativamente las consultas populares locales mediante sus leyes de Administración local⁴². Sin embargo, este reparto competencial

³⁸ Vid., admitiendo expresamente esta posibilidad, AGUIAR DE LUQUE (1984): 797.

³⁹ La Disposición Adicional de la LOMR, más arriba señalada, establece que «Las disposiciones de la presente ley no alcanzan en su regulación a las consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos (...), de acuerdo con la legislación de Régimen Local, y a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización». Por lo demás, el mismo legislador estatal se ha ocupado de esta figura en el ya mencionado art. 71 LRBRL.

⁴⁰ Vid., señaladamente, el artículo pionero de Tomás FONT I LLOVET, «El referéndum local en España», *Autonomías*, núms. 2-3, 1985, quien tras constatar que «la disciplina del referéndum local parece, pues, que se encuentre a caballo entre la materia propia del régimen local (...) y la regulación general del referéndum» (pág. 125), concluía afirmando que «no es necesario que los Estatutos contengan una referencia expresa a la materia *consultas populares*, siendo suficiente que la Comunidad Autónoma ostente competencias en la materia de *régimen local* para poder legislar sobre el referéndum municipal» (pág. 127).

⁴¹ Como señala Ángel RODRÍGUEZ, «Consultas populares», en Francisco BALAGUER CALLEJÓN (dir.), *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, pág. 879, «la mayoría de las CCAA que han regulado las consultas populares locales en su territorio lo han hecho en la respectiva ley de régimen local, con las excepciones de Navarra y Andalucía (dándose además la circunstancia de que Navarra ... se encuentra entre las CCAA que *no* tienen asumida como competencia expresa las consultas populares)». Por lo que, concluye, «con la regulación actualmente vigente, la asunción expresa en el Estatuto de una competencia específica sobre consultas populares es innecesaria para el ejercicio efectivo de la misma en los entes locales, siempre que se hayan asumido competencias, más genéricas, sobre régimen local».

⁴² Tal ha sido el caso, por ejemplo, de Galicia (art. 257 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia) o, hasta la última reforma de su Estatuto de Autonomía, de Aragón (art. 157 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón). Como caso paradigmático cabe señalar, de nuevo, el de Navarra, que aprobó, sobre el mismo título competencial de régimen local, la específica Ley Foral 27/2002, de 28 de octubre, reguladora de Consultas populares de ámbito local. Sobre el marco legal de las consultas locales, vid. FERNÁNDEZ RAMOS (2007): 1805-1808. Esta situación, sin embargo, ha sido negada por la STC 103/2008, de 11 de septiembre, que ha afirmado que «no cabe en nuestro ordenamiento constitucional, en materia de referéndum, ninguna competencia implícita, puesto que en un

fue cuestionado a raíz de la oleada de reformas estatutarias iniciada en 2006, indagándose el límite máximo competencial al que podían aspirar las CCAA que reformaran sus Estatutos de Autonomía en esta materia.

El punto de partida, como es sabido, lo constituyen los arts. 148.2 y 151.1 CE, que permiten a las CCAA, en los tiempos marcados por sus respectivos regímenes de acceso a la autonomía, asumir todas aquellas competencias que no se encuentren configuradas como exclusivas del Estado en el art. 149.1 CE. Tomando como base este último artículo, y según nos consta, la única atribución expresa al Estado sobre la materia «consultas populares» es la que realiza su apartado 32º respecto a la competencia exclusiva para «autorizar la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum».

A partir de aquí cabría deducir:

1) Que el Estado no ostenta título competencial expreso alguno sobre las consultas populares, locales o no, que *no* se celebren por vía de referéndum. En consecuencia, las CCAA parecen poder asumir la competencia exclusiva sobre estas consultas en el ámbito de su territorio.

2) Que el único título competencial expreso reservado al Estado sobre las consultas populares, locales o no, que se celebren por vía de referéndum es el relativo a la autorización de su convocatoria. En consecuencia, las CCAA también parecen poder asumir la competencia exclusiva sobre estas consultas en el ámbito de su territorio, con la excepción de la mencionada autorización, que correspondería, en todo caso, al Estado.

Una vez expuesto todo lo anterior, se hace posible entrar a conocer el contenido real y efectivo de la competencia exclusiva sobre consultas populares atribuida a las Comunidades Autónomas de Cataluña, Andalucía y Aragón por los arts. 122, 78 y 71.27º de sus respectivos nuevos Estatutos de Autonomía. Para ello deben distinguirse, una vez más, los dos grupos de instrumentos que venimos diferenciando dentro de esta materia: las consultas populares celebradas por vía de referéndum y las consultas populares *no* celebradas por vía de referéndum.

sistema, como el español, cuya regla general es la democracia representativa, sólo pueden convocarse y celebrarse los referendos que expresamente estén previstos en las normas del Estado, incluidos los Estatutos de Autonomía, de conformidad con la Constitución» (FJ 3º). Esta afirmación, sin las debidas matizaciones, resulta sencillamente insostenible frente a la actual situación jurídica y de hecho en la que varias Comunidades Autónomas han entrado a regular la materia de referéndum (en su proyección municipal) contando únicamente con competencias implícitas. Por ello lo más prudente sería tomarla como un simple exceso verbal del Alto Tribunal.

2. Competencias atribuidas en los nuevos Estatutos de Autonomía sobre consultas populares no celebradas por vía de referéndum

Respecto a las consultas populares *no* celebradas por vía de referéndum, entre las que se concretan, entre otros instrumentos, las encuestas, las audiencias públicas y los foros de participación, los arts. 122 EACat, 78 EAAAnd y 71.27º EAAra reconocen, abierta e indubitadamente, y con una absoluta coincidencia en sus términos, la competencia exclusiva de cada una de estas tres Comunidades Autónomas «para el establecimiento de su régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria». Se trata de una atribución nueva y aparentemente legítima por cuanto, según ha quedado expuesto, el Estado no ostenta competencia expresa alguna sobre estas formas de participación. Nada cabría objetar, por tanto y en principio, a esta declaración de competencia exclusiva mediante la cual, aparentemente, estas tres Comunidades Autónomas *lo asumen todo*. No obstante, sí son necesarias algunas observaciones sobre el verdadero alcance de esta nueva competencia.

En efecto, frente a lo que pueda parecer, el Estado ostenta auténticas competencias básicas sobre esta materia, lo que impide, a pesar de la categórica afirmación de los artículos estatutarios, que estas tres Comunidades Autónomas puedan asumir la competencia exclusiva sobre la misma. Según indicábamos más arriba, el Estado no ostenta título competencial *expreso* alguno sobre las consultas populares no celebradas por vía de referéndum. Sin embargo, en la medida en que dichas consultas populares sean utilizadas por las *Administraciones públicas* y se inserten en los *procedimientos administrativos* que estas tramitan, resulta evidente la incidencia en las mismas de la competencia exclusiva del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y sobre el procedimiento administrativo común (art. 149.1.18ª CE)⁴³.

Nada hay de asombroso ni de revelador en ello, pues los mismos arts. 122 EACat, 78 EAAAnd y 71.27º EAAra hacen referencia expresa, entre los

⁴³ No debe olvidarse, sin embargo, que los procesos decisionales públicos, desde un punto de vista politológico, abarcan también aquellos que, aun teniendo lugar dentro del ámbito de lo público, se producen fuera de la Administración en sentido estricto. Así, entrarían también dentro de la materia «consultas populares» la participación de los ciudadanos en las decisiones de las asambleas legislativas (de conformidad con lo que establezcan los Reglamentos de sus respectivas Cámaras) o en las decisiones *políticas* de los Gobiernos. La regulación de tales formas de consulta popular, en especial en el primero de los dos supuestos referidos, quedaría fuera de la competencia estatal prevista en el art. 149.1.18ª CE.

En este sentido, cabe destacar cómo los dos únicos ejemplos de referéndum consultivo de ámbito nacional celebrados hasta la fecha (referéndum sobre la permanencia de España en la OTAN y referéndum sobre la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa), aun recayendo sobre decisiones propias del Gobierno de la Nación, se enmarcaban dentro de los *actos políticos* del mismo, por lo que su régimen jurídico no venía determinado en su totalidad por el Derecho Administrativo.

instrumentos de consulta popular que enumeran, a la «audiencia pública», trámite clásico y esencial de los procedimientos administrativos, actualmente regulado en el art. 84 LRJ-PAC, y a las «encuestas», también reguladas, según indicábamos más arriba, en el art. 78.2 LRJ-PAC⁴⁴.

Aún más, en virtud del mismo art. 149.1.18^a CE, el Estado ya ha regulado (mínimamente) la materia «consultas populares», aunque sólo en el ámbito de las Administraciones locales. Así lo reconocen los mismos arts. 122 EACat, 78 EAAAnd y 71.27^o EAAra al referir el ejercicio de la competencia «exclusiva» sobre esta materia tanto a sus respectivas Comunidades Autónomas como a «los entes locales en el ámbito de sus competencias». A estos efectos, debe tenerse en cuenta que el art 70 bis.1 LRBRL establece que «los ayuntamientos *deberán* establecer y regular en normas de carácter orgánico *procedimientos* y *órganos* adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local, tanto en el ámbito del municipio en su conjunto como en el de los distritos, en el supuesto de que existan en el municipio dichas divisiones territoriales». En consecuencia, parece claro que estas tres Comunidades Autónomas ni podrán agotar la regulación sobre el uso de estas figuras en el ámbito local, ni podrán asumir la correspondiente competencia de ejecución sobre las mismas.

Ahora bien, este mismo razonamiento puede conllevar consecuencias muy sustanciosas para otras Comunidades Autónomas. En efecto, en la medida en que se acepta que el Estado pueda entrar a regular la materia «consultas populares» en virtud de su competencia exclusiva en materia de bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común debe también asumirse, correlativamente, la competencia de *todas* las Comunidades Autónomas en materia de «consultas populares» en la medida en que ello sea consecuencia de las «especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas» (art. 149.1.18^a CE). Es decir, cualquier Comunidad Autónoma, sin necesidad de ostentar competencias específicas en materia de «consultas populares», y en virtud de sus competencias genéricas sobre

⁴⁴ En este sentido se expresa, además, el art. 50.8 EAVal, al señalar como límite a las competencias de la Generalitat Valenciana en materia de consultas populares (municipales) lo que «dispongan las leyes a las que hace referencia el (...) número 18 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución española»

De otra parte, el art. 117.4 EAAAnd señala, entre las funciones que corresponden al Presidente de la Junta de Andalucía «proponer por iniciativa propia o a solicitud de los ciudadanos, *de conformidad con lo establecido en el artículo 78 y en la legislación del Estado*, la celebración de consultas populares en el ámbito de la Comunidad Autónoma, sobre cuestiones de interés general en materias autonómicas o locales». La remisión expresa al art. 78 EAAAnd implica que entre tales consultas queda excluido, en todo caso, el referéndum, dado que, según se verá más adelante, este artículo excluye total y absolutamente las competencias de la Junta de Andalucía en materia de consultas populares celebradas por vía de referéndum. En consecuencia, la remisión a «la legislación del Estado» sólo puede ir referida a la normativa estatal en materia de consultas populares *no* celebradas por vía de referéndum.

sus instituciones de autogobierno (art. 148.1.1.^a CE), el régimen jurídico de su Administración pública o el procedimiento administrativo, podría desarrollar actuaciones en esta materia⁴⁵.

En consecuencia, la pregunta que procede responder es, ¿qué han ganado, entonces, las tres Comunidades Autónomas que han asumido expresamente competencias exclusivas sobre «consultas populares» respecto de las demás Comunidades Autónomas que no ostentan competencia explícita alguna sobre esta materia? La respuesta parece ser, exclusivamente, seguridad jurídica.

3. *Competencias atribuidas en los nuevos Estatutos de Autonomía sobre consultas populares celebradas por vía de referéndum*

A) *El tenor literal de los arts. 122 EACat, 78 EAAAnd y 71.27º EAAra y el distinto alcance competencial de cada uno de ellos*

Aún más problemática se plantea la cuestión respecto a las competencias asumidas sobre las consultas populares celebradas por vía de referéndum. En efecto, como ya indicábamos más arriba, es en relación con la figura del referéndum donde aparecen las diferencias entre los arts. 122 EACat, 78 EAAAnd y 71.27º EAAra, por lo demás idénticos.

En primer lugar, el art. 122 EACat parece haber consagrado la máxima atribución posible de competencias en favor de la Generalitat de Cataluña, asumiendo como único límite las competencias *expresamente* atribuidas al Estado en materia de referéndum por el art. 149.1 CE. De conformidad con el mismo, «Corresponde a la Generalitat la *competencia exclusiva* para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, *con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución*». Es decir, la Comunidad Autónoma de Cataluña habría pasado de ostentar una competencia de desarrollo legislativo y ejecución a asumir la competencia exclusiva sobre la materia «consultas populares» (locales o no) sin otro límite que el respeto, cuando tales consultas se celebren por vía de referéndum, a la competencia exclusiva del Estado para autorizar su convocatoria prevista en el repetido art. 149.1.32^a CE.

⁴⁵ En el mismo sentido apunta el art. 86.4 LRJ-PAC, antes citado, que remite al desarrollo legislativo propio de cada Comunidad Autónoma el establecimiento de «otras formas, medios y cauces de participación de los ciudadanos (...) en el procedimiento de elaboración de las disposiciones y actos administrativos», distintos de los previstos en los arts. 84 a 86 LRJ-PAC.

En el extremo opuesto se sitúa el art. 78 EAAnd. En efecto, respecto a las consultas populares celebradas por vía de referéndum, la Junta de Andalucía no asume ningún título competencial. Aparentemente, el art. 78 EAAnd, al querer lo más se ha quedado con lo menos. De su lectura atenta se desprende que la Junta de Andalucía ha adquirido la competencia exclusiva sobre todas las formas de consulta popular «con la excepción del referéndum», respecto del cual, increíblemente, no se asume competencia alguna en este artículo⁴⁶.

A semejanza del nuevo EACat, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, el EAAnd podría haber atribuido a la Junta de Andalucía la competencia exclusiva sobre las consultas populares locales celebradas por vía de referéndum. Aún más, podría incluso haber extendido su ámbito competencial hasta las consultas populares de ámbito autonómico celebradas por vía de referéndum⁴⁷. Con la única salvedad, eso sí, de que la autorización para convocar tales consultas, fueran de ámbito local o autonómico, seguiría siendo competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.32^a CE). Nada de ello, sin embargo, parece ocurrir.

Finalmente, a medio camino entre el Estatuto catalán y el Estatuto andaluz se sitúa el nuevo Estatuto de Autonomía para Aragón, en cuyo art. 71.27^o se establece su competencia exclusiva sobre la materia «consultas populares» pero «con excepción de la regulación del referéndum y de lo previsto en el artículo 149.1.32^a de la Constitución». Esto es, aunque de manera un tanto ambigua, parece excluirse únicamente la competencia sobre la regulación del referéndum (¿tanto básica como de desarrollo?), debiendo entenderse atribuida, en consecuencia, la competencia sobre su ejecución, a excepción de la autorización de su convocatoria por el Estado (de ahí la referencia final al art. 149.1.32^a CE).

Nada puede objetarse, desde un punto de vista constitucional, a la opción asumida por el art. 78 EAAnd por cuanto, sencillamente, se limita a no atribuir competencia alguna a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de referéndum. Distinta valoración merecen los arts. 122 EAC y 71.27^o EAARA, por cuanto ellos sí que atribuyen, expresamente, compe-

⁴⁶ La situación no deja de ser paradójica porque se trata este del único ámbito en el que la Comunidad Autónoma andaluza disponía, hasta ahora, de algún tipo de competencia expresa dentro de la materia «consultas populares». En efecto, de conformidad con el art. 15.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía de 1981, ya derogado, correspondía a la Comunidad Autónoma de Andalucía el desarrollo legislativo de las consultas populares (locales) celebradas por vía de referéndum, en ejercicio de lo cual había dictado la Ley andaluza 2/2001, de 3 de mayo, de Regulación de las Consultas Populares Locales en Andalucía.

⁴⁷ De hecho, la posibilidad de celebrar consultas populares «para asuntos de especial importancia para la Comunidad Autónoma» se prevé, de manera expresa, en otros dos lugares del articulado del nuevo Estatuto. De una parte el art. 111.3 EAAnd, en sede de iniciativa legislativa, y de otra el art. 117.4 EAAnd, relativo a las funciones del Presidente de la Junta. Como consecuencia, estas consultas autonómicas podrán celebrarse, pero no por vía de referéndum.

tencias a sus respectivas Comunidades Autónomas en materia de referéndum, si bien con distinto alcance. A este respecto, los términos, más comedidos, del art. 71.27º EAAra son los que resultan constitucionalmente más acertados, al tener en cuenta la existencia de posibles títulos competenciales del Estado más allá del estricto tenor literal del art. 149.1. CE.

B) *Otras competencias del Estado sobre las consultas populares celebradas por vía de referéndum*

En efecto, al planteamiento general hasta ahora esbozado es necesario añadir algunas matizaciones pues, en realidad, el Estado ostenta más competencias sobre las consultas populares celebradas por vía de referéndum de las que se desprenden de la literalidad del art. 149.1.32ª CE.

En primer lugar, la reserva de ley orgánica contenida en el art. 92.3 CE se extiende a la regulación de las «condiciones y procedimientos» de las distintas modalidades de referéndum *previstas en la Constitución*. Ello implica, como no podía ser de otro modo, la competencia exclusiva del Estado, único capaz de aprobar leyes orgánicas, sobre los siete referéndums previstos en el texto constitucional y antes señalados. En ejercicio de esta habilitación, precisamente, se dictó la LOMR. Esta ley, sin embargo, y dada las especiales circunstancias que rodearon su génesis, no se ocupa de las siete modalidades con el mismo interés, hasta el punto de que ni siquiera menciona el referéndum de la Disposición Adicional 4ª.1 CE.

En segundo lugar, el Estado sigue ostentando títulos incidentales sobre esta materia. Es el caso de la regulación básica sobre el régimen local (art. 149.1.18 CE) que ofrece cobertura suficiente a los arts. 18.1.f) y 71 LRBRL⁴⁸ y que, en consecuencia, elimina las pretensiones de competencia exclusiva autonómica sobre consultas populares por vía de referéndum en el ámbito local⁴⁹. Del mismo modo, el juego de los arts. 81 y 149.1.1ª

⁴⁸ El tenor de estos artículos es el siguiente: «Son derechos y deberes de los vecinos: (...) f) Pedir la consulta popular en los términos previstos en la Ley» [art. 18.1.f) LRBRL]; «De conformidad con la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuando esta tenga competencia estatutariamente atribuida para ello, los Alcaldes, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno y autorización del Gobierno de la Nación, podrán someter a consulta popular aquellos asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, con excepción de los relativos a la Hacienda local» (art. 71 LRBRL).

⁴⁹ En este sentido, la doctrina ya había señalado hace tiempo que «cabe que las Comunidades Autónomas asuman competencias más amplias de las que en la actualidad disponen en virtud de los Estatutos de Autonomía, de manera que en el futuro les competa no sólo el desarrollo legislativo del sistema de consultas populares locales sino la totalidad de la normación sobre la materia, con el sólo límite de la regulación básica sobre régimen local y la necesidad de obtener autorización del Gobierno en los términos del art. 149.1.32ª». Vid. María del Carmen NÚÑEZ LOZANO, «Las consultas populares locales», *Revista de Administración pública de Andalucía*, nº 42 (abril - junio de 2001), pág. 428.

CE, unidos a la consideración del referéndum como ejercicio del derecho fundamental a la participación en asuntos públicos, previsto en el artículo 23.1 CE, haría necesaria la intervención del Estado, en tanto que legislador orgánico, con el fin de regular el desarrollo de este derecho fundamental cuando es ejercido mediante referéndum⁵⁰.

A este respecto, la clave se encuentra en determinar si toda participación en un referéndum, sea cual sea su ámbito y en tanto que supone una llamada al cuerpo electoral, implica un ejercicio del derecho fundamental a la participación política previsto en el art. 23 CE, cuestión sobre la que, ciertamente, no existe aún un pronunciamiento directo por parte del TC.

Ello ha permitido que algún autor haya negado, respecto a las consultas populares locales celebradas por vía de referéndum, que la participación en ellas constituya un ejercicio del mencionado derecho fundamental⁵¹. De la doctrina constitucional existente, sin embargo, parece deducirse que el TC considera el referéndum, en todas sus modalidades, como un ejercicio del citado derecho. Y, consecuentemente, la regulación básica del referéndum, en tanto que «desarrollo de un derecho fundamental», se vería cubierta por la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE).

En efecto, al enumerar, según vimos, las consultas populares previstas en el texto de la Constitución que implicarían un ejercicio del derecho contenido en el art. 23 CE, el TC incluye el art. 149.1.32^a CE cuando, en rigor, ahí no aparece una forma de participación (como sí ocurre con los demás artículos que cita: 92, 151.1, 152.2, 167.3 y 168.3 CE), sino la necesidad de autorizar la convocatoria de un tipo concreto de consultas populares. Con ello, el TC parece pretender incluir todas las formas de referéndum, previstas o no de manera expresa en la CE, dentro del ejercicio del art. 23 CE, para lo cual recurre a una metonimia jurídica e identifica,

⁵⁰ Vid. RODRÍGUEZ (2007): 884. En otro orden de cosas, la referencia al art. 149.1.1^a CE como límite a las competencias autonómicas en esta materia aparecía ya, expresamente citada, en el art. 15.2 del anterior Estatuto de Autonomía de Andalucía. Dicha referencia ha desaparecido de la redacción del actual art. 78 EAAnd y no ha sido incluida en ningún otro Estatuto de Autonomía. No obstante, y como resulta evidente, la competencia estatal contenida en el art. 149.1.1^a CE supone un límite a las competencias autonómicas en esta materia no porque así lo reconozcan los respectivos Estatutos de Autonomía, sino por la fuerza normativa de la propia Constitución (art. 9.1 CE).

⁵¹ En este sentido, se ha mostrado tajante NÚÑEZ LOZANO (2001): 429, al hilo del análisis que realiza de la Ley andaluza 2/2001, de 3 de mayo, de Regulación de las Consultas Populares locales en Andalucía, señalando que «aunque la Exposición de Motivos de la Ley andaluza invoca el precepto constitucional [el art. 23 CE], más adelante se declara expresamente (...) que la Ley da cumplimiento al artículo 9.2 CE, omitiendo cualquier alusión al art. 23.1. Ello es así porque las consultas que regula la Ley no son, efectivamente, expresión del citado derecho fundamental». La solución apuntada por la prof.^a NÚÑEZ LOZANO tiene la virtualidad de eludir el problema que plantea la existencia de leyes autonómicas, como la andaluza, reguladoras de un derecho fundamental cuyo desarrollo básico aún no ha sido aprobado por la correspondiente ley orgánica (y que, en última instancia, debería reconducirse a la doctrina constitucional de las «bases materiales»). La rotundidad de esta posición, como se señala a continuación en texto, parece, sin embargo, constitucionalmente dudosa.

con la parte, el todo: todas aquellas consultas en las que sea necesaria la autorización a la que se refiere el art. 149.1.32ª CE, es decir, las celebradas por vía de referéndum, implican el ejercicio del derecho fundamental a la participación política consagrado en el art. 23 CE.

En última instancia, el criterio del «ejercicio del poder político» (STC 119/1995, FJº 5), que incluye el «llamamiento al electorado» tanto «para que ratifique una decisión previamente adoptada» como «para que determine el sentido de la que haya de adoptarse» (STC 119/1995, FJ 6º), como criterio definitivo del ejercicio del derecho del art. 23 CE, parece señalar, abiertamente, en esta misma dirección⁵².

Finalmente, y en lo que respecta a los referéndums locales, no debe perderse de vista que el TC ha caracterizado expresamente el régimen de Concejo abierto (art. 140 CE) como una de las manifestaciones del derecho fundamental a la participación directa en asuntos públicos del art. 23.1 CE (STC 119/1995, FJ 3º). La evidente proximidad entre ambas figuras induce a decantarse, de nuevo, en favor de la inclusión del referéndum local en el ámbito del art. 23 CE y, por ende, en favor de la necesidad de Ley orgánica⁵³.

IV. CONCLUSIONES

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, parece finalmente posible extraer algunas consecuencias, dando con ello respuesta a las cuestiones que planteábamos al inicio de este trabajo.

En primer lugar, dentro de la materia «consultas populares», objeto de una creciente atención en el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, puede identificarse, como forma especialmente cualificada de participación de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones públicas, la figura del referéndum consultivo. Su especial importancia obedece a que el referéndum, incluso en esta modalidad mera-

⁵² El Consejo de Estado también lo entiende así, afirmando en su Dictamen nº 1119/2008, de 2 de julio, que «el referéndum, en cuanto modalidad de participación directa en los asuntos públicos, implica el ejercicio de ese derecho fundamental reconocido por el artículo 23.1 CE, por lo que su desarrollo está sujeto a la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 81». E, igualmente, la jurisprudencia ordinaria ha destacado la trascendencia política y, en consecuencia, la implicación del art. 23 CE, que alcanza la celebración de un referéndum, indicando, respecto del específico caso del referéndum consultivo, que supone la participación en «las grandes decisiones o las opciones vitales para una sociedad». STS de 20 de diciembre de 1990, dictada en recurso extraordinario de revisión (RJ 9164; ponente: MENDIZÁBAL ALLENDE) FJ 2.

⁵³ Así lo han reconocido doctrina y jurisprudencia, llegando a señalar respecto al referéndum local de carácter vinculante, que, aun no siendo conforme con nuestro ordenamiento jurídico «esa naturaleza del referéndum nos acercaría al sistema de Democracia directa o de concejo abierto, que se enraíza con el esplendor de la vida municipal en nuestro país». STS de 21 de junio de 1983 (RJ 3616; ponente: MEDINA BALMASEDA), confirmando la Sentencia de la Audiencia de Bilbao de 30 de diciembre de 1980.

mente consultiva y no vinculante, implica un llamamiento a la participación del sujeto político básico, el cuerpo electoral, hecho que determina, a su vez, que su desarrollo en la práctica deba verificarse a través de un proceso en el que se respeten ciertas garantías electorales básicas. El cumplimiento de estas garantías valida y cualifica la expresión de la voluntad popular, concediéndole el más alto valor político.

En segundo lugar, corresponde al Estado la competencia exclusiva sobre la autorización de las consultas populares que se celebren mediante referéndum (art. 149.1.32ª CE). Por lo tanto, cualquier consulta popular celebrada siguiendo las garantías procedimentales indicadas y que, en consecuencia, dé lugar a la manifestación de la opinión del cuerpo electoral, en sentido estricto, sobre una determinada cuestión, constituye un referéndum, que necesita ser autorizado, en todo caso y en cumplimiento de la Constitución, por el Estado. Tal sería el caso, precisamente, de la consulta convocada por la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio.

En tercer lugar, las Comunidades Autónomas pueden asumir amplias competencias en materia de consultas populares, incluyendo las celebradas mediante referéndum. Así lo han hecho expresamente Cataluña, Andalucía y Aragón, aunque en distinto grado, a través de las últimas reformas operadas en sus Estatutos de Autonomía. Ahora bien, tales competencias, a pesar del tenor literal empleado en los arts. 122 EACat, 78 EAAnd y 71.27º EAAra, están lejos de poder constituir competencias exclusivas. En efecto, en la mayor parte de ocasiones la materia «consultas populares» coincidirá (o se confundirá) con las materias «régimen jurídico de las Administraciones públicas» y «procedimiento administrativo común», dando así entrada a títulos competenciales del Estado (art. 149.1.18ª CE), pues el marco normal y general de celebración de las consultas populares será el seno de las Administraciones públicas, como un trámite más de los procedimientos encaminados a la formación de su voluntad.

Asimismo, cuando las consultas populares se celebren por vía de referéndum, y en la medida en que, según interpretación de la doctrina constitucional, este implica un ejercicio del derecho fundamental de los ciudadanos a la participación en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), deberá respetarse la reserva de ley orgánica en el desarrollo de los derechos fundamentales (art. 81 CE). Ello conlleva, implícitamente, y en conexión con el art. 149.1.1ª CE, la atribución al Estado de la competencia necesaria para fijar un marco común general en la regulación de los referéndums (estén previstos o no en la Constitución). Junto a todo ello, por supuesto, debe insistirse finalmente en la competencia exclusiva del Estado para autorizar las consultas populares que se celebren por vía de referéndum (art. 149.1.32ª CE), llave última para abrir (o cerrar) el cofre de las esencias.

V. ADDENDA: LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL PARLAMENTO VASCO 9/2008, DE 27 DE JUNIO, POR LA STC 103/2008, DE 11 DE SEPTIEMBRE

Mediante escrito de 15 de julio de 2008, el Presidente del Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, publicada ese mismo día en el Boletín Oficial del País Vasco. Dicho recurso ha sido estimado por la STC 103/2008, de 11 de septiembre (ponente: Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ), dictada en un tiempo récord de un mes y veintisiete días y adoptada por unanimidad de los magistrados del Tribunal Constitucional⁵⁴.

La sentencia, de conformidad con las causas de impugnación planteadas por el recurso interpuesto, analiza (y confirma) la existencia de tres vicios de inconstitucionalidad: competencial, procedimental y sustantivo. Sólo el primero de ellos afecta directamente a la materia tratada en este artículo, al enjuiciar si el legislador vasco ha invadido las competencias estatales al ignorar la necesidad de autorización de referéndum prevista en el art. 149.1.32^a CE. En consecuencia, nos centraremos en la doctrina constitucional elaborada sobre este punto, omitiendo toda referencia al resto de la sentencia⁵⁵. Por cuanto afecta a las cuestiones aquí tratadas, la doctrina constitucional contenida en la STC 103/2008, de 11 de septiembre puede resumirse en los siguientes puntos:

— En primer lugar, el referéndum es una forma cualificada de participación política, manifestación de la Democracia directa y ejercicio del art. 23.1 CE: «El referéndum es un instrumento de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, esto es, para el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE. No es cauce para la instrumentación de cualquier derecho de participación, sino específicamente para el ejercicio del derecho de participación política (...) Es, por tanto, una forma de democracia directa» (FJ 2^o).

⁵⁴ Esta circunstancia ha sido especialmente bien recibida por los primeros autores que han tenido ocasión de comentar este pronunciamiento. Es el caso de Pedro GONZÁLEZ-TREVIANO, quien señala en el artículo «Una sentencia ejemplar», publicado en el diario *ABC* de 26 de septiembre de 2008, cómo la adopción de la sentencia por unanimidad del Tribunal «es una magnífica noticia. De una parte, porque refuerza sus argumentos, que no son pues los de una mayoría escuálida, sino de unos miembros que comparten parecer en tan relevante materia. De otra, por lo que puede servir de elemento taumatúrgico y novador de una nueva época presidida por la distensión y el concierto en el seno del Tribunal».

⁵⁵ El vicio procedimental se hallaría en el uso torticero del art. 119.3 del Reglamento del Parlamento Vasco, regulador del procedimiento de aprobación de leyes en lectura única, indebidamente empleado para aprobar la Ley 9/2008 (FJ 5^o). El vicio sustantivo o material se encontraría, por su parte, en la violación del art. 168 CE, al suponer la Ley impugnada un proyecto de revisión encubierto de la Constitución que no respetaba los cauces legítimamente establecidos para ello (FJ 4^o).

— En segundo lugar, el referéndum, en tanto que manifestación de la democracia Directa, tiene una cabida limitada en nuestro ordenamiento: «El referéndum es, junto con el instituto de la representación política, uno de los dos cauces de conformación y expresión de la voluntad general. Pero conviene destacar que se trata de un cauce especial o extraordinario, por oposición al ordinario o común de la representación política» (FJ 2º).

«En nuestro sistema de democracia representativa, en el que la voluntad soberana tiene su lugar natural y ordinario de expresión en las Cortes Generales (art. 66.1 CE) y las voluntades autonómicas en los respectivos Parlamentos de las Comunidades Autónomas, los mecanismos de participación directa en los asuntos públicos quedan restringidos (...) Se trata [la nuestra] de una democracia representativa como regla general, complementada con determinados instrumentos de democracia directa, que han de operar, como es lógico y constitucionalmente exigido, no como minusvaloración o sustitución sino como reforzamiento de esa democracia representativa» (FJ 2º).

— En tercer lugar, el referéndum es una consulta popular dirigida al cuerpo electoral: «El referéndum es, por tanto, una especie del género «consulta popular» con la que no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos, sino aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral [expresivo de la voluntad del pueblo (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 10)] conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas» (FJ 2º).

«Para calificar una consulta como referéndum o, más precisamente, para determinar si una consulta popular se verifica «por vía de referéndum» (art. 149.1.32ª CE) y su convocatoria requiere entonces de una autorización reservada al Estado, ha de atenderse a la identidad del sujeto consultado, de manera que siempre que este sea el cuerpo electoral, cuya vía de manifestación propia es la de los distintos procedimientos electorales, con sus correspondientes garantías, estaremos ante una consulta referendaria» (FJ 2º).

— En cuarto lugar, sólo a través de un verdadero proceso electoral puede garantizarse que la voluntad emitida es la del cuerpo electoral: «La manifestación de su voluntad [del cuerpo electoral] (...) a través del referéndum sólo puede verificarse si media la oportuna autorización del Con-

greso de los Diputados (art. 92.2 CE), autorización que, por lo demás, es inexcusable por necesaria para que la voluntad expresada con la consulta sea efectivamente la del cuerpo electoral, órgano que sólo se manifiesta válida y legítimamente a través de un procedimiento con todas las garantías propias de los procesos electorales, entre ellas el concurso del Poder Judicial del Estado, sea en el ejercicio de la jurisdicción contencioso-electoral, sea con la participación de Jueces y Magistrados en la composición de las Juntas Electorales» (FJ 2º).

— En quinto y último lugar, toda consulta popular organizada como un proceso electoral y que, por tanto, se dirija a recabar el parecer del cuerpo político sobre un determinado asunto, es un verdadero referéndum. Tal es el caso de la consulta popular convocada por la Ley vasca 9/2008, cuyo carácter no vinculante es irrelevante: «Con la Ley 9/2008 se llama a consulta sobre un asunto de manifiesta naturaleza política a los «ciudadanos y ciudadanas del País Vasco con derecho de sufragio activo», esto es, al cuerpo electoral de la Comunidad Autónoma del País Vasco (...) el sujeto que de ordinario se manifiesta a través del procedimiento disciplinado por la Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco, llamada por la Disposición Adicional de la Ley recurrida a regir el desarrollo de la consulta en cuestión. Siendo indiscutibles el objeto de la consulta, la voluntad requerida y que esta ha de manifestarse mediante un procedimiento electoral dotado de las garantías propias de los procesos electorales, es claro también, por lo dicho, que la consulta es un referéndum. La circunstancia de que no sea jurídicamente vinculante resulta de todo punto irrelevante, pues es obvio que el referéndum no se define frente a otras consultas populares por el carácter no vinculante de su resultado (...) En conclusión, la Ley recurrida vulnera el art. 149.1.32ª CE» (FJ 3º).

NOTA BIBLIOGRÁFICA

AGUIAR DE LUQUE, Luis, «Referéndum», en J. J. GONZÁLEZ ENCINAR (dir.), *Diccionario del Sistema Político Español*, Akal, Madrid, 1984, págs. 791-798.

BUENO ARMIJO, Antonio, y Manuel A. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, «El *fumus boni iuris* como criterio contrario al solicitante de medidas cautelares. ¿Un traidor entre los aliados? Comentarios a los autos del TSJ de Cataluña, de 16 y 17 de junio de 2006, sobre suspensión cautelarísima del referéndum sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista de Administración Pública*, nº 172 (enero-abril 2007), págs. 227-253.

CHAUTÉBOUT, B., *Droit Constitutionnel et Science politique*, Ed. Armand Colin, París, 1982.

- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «Artículo 71», en Manuel REBOLLO PUIG (dir.) y Manuel IZQUIERDO CARRASCO (coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 1799-1842.
- FONT I LLOVET, Tomás, «El referéndum local en España», *Autonomies*, núms. 2-3, 1985, págs. 123 - 127.
- GOMÁ, Ricard, y Joan FONT, «La Democracia local: un mapa de experiencias participativas», en Joan FONT (dir.), *Ciudadanos y decisiones públicas*, Ariel, Barcelona, 2004, págs. 61-76.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, «Artículo 15.2», en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1987, págs. 419-426.
- LINDE PANIAGUA, Enrique, «Artículo 92», en Óscar ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a las Leyes políticas*, tomo VII, Edersa, Madrid, 1985, págs. 369-403.
- NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen, «Las consultas populares locales», *Revista de Administración pública de Andalucía*, nº 42 (abril - junio de 2001), pág. 427-439.
- PÉREZ SOLA, Nicolás, *La regulación constitucional del referéndum*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 1994.
- POSADA, Adolfo, *La nueva Constitución española*, INAP, Madrid, 2006, traducción de la versión francesa original de 1932 por Antonio BUENO ARMIJO, estudio preliminar de Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA.
- RODRÍGUEZ, Ángel, «Consultas populares», en Francisco BALAGUER CALLEJÓN (dir.), *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, págs. 875-886.
- RODRÍGUEZ ZAPATERO, José Luis, «El referéndum consultivo del artículo 92 de la Constitución española de 1978: un análisis crítico», *La Ley*, I-1986, págs. 1156-1166.
- SUBIRATS, Joan, «Nuevos mecanismos participativos y Democracia: promesas y amenazas», en Joan FONT (dir.), *Ciudadanos y decisiones públicas*, Ariel, Barcelona, 2004, págs. 33-42.