

LA SUTIL DISTINCIÓN ENTRE CONSULTAR Y REFRENDAR. A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 31 Y 32/2015

Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ

Catedrático de Derecho Constitucional

Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo

nacho@uniovi.es

I. COMENCEMOS POR EL PRINCIPIO

Hay ocasiones en las que la tarea del TC se me antoja de una dificultad conceptual que admite pocas frivolidades. Uno de los casos más recientes ha sido precisamente la pretensión del TC de poder distinguir con precisión cirujana entre un referéndum y una consulta no referendaria. Confieso mis dificultades para lograr discernir una cosa de otra en un sistema constitucional como el español en el que los referéndums del art. 92 CE y todos los restantes que salpican el texto constitucional ayudan poco a establecer las líneas divisorias claras entre la legítima pretensión de las instituciones de saber lo que piensan los ciudadanos sobre asuntos de diverso interés y calado, y cuándo al hacerlo estamos refrendando la voluntad de la ciudadanía¹. Pero conviene empezar por el principio.

Las sentencias del TC objeto de esta nota, las SSTC 31 y 32/2015, traen su causa política de la formalización de las expectativas secesionistas en la Declaración del Parlamento de Cataluña de 23 de enero de 2013, declarada contraria a la CE por la STC 42/2014². Ligada a aquella Declaración, y fracasada la petición formulada por la Generalitat al Congreso de los

¹ Sobre el art. 92 en general véase N. PÉREZ SOLA, «Artículo 92» y «Artículo 149.1.32.^a», en E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dir.), y M. PÉREZ MANZANO e I. BORRAJO INIESTA (eds.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Madrid, Kluwer, 2008, pp. 1551 y ss., y pp. 2468 y ss., respectivamente.

² Sobre esta Sentencia y los hechos que la originaron véase, por todos, E. FOSSAS ESPAÑAHLER, «Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 101 (2014), pp. 273 y ss.

Diputados para que, mediante ley de transferencia, se le traspasara la competencia para convocar y celebrar referéndums, y así salvar la evidencia de su incompetencia para hacerlo en virtud del juego conjunto de los arts. 92 y 149.1.32 CE que atribuye esa competencia al Estado, la Generalitat optó por promulgar la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana. Al amparo de dicha Ley se expide el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, del presidente de la Generalitat de Cataluña, de convocatoria de la consulta no referendaria sobre el futuro político de Cataluña. El gobierno de la Nación, informado previamente por el Consejo de Estado, recurre ambas normas: la primera mediante un recurso de inconstitucionalidad que desemboca en la STC 31/2015, y el Decreto de Convocatoria lo es mediante el procedimiento del título V LOTC y es el objeto de la STC 32/2015.

II. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE PROCESAL

Una vez publicada la Ley catalana de consultas no referendarias, el gobierno de la Nación anunció la interposición de un recurso de inconstitucionalidad ante el TC. El Consejo de Estado emitió dictamen previo (preceptivo) núm. 964/2014, de 28 de septiembre, en el que ya se apuntan los principales argumentos del recurso. Es el Consejo de Estado el que, apoyado en la doctrina de las SSTC 119/1995 y 103/2008 relativas al alcance del derecho fundamental a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y la diferencia entre referéndum y consultas populares, afirma que el objeto del derecho fundamental contenido en el art. 23.1 CE sólo alcanza a la participación electoral y a la directa a través de las consultas populares previstas en la CE: las distintas modalidades de referéndum establecidas en la CE (arts. 92, 151.1, 151.2.3.^a y 5.^a, 152.2, 167.3 y 168.3), la iniciativa legislativa popular (art. 87.3 CE) y los concejos abiertos (art. 140 CE). Otras formas de participación ciudadana, incluso previstas en la propia CE, como las consultas populares, no gozarían del amparo del derecho fundamental. Para el Consejo de Estado no es ni el carácter político de la cuestión consultada, ni su carácter vinculante, sino, y en línea con los sentado en la STC 103/2008, que «en una se conforma la voluntad general del pueblo (el referéndum), en otra meras voluntades particulares o colectivas». Por ello en el primer caso la consulta debe articularse mediante un «procedimiento electoral» basado en el censo, «gestionado por la Administración electoral y revestido de unas garantías jurisdiccio-

nales específicas, frente a las demás consultas populares no referendarias, que, al no comportar el ejercicio del derecho de sufragio, se articulan a través de “cualesquiera otros procedimientos”». A partir de aquí el Consejo concluirá que lo regulado en la ley catalana es un verdadero referéndum, vulnerando materialmente la CE, por cuanto sólo son posibles los constitucionalmente previstos; y formalmente porque la regulación de los referéndums está reservado a la ley orgánica (art. 92 CE) y su convocatoria es competencia del Estado (art. 149.1.32 CE).

En la misma línea se pronuncia el informe núm. 965/2014, de 28 de septiembre, emitido en relación con la impugnación del decreto de convocatoria de la consulta catalana. En este caso, y dado que el decreto se expide con el objeto de convocar una consulta en la que se preguntaba al «pueblo catalán» sobre si deseaba que Cataluña fuese independiente, el Consejo de Estado extiende su análisis a la constitucionalidad del objeto mismo de la convocatoria, apoyándose tanto en la STC 31/2010 relativa al Estatuto de Cataluña (en la que el TC niega la condición de «pueblo» en términos de soberanía y poder de autodisposición política al catalán, y constriñe la competencia sobre consultas populares del art. 122 CE, en lo que ahora interesa, a las no referendarias) y la interpretación constitucionalmente conforme de su art. 122³, cuanto en la 42/2014 (en la que el TC reitera de nuevo aquellos argumentos y niega, no sin matices, la existencia en el sistema constitucional español de un supuesto «derecho a decidir» la pertenencia o no al Estado de unos de sus territorios)⁴. Para el Consejo de Estado la convocatoria excede el marco competencial de Cataluña, perdiendo, por tanto, la salvaguarda del art. 122 EAC que atribuye competencias para consultas en materias de su competencia, cuestiona la soberanía nacional que la CE en su art. 1.2 atribuye al pueblo español sin acudir a los procedimientos de reforma de su título X, y reitera las mismas tachas

³ «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 art. 149.1.32 de la Constitución». El TC ha salvado la constitucionalidad de este precepto estableciendo que debe interpretarse en los términos del FJ 69 de la STC 31/2010, del que damos cuenta más abajo.

⁴ Sobre ese supuesto «derecho a decidir» (que bien podría tornarse en un «derecho a ser oídos», cosa distinta) y las secesiones de territorios en el marco de un sistema constitucional democrático, consultese por todos B. ALAEZ CORRAL, «Constitucionalizar la secesión para armonizar la legalidad constitucional y el principio democráticos en Estados territorialmente descentralizados como España», *Revista d'estudis autonòmics i federal*s, núm. 22, 2015, pp. 136 y ss.

observadas en el caso de la ley de consultas que contagian al decreto en la medida en que éste se dicta en ejecución y al amparo de dicha ley.

Los recursos del Estado siguen el camino trazado por los informes del Consejo de Estado. En lo procesal, planteando un recurso de inconstitucionalidad contra la ley de consultas y una impugnación del título V LOTC para el caso del decreto de convocatoria, invocando en ambos casos el arts. 161.2 CE, provocando la suspensión automática de la vigencia por al menos cinco meses de ambas normas (ambas providencias de 29 de septiembre de 2014)⁵.

En síntesis, en el primero de los recursos el Estado considera que las denominadas consultas no referendarias de la ley catalana es una regulación «sistemática y completa de un referendo», para lo que la Comunidad Autónoma de Cataluña carece de competencia e infringe la reserva de ley orgánica, sin que dicha normativa encuentre amparo en el art. 122 EAC (en los términos que ha sido interpretado por el TC en su STC 31/2010, FJ 69). El argumento central del recurso contra la ley catalana de consultas es muy simple. El art. 122 EAC atribuye competencia a la CCAA únicamente para regular o convocar consultas populares en las que no se llame al cuerpo electoral de Cataluña a votar sobre alguna cuestión política o jurídica, porque, si no es así, se trataría de un referéndum que sólo puede ser regulado por ley orgánica y convocado o autorizada su convocatoria por el Estado (arts. 92 y 149.1.18 y 32). Por tanto, la ley catalana de consultas infringe la CE porque regula una materia, la consulta a los ciudadanos mediante un referéndum, que, por un lado, constituye el desarrollo del derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos de los ciudadanos (art. 23.1 CE), lo que está reservado a ley orgánica (art. 81.1 CE) que sólo pueden aprobar las Cortes Generales, y además la CE reserva expresamente la regulación de las distintas modalidades de referéndum a una ley orgánica (art. 92.3 CE).

⁵ La elección de estos procedimientos y no el del conflicto positivo de competencias, como pudiera parecer, obedece a un extremo que apuntó el Consejo de Estado en su Informe núm. 965/2014 y es que la impugnación de ambas normas no es trasunto formal de una disputa competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma catalana, ni el Estado pretende con los recursos que se declare su titularidad sobre una competencia determinada. Lo que el Estado pretende es la anulación de ambas normas, sea por motivos competenciales o no competenciales. Además, y así lo apunta el Consejo de Estado y recoge el propio TC en sus SSTC 31 y 32/2015, al esgrimirse tachas materiales y competenciales, y no poder discurrir en los conflictos positivos de competencia las primeras, las vías procesales idóneas, habida cuenta de que en un caso es una norma con rango de ley y en el otro una de rango reglamentario, han sido desde luego las elegidas por el Estado.

En el segundo caso el Estado reitera los argumentos esgrimidos contra la ley ahora para atacar el decreto de convocatoria de la consulta, y además considera que «la convocatoria por el presidente de la Generalitat de un referéndum en el ámbito territorial de Cataluña que tiene como objeto que el pueblo de Cataluña se pronuncie sobre si quiere que Cataluña sea un Estado independiente es una cuestión que afecta directamente a la unidad de la Nación española y vulnera los arts. 1.2, 2 y 9.1 CE», y por ello también el art. 168 CE porque lo convocado es en realidad un referéndum de reforma constitucional (STC 32/2015, FJ 1.º).

El argumento de la Generalitat y el Parlament catalanes es también simple: dado que carezco de competencias para convocar un referéndum sobre la independencia de Cataluña y el Estado ha rechazado ceder esa competencia, lo que pretendo es consultar sin más al pueblo catalán sobre este particular al amparo de mi competencia del art. 122 EAC. A su juicio, el objeto de la ley catalana y la convocatoria de la consulta hecha por el decreto impugnado no constituye una expresión del ejercicio del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos del art. 23.1 CE, sino un mecanismo de promoción de la participación de las personas en el ámbito territorial de la CCAA catalana (arts. 9.2 CE y 29.1 y 6, 43 y 122 EAC) con el propósito de pulsar su opinión acerca de una cuestión política como la de su parecer sobre la posible secesión de Cataluña del Estado español. Por otro lado, siguen diciendo en su contestación a los recursos, lo regulado por la ley y a quién y cómo se llama a consultas no es ni el cuerpo electoral de Cataluña, ni se instrumenta el proceso de consulta cómo y con los medios propios de un proceso electoral, además de que el resultado de la consulta ni siquiera es vinculante. Incluso en relación con el decreto de convocatoria sostienen que la STC 42/2014 le ofrecería «un claro apoyo» pues, a su juicio, «el Tribunal, al apreciar que las referencias al “derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña” contenidas en la Resolución 5/X no son inconstitucionales si se respetan las condiciones que esa Sentencia establece, está admitiendo la posibilidad de una consulta sobre el futuro político de Cataluña siempre que no se plantee unilateralmente como un “referéndum de autodeterminación” y que la consulta no ignore que la concreción efectiva del derecho a decidir debe realizarse siempre en el marco de los procedimientos de reforma constitucional; exigencias que, según se afirma, respecta el Decreto 129/2014».

Así las cosas, el meollo de fondo de la controversia está en la distinción material e identificación de en qué casos se está ante un referéndum, espe-

cie dentro del género consulta popular, y cuándo ante una mera consulta no referendaria. Para el Estado, Cataluña ha regulado y convocado un referéndum contrario a la CE porque ni tiene competencia para hacerlo, ni puede pretender reformar la CE al margen de sus procedimientos reglados en su título X. Y lo ha hecho porque, más allá de nominalismos y apariencias, llama al cuerpo electoral catalán a pronunciarse sobre una cuestión política de alcance nacional y no sólo catalán, y la articula como un proceso similar al electoral que se emplea para los referéndums en los términos de su Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de sus distintas modalidades. Obviamente, para Cataluña no es así.

III. CONSULTAR NO ES REFRENDAR. LAS STC 31 Y 32/20015

Es obvio que la cuestión que debe resolver el TC en ambos recursos es cuándo consultar es un referéndum. Cuestión, como veremos, nada fácil en la medida en que distinguir cuándo se «opina» (consulta) o se «vota» (referéndum) es de una sutileza casi escolástica. Pero sobre estas cuestiones ya tuvo ocasión de pronunciarse el TC, tanto en la STC 31/2010 cuando enjuició el art. 122 EAC, cuanto en la anterior STC 103/2008, a la que apelan todos, por cierto, sobre la pretensión del gobierno vasco de consultar sobre el denominado «Plan Ibarretxe».

1. **Algún antecedente a tener en cuenta**

A mi juicio, ha sido el FJ 69 de la STC 31/2010 el lugar donde el TC ha expresado con mayor claridad la diferencia entre consultar y refrendar. Dice así a modo de sumario de su doctrina y justo para responder al alegato del Estado según el cual no cabe distinguir un referéndum de una consulta, por lo que cualquier tipo de llamamiento a la ciudadanía es competencia exclusiva del gobierno de la Nación en los términos de los arts. 92 y 149.1.32 CE (hecha la salvedad de las consultas que pueden convocar y celebrar los ayuntamientos al amparo del art. 71 LBRL):

«Sin embargo, hemos dicho en la STC 103/2008, de 11 de septiembre, que “[e]l referéndum es [...] una especie del género ‘consulta popular’ [...] 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) confor-

mado 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, siempre en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos constituye el objeto del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el art. 23 (así, STC 119/1995, de 17 de julio)» (STC 103/2008, FJ 2.º).

«Caben, pues, consultas populares no referendarias mediante las cuales “se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos” distintos de los que cualifican una consulta como referéndum (STC 103/2008, FJ 2.º) y con los límites materiales a los que también hicimos referencia en la STC 103/2008 (FJ 4.º) respecto de todo tipo de consultas, al margen de la prevista en el art. 168 CE. Las encuestas, audiencias públicas y foros de participación a los que se refiere el art. 122 EAC tienen perfecto encaje en aquel género que, como especies distintas, comparten con el referéndum. Si a ello se añade que las consultas previstas en el precepto se ciñen expresamente al ámbito de las competencias autonómicas y locales, es evidente que no puede haber afectación alguna del ámbito competencial privativo del Estado. En particular, tampoco del título competencial atribuido por el art. 149.1.18 CE, toda vez que, para el cabal entendimiento del art. 122 EAC, como, por lo demás, para la interpretación de todos los preceptos incluidos en el capítulo II del título IV del Estatuto catalán, es necesario partir de las consideraciones de orden general que, con motivo del enjuiciamiento de los arts. 110, 111 y 112 EAC, hemos desarrollado en los fundamentos jurídicos 59 a 61 y 64 acerca del alcance constitucional que merece la calificación como “exclusivas” de determinadas competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma por el legislador estatutario. La exclusividad del art. 122 EAC ha de serlo, por tanto, sin perjuicio de la competencia estatal relativa a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas».

Conviene añadir, además, que el TC sostiene a renglón seguido de estos párrafos que, si bien el art. 122 EAC resulta constitucional siempre que las consultas a las que se refiere no sean en ningún caso un referéndum, no lo será si a quien se llama a consulta no es al cuerpo electoral por medio del censo ni empleando el sistema «electoral». Aclara también el TC que la salvedad que prevé el art. 122 EAC en relación con el art. 149.1.32 CE no puede «limitarse a la autorización estatal para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, sino que ha de extenderse a la entera disciplina de esa institución, esto es, a su establecimiento y regulación»,

en la medida en que es una materia reservada a ley orgánica (art. 92.3, en relación con el art. 81 CE en tanto el referéndum es una forma de participación amparada por el art. 23.1 CE).

Estas ideas ya estaban razonadas en la STC 103/2008. En esa ocasión, el Estado recurrió la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular con el 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. Dice esta Sentencia en su FJ 2.º, con reiteración de lo ya dicho en la STC 119/1995:

«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 instrumentalización de cualquier derecho de participación, sino específicamente para el ejercicio del derecho de participación política, es decir, de aquella participación “que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo” (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 3.º). Es, por tanto, una forma de democracia directa y no una mera manifestación “del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente”, que lo ha formalizado como “un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos” (arts. 9.2 y 48 CE) o como un verdadero derecho subjetivo (así, por ejemplo, arts. 27.5 y 7, 105 y 125 CE). Las formas de participación no re conducibles a las que se conectan con el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE son “formas de participación que difieren [de aquéllas] no sólo en cuanto a su justificación u origen, sino también respecto de su eficacia jurídica que, por otra parte, dependerá en la mayoría de los casos de lo que disponga el legislador (aunque en su labor configuradora esté sometido a límites como los derivados de la interdicción de la arbitrariedad —art. 9.3 CE— y del derecho de igualdad —art. 14 CE—). No puede aceptarse, sin embargo, que sean manifestaciones del derecho de participación que garantiza el art. 23.1 de la Constitución, pues no sólo se hallan contempladas en preceptos diferentes de la Constitución, sino que tales preceptos obedecen a manifestaciones de una ratio bien distinta: en el art. 23.1 CE se trata de las modalidades —representativa y directa— de lo que en el mundo occidental se conoce por democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general” (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 4.º), en la que no tienen cabida otras formas de participación en las que se articulan voluntades

particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral».

Y seguidamente viene lo decisivo para el caso catalán, cuándo se está ante un referéndum:

«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, siempre en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos constituye el objeto del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el art. 23 (así, STC 119/1995, de 17 de julio). Para calificar una consulta como referéndum o, más precisamente, para determinar si una consulta popular se verifica “por vía de referéndum” (art. 149.1.32 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 éste 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».

«En tanto que instrumento de participación directa en los asuntos públicos, 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».

«Así, la participación directa del cuerpo electoral en el procedimiento legislativo se restringe al ejercicio de una facultad de iniciativa (art. 87.3 CE) sobre cuya suerte deciden con perfecta autonomía, y ajenas a todo mandato imperativo (art. 67.2 CE), las Cortes Generales, del mismo modo que la manifestación de su voluntad respecto de determinados asuntos de trascendencia política a través del referéndum sólo puede verificarse si media la oportuna autorización del Congreso 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. Y dicho concurso sólo es posible, como es connatural a la configuración constitucional del poder judicial y al estatuto de los jueces y magistrados, de acuerdo con la regulación estatal establecida al efecto».

En cierto modo, el resultado de las impugnaciones ya estaba anunciado a la vista de estos antecedentes. Para el TC está claro que es un referéndum todo proceso participativo en el que se llame a los ciudadanos, constituidos en cuerpo electoral, para expresar su opinión mediante el voto. Por ello, para garantizar la fiabilidad del proceso y la libertad e igualdad de todos los llamados a participar en la expresión de su opinión mediante el voto sobre una cuestión política o jurídica de trascendencia, la consulta debe someterse a una serie de garantías procedimentales y organizativas similares a las de los procesos electorales porque, en definitiva, mediante una consulta referendaria se está manifestando la voluntad general de los ciudadanos en ejercicio de la soberanía nacional.

2. La sutil diferencia

La doctrina del TC sentada en las SSTC 119/1995, 103/2008 y 31/2010 ofrece aparentemente instrumentos conceptuales que permitirían identificar en cada caso si se está ante una mera consulta o si se trata de un referéndum. Pero ocurre, así lo creo, que en esas sentencias el TC en realidad no fija los criterios que nos servirían para identificar y distinguir un caso de otro. Lo que ha hecho el TC es decirnos que la participación ciudadana a través de consultas referendarias sólo puede producirse en los casos y en las condiciones constitucionalmente establecidas, y que en la medida en que es una forma de expresión de la voluntad general, ese tipo de consulta debe producirse de un manera determinada y bajo ciertas condiciones. Esto no es un criterio de distinción, sino la expresión de una garantía de producción constitucionalmente adecuada de la expresión de la voluntad general. No es posible distinguir una consulta de un referéndum por sus garantías, porque la exigencia de éstas es consecuencia justamente de la previa identificación del proceso participativo como una consulta referendaria. Precisamente esto es lo que hace el TC, invertir los términos del razonamiento y pretender que la consulta regulada por la ley catalana y convocada por el decreto, ambos impugnados,

son materialmente un referéndum porque tienen su apariencia al articularse e instrumentarse con las garantías procesales y organizativas similares y propias de esa especie de consulta popular. Una cosa es que para que el referéndum sea constitucionalmente lícito deba reunir ciertos elementos de garantía y organización que permite imputar su resultado al pueblo soberano, y otra es que ésta sea la manera de distinguirlo de otro tipo de consultas. Acaso la solución hubiese sido considerar el asunto como una cuestión de grado. Esto es, sólo es referéndum aquella consulta que así está prevista en la CE o se convoca y celebra en los términos de la Ley Orgánica 2/1980, de 28 de enero. Toda consulta que no se celebre de ese modo, no es que sea contraria a la CE, simplemente no es un referéndum a los efectos del art. 92 CE. Y si esa consulta la celebra una CCAA, podrá exigírsela que lo haga sólo en las materias que son de su competencia⁶. O dicho de otra manera, si no es un referéndum, el resultado de la consulta es una «opinión» que en modo alguno expresaría la voluntad general de nadie. Sin embargo, no necesariamente estaría prohibida constitucionalmente porque la CE puede establecer condiciones para el ejercicio del «derecho a decidir» y que en efecto su ejercicio exprese una decisión (referéndum), y otra el «derecho a ser oído» en el que no se toma una decisión, sólo se opina (consulta no referendaria)⁷.

Pero volvamos al asunto que nos ocupa.

El TC en la STC 31/2015 apoya todo su elocuente argumento en la doctrina antes reseñada de las SSTC 119/1995, 103/2008 y 31/2010, según

⁶ Esto nos lleva más allá de lo que razonablemente es objeto de estas páginas, pero no se crea que no es relevante lo dicho en el texto, porque si una consulta no es o puede ser un referéndum, por ejemplo, impediría lícitamente a la Administración convocante hacer uso de los censos electorales o de los padrones municipales.

⁷ Modestamente creo que éste puede ser el sentido que cabe darle a las palabras del FJ 3.ºb) de la STC 42/2014 (y en las que profundiza su FJ 4.º) y que, por cierto, cita la STC 31/2010 en su FJ 6.º: «Respecto a las referencias al “derecho a decidir” cabe una interpretación constitucional, puesto que no se proclaman con carácter independiente o directamente vinculadas al principio primero sobre la declaración de soberanía del pueblo de Cataluña, sino que se incluyen en la parte inicial de la Declaración (en directa relación con la iniciación de un “proceso”) y en distintos principios de la Declaración (segundo, tercero, séptimo y noveno, párrafo segundo). Estos principios, como veremos, son adecuados a la Constitución y dan cauce a la interpretación de que el “derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña” no aparece proclamado como una manifestación de un derecho a la autodeterminación no reconocido en la Constitución, o como una atribución de soberanía no reconocida en ella, sino como una aspiración política a la que sólo puede llegar mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional con respecto a los principios de “legitimidad democrática”, “pluralismo” y “legalidad”, expresamente proclamados en la Declaración en estrecha relación con el “derecho a decidir”. Cabe, pues, una interpretación constitucional de las referencias al “derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña”, y así debe hacerse constar en el fallo».

la cual la CE establece y regula un sistema de democracia representativa que es complementada por algunos institutos de democracia directa (iniciativa legislativa popular, referéndums constitucionalmente previstos y concejos abiertos) cuya participación en ellos está amparada por el derecho fundamental a la participación política del art. 23 CE. Fuera de esos casos, la CE prevé otros mecanismos de participación e incluso ordena a los poderes públicos su fomento. Pero se trataría de mecanismos de participación directa de configuración enteramente legal que no son objeto de derecho fundamental alguno. De ello concluye el TC que en la CE la voluntad general de los ciudadanos sólo se expresa constitucionalmente mediante el ejercicio del derecho fundamental a la participación política a través de las elecciones generales, la iniciativa legislativa popular, el concejo abierto y, en lo que aquí importa, mediante el referéndum. En palabras de esta sentencia (FJ 5.º):

«Por esta razón, el referéndum ha de realizarse de acuerdo con los procedimientos y con las garantías que permitan a los consultados expresar su opinión mediante votación, pues sólo mediante el voto puede formarse la voluntad del cuerpo electoral (SSTC 12/2008, de 29 de enero, FJ 10, y 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2.º). Sólo a través del sufragio (y no por medio de otras fórmulas de exteriorización de la opinión, como el ejercicio del derecho de manifestación, la aportación de firmas, sondeos de opinión o encuestas, etc.) puede quedar acreditado que el resultado de la consulta sea la fidedigna expresión de la voluntad del cuerpo electoral, de modo que 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».

Y dice su FJ 6.º:

«Pues, que estamos ante un referéndum cuando el poder público convoca al conjunto de los ciudadanos de un ámbito territorial determinado para que ejerzan el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos emitiendo su opinión, vinculante o no, sobre una determinada cuestión, mediante votación y con las garantías propias de un proceso electoral».

Así pues, otro tipo de consultas (que el TC de forma confusa e innecesaria asocia a la denominada democracia participativa aventurándose en un *excursus* conceptual poco afortunado) no son ejercicio de ese derecho

fundamental, ni son aptas para expresar la voluntad general de los ciudadanos. Por ello, como lo pretendido por la ley catalana y la consulta convocada es formar una voluntad general del pueblo catalán sobre el futuro político de Cataluña, lo que se regula y convoca es en realidad un referéndum, para lo que carece de competencia constitucional y estatutaria. He aquí, a mi juicio, el salto argumental del TC, pues la conclusión de su argumentario debió ser simplemente que lo regulado por la ley catalana y convocado por su decreto de ejecución en ningún caso es el ejercicio de los derechos fundamentales del art. 23.1 CE, ni un instrumento de formación de la voluntad general de un jurídicamente inexistente pueblo de Cataluña. No hacía falta declararlo contrario a la CE porque simplemente la ley y esa consulta son irrelevantes constitucionalmente.

Volvamos a la sentencia. El TC fija también límites a las consultas no referendarias amparadas por el art. 122 EAC (FJ 6.^º y ss.). No podrán versar sobre «cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos» (con cita expresa de la STC 103/2008), que sólo pueden revisarse a través de los procedimiento de reforma constitucional del título X CE. Tampoco pueden versar sobre cuestiones que desborden «el ámbito de las competencias autonómicas y locales, por lo que es evidente que no puede haber afectación alguna del ámbito competencial privativo del Estado» (esta vez la cita literal que entrecilla el TC es de la STC 31/2010). Y tampoco puede vulnerar la competencia del Estado sobre las bases del régimen de las Administraciones Públicas (lo que, aunque no lo diga la sentencia, se refiere a las consultas de ámbito local previstas en el art. 71 LBRL).

El TC, sentado en el FJ 3.^º el suelo sobre el que sustentar su decisión, prosigue identificando en la ley catalana aquellos elementos que permiten en este caso concluir que lo que regula es un llamamiento al cuerpo electoral (aunque lo extienda a los menores de dieciséis años y a los extranjeros empadronados en Cataluña) mediante el uso de los padrones municipales, articulando el proceso consultivo arbitrando procedimientos y órganos similares a los del sistema electoral. Por todo ello el TC concluye que la ley catalana en realidad encubre la regulación de una modalidad de referéndum para lo que carece de competencia infringiendo por ellos los arts. 81, 92 y 149.1.18 y 32 CE. El propio TC advierte que no importa cómo la ley denomine la consulta, porque lo relevante es si posee o no las notas propias de un referéndum, pues «ni un referéndum dejará de serlo tan sólo porque la norma legal que lo prevea le niegue la condición de tal, ni el derecho *ex art.* 23.1 CE a la participación directa en los asuntos públi-

cos perderá su fuerza vinculante porque la ley, de nuevo, niegue haber procedido a su regulación o desarrollo» (FJ 7.^º).

A continuación el TC desciende a los detalles de la regulación legal. En primer lugar se refiere a las consultas sectoriales, que no pueden ser consideradas a su juicio referendarias: «En contraposición al referéndum, las consultas no referendarias recaban la opinión de cualquier colectivo (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 69), por lo que articulan “voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral” (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2.^º)». Para el TC, el legislador autonómico puede regular y convocar consultas sectoriales en la medida en que en ellas se hace el «llamamiento a un sujeto jurídico más restringido que el cuerpo electoral de la colectividad territorial de que se trate». Dicho esto, examina las denominadas en la ley catalana «consultas generales». En primer lugar, considera irrelevante que en ese tipo de consultas se amplié el llamamiento a los menores de dieciséis años y a los extranjeros residentes no comunitarios, porque en todo caso este tipo de consultas llaman al cuerpo electoral catalán a pronunciarse y el resultado de su pronunciamiento es imputable a la ciudadanía catalana (FJ 8.^º)⁸. En segundo lugar, la ley catalana regula un procedimiento electoral para la expresión de la voluntad general de los ciudadanos catalanes mediante este tipo de consultas (*ibid.*): «Toda esta regulación pormenorizada viene a configurar así un procedimiento que tiene la naturaleza de electoral en la medida en que a través del mismo se canaliza el ejercicio del derecho al sufragio activo de las personas convocadas mediante la emisión del voto. Lo relevante, pues, no es que el procedimiento y las garantías no sean idénticos a los previstos en la legislación electoral estatal, sino que comporten un grado de formalización de la opinión de la ciudadanía materialmente electoral». El TC tiene especial empeño en que los nombres y denominaciones no confundan el debate constitucional incurriendo en un nominalismo tras el que esconder infracciones constitucionales:

«La STC 103/2008, de 11 de septiembre, identificó la noción de referéndum por referencia al cuerpo y al procedimiento electoral, esto es, al censo, a la Administración electoral y a unas “garantías jurisdiccionales

⁸ No está exenta de interés la reflexión que en este extremo hace el TC porque apunta claramente a una apertura de la condición política de ciudadano de una Comunidad Autónoma, la cual podrá fijar su estatuto de autonomía en los términos tan amplios como parece admitir implícitamente el TC en sus palabras y que desbordarían la habitual que suma nacionalidad y vecindad administrativa.

específicas” (FJ 2.º). Pero no se colige de ello que la eventual desfiguración legislativa de lo dispuesto en la LOREG impidiera reconocer que una determinada consulta o tipo de consulta tuviera, conforme a su naturaleza intrínseca, la condición efectiva de referéndum, por irregular que su ordenación legal pudiera ser. La acomodación a la legislación electoral general es condición, como la propia sentencia dijo, de que la voluntad del cuerpo electoral pudiera estimarse “válida y legítimamente” manifestada (FJ 2.º). Pero dicha acomodación no puede ser, sin contradicción con el sentido del art. 149.1.32 CE, condición para la identificación de una consulta como referendaria» (FJ 8.º).

De ahí que el TC considere como un auténtico censo electoral el «registro de participación en consultas populares no referendarias» (art. 6 de la ley catalana), de la misma manera que es un procedimiento materialmente electoral el diseñado y reglado en el «procedimiento de las consultas populares no referendarias» (arts. 10 a 29), en las «reglas especiales para las consultas populares no referendarias de iniciativa ciudadana» (arts. 30 a 39), y en la erección de una «organización administrativa de carácter electoral conformada por la comisión de control, las comisiones de seguimiento y las mesas de consulta electorales» (arts. 13 a 20). Incluso la falta de unas garantías electorales y judiciales específicas no impide considerar este tipo de consultas como referendarias, porque en todo caso los actos y resoluciones dictadas en su transcurso están sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativo. El TC concluye entonces: «En definitiva, la ley analizada entra a regular con otro nombre los institutos jurídicos que califican a la consulta popular como referendaria» (FJ 8.º). Y añade para finalizar:

«De cuanto acaba de exponerse se alcanza la conclusión de que la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre, regula —bajo la denominación de “consultas generales”— una verdadera consulta referendaria, articulada como llamamiento al cuerpo electoral a través del voto. Con ello, el legislador autonómico ha ignorado las consecuencias que se derivan de los arts. 23.1 y 149.1.1 CE en relación con el art. 81.1 CE (regulación por ley orgánica del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos), del 92.3 CE (regulación por ley orgánica de las condiciones y procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución) y del 149.1.32 CE, que atribuye al Estado una competencia exclusiva que, como ya hemos repetido, no se limita a la autorización estatal para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, sino que “se extiende a la entera disciplina de esa institución,

esto es, a su establecimiento y regulación” (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 69)» (FJ 9.^o)⁹.

Resolver la impugnación del decreto de convocatoria con este antecedente era sencillo. Así lo expresa la STC 32/2015 en su FJ 3:^o

«En efecto, el decreto impugnado, al llamar a participar a los mayores de dieciséis años que tengan la condición política de catalanes y a los extranjeros que sean también mayores de dieciséis años y cumplan los requisitos establecidos en su art. 4.*b*) y *c*), para que mediante el sufragio y a través del procedimiento y garantías establecidos en la Ley 10/2014 y en el propio decreto —normas que establecen un procedimiento y unas garantías de carácter electoral— expresen su opinión sobre la cuestión sometida a su consideración, está convocando una consulta referendaria y, por tanto, incurre, como se ha adelantado, en las mismas infracciones constitucionales en las que incurre la Ley 10/2014, de la que es aplicación, al regular las consultas generales».

«El Decreto 129/2014, al convocar una consulta al amparo de lo establecido en la Ley 10/2014 y, en desarrollo de esta ley, establecer la regulación específica por la que se rige la consulta convocada, vulnera las competencias del Estado en materia de referéndum, al haber convocado un referéndum sin la preceptiva autorización estatal, como exige el art. 149.1.32 CE, y sin seguir los procedimientos y garantías constitucionalmente exigidos, que, como declara este Tribunal en la Sentencia 31/2015, de esta misma fecha, sólo pueden ser aquellos establecidos por el legislador estatal, que es a quien la Constitución ha encomendado regular el proceso y las garantías electorales (art. 149.1.1 CE en relación con los arts. 23.1, 81.1, 92.3 y 149.1.32 CE)».

Podría sostenerse que para poder hablar de refrendo, y no sólo consulta, en rigor debería tratarse de una consulta (pues un referéndum no

⁹ El TC también resuelve la impugnación relativa a las normas de la Ley catalana sobre las consultas de ámbito local (FJ 10): «En relación con las consultas sectoriales que se suscitan en un ámbito local, debemos reiterar que en la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 69, consideramos que la exclusividad de la competencia atribuida en el art. 122 EAC había de serlo sin perjuicio de la competencia estatal sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Pùblicas (art. 149.1.18 CE). Reconocido, pues, que el legislador estatal puede regular los aspectos básicos de las consultas sectoriales de ámbito local aplicando el título competencial que le proporciona el art. 149.1.18 CE, sin embargo el Estado, como hemos señalado, no ha ejercido esta competencia en el art. 71 LBRL invocado por la Abogacía del Estado. Por tanto, respecto de las consultas sectoriales de ámbito local no cabe apreciar, en el ámbito de la presente impugnación, su inconstitucionalidad por infracción del art. 149.1.18 CE».

deja de ser una especie dentro del género de la consulta) que procesalmente debe estar ubicada en el punto final de un proceso de toma de decisiones, política o jurídica, y cuyo resultado debe ser vinculante¹⁰. Esa condición de elemento esencial del proceso, sin cuya concurrencia la decisión no es válida, impone que el sistema regula con rigor las condiciones en las que debe producirse y verificarse esa participación directa del ciudadano en los procesos de toma de decisiones. Y por ello se entiende que esa participación se articule como la emisión de un «voto», no de una «opinión», que condiciona la toma de la decisión. Y como tal voto, el modo de producirse se sujetó a las mismas reglas «electorales» si se hubiese producido en un proceso electoral (delimitación del sujeto llamado a participar mediante el censo electoral, articulación del proceso refrendario empleando los mismos cauces y órganos que el electoral, y control y garantía jurisdiccional de la regularidad del proceso en su conjunto). Así sería fácil distinguirlo de una simple consulta popular porque allá donde falte una de esas condiciones ya no cabe hablar propiamente de un referéndum del art. 92 CE. El problema es que nuestro sistema constitucional no lo hace tan fácil, porque los hay vinculantes y no vinculantes, al inicio de un proceso y al final, aunque es cierto que la LO ha optado por reglarlo como un proceso electoral, pero nada hay en la CE que así lo exija.

IV. LA EXTRAÑA Y SUTIL DIFERENCIA ENTRE UNA CONSULTA Y UN REFERÉNDUM

No es mi intención realizar un análisis crítico de ambas sentencias, pues no es el objeto de esta nota. Pero no me resisto en apuntar unas ideas ligadas a la lectura de estas dos resoluciones. Lo hago no sin antes insistir en el arduo trabajo que se ha tomado el TC en razonar una distinción de grado tan difícil como la existente entre el género de las consultas populares y la especie de los referéndums. Ya hemos visto que el TC

¹⁰ Soy sobradamente conocedor de la diferencia que debe establecerse entre una consulta relativa a un asunto de interés político, más conocida técnicamente como plebiscito, y la referida a la aprobación de una norma (referéndum en sentido propio). Y que en la definición de un tipo u otro de consulta no es relevante si la decisión vincula o no. Ahora bien, interesa menos este debate [por todos, P. REQUEJO RODRÍGUEZ, «El referéndum consultivo en España: reflexiones críticas y algunas propuestas de futuro», *Estudios Deusto*, núm. 62/1 (2014), pp. 261 y ss.] para lo que deseo contarles, donde busco establecer una diferencia tajante (cierto que en buena medida imposible, porque siempre es de grado) entre una mera consulta y un refrendo.

se empeña en afirmar que hay referéndum siempre que la consulta consista en un llamamiento al «pueblo» para que exprese su voluntad «general» sobre un asunto, lo que hará acudiendo al sistema electoral por cuanto éste ofrece las garantías indispensables para asegurar la regularidad del proceso. El problema de esta afirmación es que, en último término, el TC alejará toda clase de debates nominalistas, y lo hace con razón, pero en último término concluir si una consulta es referéndum o no es cuestión interpretativa (si a quien se llama es el «pueblo» en su manifestación como cuerpo electoral, si lo que se expresa es la «voluntad general» de ese pueblo y si el sistema que articula el proceso de expresión de esa voluntad es el electoral o similar). Además, y como he señalado más arriba, el TC utiliza los elementos que debe poseer una consulta para ser referéndum, esto es, para considerar que la «opinión» expresada en la consulta pueda ser tomada por la «voluntad general» de los ciudadanos, como criterios para distinguirlo de otras consultas, cuando en realidad lo son para dotar a la consulta de ciertos efectos y valor jurídicos.

Considero innecesariamente dificultoso también el empeño del TC en no considerar las consultas no referendarias como expresión del derecho a la participación política del art. 23 CE, sino de lo que el TC denomina «democracia participativa», concepto propio de la politología, pero ignoto para nuestro sistema constitucional. Y desde el luego, me resulta difícil concluir que el contenido del derecho del art. 23 CE deje fuera de su objeto procesos propios de esa «democracia participativa», que jurídicamente no tendría reparo alguno de ubicar en el terreno de los procesos de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos.

A mi juicio, el caso debió resolverse con sendas desestimaciones de ambos recursos porque el art. 122 EAC permite a la Comunidad Autónoma catalana regular consultas populares, generales o sectoriales. Otra cosa es que a esas consultas se les dé el valor jurídico de referéndum, o puedan servirse de los instrumentos y potestades propias de ese instituto. Pero no por ello la ley o el decreto sean inconstitucionales. Pero supongo que el TC lo ha visto desde otra perspectiva.