

COMENTARI A LA SENTÈNCIA SOBRE L'ESTATUT. COMPETÈNCIA EN MATÈRIA DE CONSULTES POPULARS (ART. 122)

Esther Martín Núñez*

L'article 122 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC) reconeix a la Generalitat la competència exclusiva per a establir el règim jurídic, les modalitats, el procediment, l'acompliment i la convocatòria per la mateixa Generalitat o pels ens locals, en l'àmbit de llurs competències, d'enquestes, audiències públiques, formes de participació i qualsevol altre instrument de consultes populars, salvant el que disposa l'article 149.1.32 de la Constitució espanyola (CE).

La STC 31/2010, de 20 de juny, avala al seu fonament jurídic 69, la constitucionalitat del precepte estatutari, però amb una interpretació marcadament restrictiva, atès que l'excepció que s'hi estableix no s'acota exclusivament a l'autorització de la convocatòria, sinó que s'estén a la institució del referèndum «*en su integridad*». Això porta a un buidament de contingut del precepte. El Tribunal adverteix que el referèndum és un tipus de consulta popular en la qual llur autorització, establiment i regulació correspon únicament a l'Estat, mentre que el règim jurídic, les modalitats, el procediment, la realització i la convocatòria de les consultes en les quals es demana l'opinió de qualsevol col·lectiu sobre qualsevol assumpte d'interès públic, és competència de la Generalitat. D'aquesta manera, nega en la competència autonòmica la possible inclusió del referèndum com a instrument de consulta popular, exclusió que es justifica, a més, en la inadequació de l'Estatut com a seu normativa adequada per establir regulacions reservades a les lleis orgàniques. Així, reproduint la STC 103/2008 se'n diu que «*la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, es la llamada por el art. 92.3 CE para regular las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución, siendo además la única ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de otra reserva, añadida a la competencial del art. 149.1.32 CE: la genérica del art. 81 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales, en este caso el derecho de participación política reconocido por el art. 23 CE*» (FJ 3).

* Esther Martín Núñez, professora titular de dret constitucional de la Universitat de Barcelona. Aquest comentari s'insereix en les activitats del projecte de recerca «Estado autonómico y democracia: los derechos de participación en los estatutos de autonomía» (MCI, DER 2009-12921).

Aquesta interpretació conforme que realitza la STC del precepte impugnats ens porta a realitzar una sèrie de consideracions respecte a tres qüestions: 1. la dimensió institucional del referèndum, 2. la competència de la Generalitat per regular el referèndum i l'autorització de l'Estat per a la seva convocatòria, i 3. els límits derivats de la reserva de llei orgànica.

1. La dimensió institucional del referèndum

El mateix concepte d'autonomia que deriva de la Constitució comporta la capacitat de les comunitats autònomes per configurar les seves pròpies institucions, aspecte essencial que ha de ser previst als respectius estatuts (art. 147.2.c CE) i que ha configurat el sistema autonòmic des dels seus inicis. La potestat d'autoorganització de les comunitats és una cosa que no ofereix dubtes i que permet no només la configuració particular que pugui tenir el Parlament o el Govern, com preveu expressament l'article 152 CE, sinó que també permet crear, organitzar i regular les institucions autònomes pròpies que canalitzen l'acció política de la comunitat autònoma, en moltes ocasions amb una configuració paral·lela a l'estatal (Defensor del Poble, Tribunal de Comptes, etc.) i avalades per la doctrina del Tribunal Constitucional.¹ El referèndum com a instrument de participació política directa dels ciutadans –que implica l'exercici d'un dret fonamental– té també una dimensió institucional, que d'acord amb la forma de govern basada en una democràcia representativa dissenyada per la Constitució per a les comunitats autònomes (art. 152 CE) i reiterada per l'EAC, opera de manera complementària al funcionament ordinari de les institucions representatives. És en aquest sentit, i en el marc de l'article 152.1 CE –que determina les institucions bàsiques de les comunitats autònomes–, que les consultes per via de referèndum poden integrar-se també en l'àmbit de l'autonomia institucional que habilita la Generalitat per a l'organització de les seves institucions d'autogovern.

1. Així, en la STC 247/2007 s'afirma que «...los Estatutos [...] pueden incluir con normalidad en su contenido, no sólo las determinaciones expresamente previstas en el texto constitucional [...] sino también otras cuestiones [...] relativas a las funciones de los poderes e instituciones autonómicas, tanto en su dimensión material como organizativa, y a las relaciones de dichos poderes e instituciones con los restantes poderes públicos estatales y autonómicos, de un lado, y con los ciudadanos de otro» (FJ 12).

2. La competència de la Generalitat per regular el referèndum i l'autorització de l'Estat per a la seva convocatòria

L'article 122 EAC atribueix a la Generalitat la competència per regular i realitzar les diverses formes de participació dels ciutadans en les decisions que les institucions adoptin en l'àmbit de les seves competències, i ho fa d'una manera summament àmplia, ja que, d'una banda, enumera diferents mitjans que poden servir a aquest objectiu –enquestes, audiències públiques, fòrums de participació– en una llista de caràcter obert i, per una altra, comprèn totes les funcions i potestats que es poden actuar (règim jurídic, modalitats, procediments, realització, convocatòria). Certament en el precepte estatutari no s'esmenta expressament el referèndum, però la puntualització que fa en dir que les esmentades potestats poden realitzar-se salvant el que disposa l'article 149.1.32 CE, que atribueix a l'Estat la competència exclusiva en «l'autorització per a la convocatòria de consultes populars per via de referèndum», semblava indicar que l'àmbit material de la competència autonòmica incorporava el referèndum en el sentit constitucional, és a dir, com una espècie del gènere *consulta popular*, tal com havia estat configurat pel Tribunal. Certament la tècnica de distribució que utilitza el precepte constitucional no es correspon amb les categories generals que regeixen la divisió de competències i que pivoten, en general, sobre els conceptes de legislació i execució, sinó que opera com a mecanisme de garantia de la unitat política, perquè permet que les comunitats autònomes despleguin totes les seves potestats legislatives i executives, però reservant la decisió última de realització del referèndum a l'autorització de l'Estat.

La STC 31/2010 nega aquesta interpretació i fonamenta la seva argumentació sobre l'exclusió del referèndum com a matèria que pugui ser assumida estatutàriament en la doctrina establerta a la STC 103/2008 (de fet no hi ha cap altra jurisprudència citada en aquest fonament jurídic). Tanmateix en fa una cita molt selectiva. Efectivament, en aquesta Sentència podem llegir que *«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 sea éste el cuerpo electoral, cuya vía de manifestación propia es la de los distintos procedimientos electorales, con sus correspondientes garantías»*. Així mateix, la recent Sentència sobre l'Estatut català estableix una limitació addicional: la competència estatal no es limita a l'autorització de la convocatòria de consultes populars

per via de referèndum, sinó que s'estén «a la entera disciplina de esta institución, esto es, a su establecimiento y regulación».

És cert que la interpretació de l'article 122 podia ser efectuada des d'una posició maximalista o minimalista, seguint, precisament, la pròpia doctrina constitucional establerta a la STC 103/2008, segons la qual cal diferenciar entre *consultes populars* i *referèndum*. En primer lloc, la matèria de la competència pot fer referència al gènere *consultes populars* entre les quals s'inclouen les diferents modalitats establertes al mateix precepte estatutari: enquestes, audiències públiques i fòrums de participació –aspectes que no plantegen per al Tribunal cap dubte d'inconstitucionalitat.² Però la clàusula oberta que possibilita regular «qualsevol altre instrument de consulta popular» pot ser entesa en el sentit d'incloure el referèndum, salvant la competència de l'Estat per autoritzar-ne la convocatòria, o en el sentit d'excloure'l deliberadament (interpretació seguida pel TC).³ L'opció estatutària partia d'un pressupòsit jurídic: identificar el referèndum amb les consultes populars que requereixen autorització de l'Estat (art. 149.1.32). El referèndum seria així una *espècie* del gènere consulta popular que manté unes característiques pròpies i diferenciades de les anteriors modalitats: la crida al cos electoral i l'acompliment de determinades garanties jurídiques pròpies de la legislació electoral al llarg del procediment de la consulta. La competència de l'Estat en aquesta matèria quedaria així reservada a l'autorització de la convocatòria de les consultes realitzades a través de referèndum, i permetria que la Generalitat pogués regular-ne la iniciativa i el procediment previ a la convocatòria. Tanmateix, el Tribunal rebutja aquesta lectura del precepte en tant que l'excepció que conté el precepte estatutari «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 esta institución, esto es, su establecimiento y regulación»,⁴ i s'aparta de la seva doctrina anterior (STC 103/2008, FJ 3) en la qual es declarava inconstitucional la Llei del parlament basc 9/2008, entre altres raons, per la manca d'un «*título competencial expreso*».

2. Tanmateix, en relació a aquests tipus de consultes populars que es troben expressament previstes a l'article 122 EAC, la Sentència destaca que s'han de circumscriure a l'àmbit de les competències autonòmiques i locals, per la qual cosa «es evidente que no puede haber afectación alguna del ámbito competencial privativo del Estado».

3. El Tribunal Constitucional destaca que els recurrents parteixen de la idea que no és possible diferenciar, com fa el precepte estatutari entre *consultes populars* i *referèndum*, i recorda la STC 103/2008, en la qual s'assenyala que «el referéndum es [...] una especie del género «consulta popular» [...] cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral».

4. Aquesta interpretació del precepte suposa deixar sense cobertura competencial la Llei 4/2010, de consultes populars per via de referèndum recentment aprovada pel Parlament català, la constitucionalitat de la qual serà resolta pel TC en el recurs interposat pel president del Govern.

3. Els límits derivats de la reserva de llei orgànica

El referèndum és un instrument de participació política directa dels ciutadans que implica l'exercici d'un dret fonamental, el previst a l'article 23.1 de la Constitució i, per tant, el seu desenvolupament legislatiu requereix llei orgànica, segons disposa l'article 81.1 CE. Aquesta reserva de llei s'ha d'analitzar juntament amb la previsió que estableix l'article 92.3 CE, el qual exigeix una llei orgànica per a la regulació de les diverses modalitats de referèndum previstes a la Constitució. Si bé cap d'aquests dos preceptes no suposen l'atribució d'un títol competencial a l'Estat central, l'examen dels límits derivats d'aquestes reserves ha de ser posterior a la delimitació competencial de la matèria referèndum. Per això, el desenvolupament legislatiu sí que vincula les comunitats autònomes, atès que aquest desenvolupament només pot ser efectuat per les Corts Generals (com ha reconegut el Tribunal Constitucional a la Sentència 173/1998, de 23 de juliol, tot assenyalant que «*siendo cierto que la reserva de ley orgànica no supone atribución de título competencial, no lo es menos que, en virtud del art. 81.1 CE, sólo el Estado puede dictar esta forma de leyes en desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas*» (FJ 7). És en aquest sentit que s'ha d'entendre que només serà vinculant per a les comunitats el contingut de la llei orgànica que impliqui un desenvolupament del dret de participació, el qual s'ha de deduir dels principis de la llei, atès que no poden aplicar-se mimèticament tots els requisits materials referits.

En aquesta ocasió el TC considera que l'única norma *constitucionalment adequada* per regular referèndums és la Llei orgànica 2/1980, de regulació de les diverses modalitats de referèndum (LORMR), que és la llei cridada per l'article 92.3 que compleix, a més, amb la reserva de l'article 81 CE per al desenvolupament del dret fonamental de participació. La consideració dels seus preceptes com a normativa bàsica –no formalment, però sí materialment– en matèria de democràcia directa de l'article 23.1 CE (com sembla que ho entén el Consell d'Estat en el Dictamen de 2008 sobre la llei basca de la consulta popular), i d'acord amb les previsions de l'article 149.1.1 CE, comportaria que s'hagués d'aplicar a tots els referèndums com a condicions bàsiques. Tanmateix, la manca de previsió en la LORMR de 1980 dels possibles referèndums autonòmics s'ha d'entendre no pas com una prohibició sempre que existeixi base competencial.⁵ Crec que és en aquest sentit com cal entendre la remissió que fa la dis-

5. De la mateixa manera que la iniciativa legislativa popular és considerada un mecanisme de participació política directa dels ciutadans connectant l'article 23.1 (dret fonamental de participació políti-

posició addicional de la Llei orgànica de 1980, que exclou del seu àmbit d'aplicació les consultes populars que puguin celebrar els ajuntaments salvant, en tot cas, la competència exclusiva de l'Estat per a la seva autorització. La Llei de bases de règim local, sense tenir rang d'orgànica i respectant les competències autònòmiques, regula els referèndums consultius dels ajuntaments per als assumptes de la seva competència i de caràcter municipal.

La competència exclusiva de la Generalitat de l'article 122 avalaria en aquest sentit la possibilitat de regular les consultes populars d'àmbit local respectant la competència estatal establerta a l'article 149.18 CE relativa a les bases del règim jurídic de les administracions públiques i concretada en la Llei 7/1985, de 2 d'abril, de bases de règim local, on es reconeix la possibilitat que les comunitats autònomes hagin assumit competències en matèria de consultes populars.⁶ És en aquest sentit que una reforma de la llei orgànica reguladora del referèndum, que inclogués en la disposició addicional les consultes populars per via de referèndum que puguin celebrar les comunitats autònomes, podria salvar aquesta interpretació restrictiva adoptada per la Sentència.

ca) amb la previsió de l'article 87.3, s'exigeix igualment una llei orgànica per regular aquesta institució, i aquesta exigència constitucional no ha impedit que la major part de comunitats autònomes hagin desenvolupat la iniciativa legislativa popular, algunes seguint de forma pràcticament mimètica la regulació que estableix la llei orgànica a l'article 87.3, altres amb un caràcter innovador, però en cap cas el fet de que es tracti d'un mecanisme de participació política dels ciutadans com a manifestació d'un dret fonamental sotmès a reserva de llei orgànica (com ho és el referèndum) ha impedit la regulació legislativa autònoma.

6. La competència que l'article 122 reconeix a la Generalitat en matèria de consultes populars per als ens locals és una nova competència. En l'anterior Estatut de 1979 les consultes populars *municipals* es trobaven regulades a l'article 10.2. En aquest article s'atribuïa a la Generalitat «el desenvolupament legislatiu del sistema de consultes populars municipals [...] de conformitat amb allò que disposen les Lleis a les quals es refereix l'apartat 3 de l'article 92 i el número 18 de l'apartat 1 de l'article 149 de la Constitució». Per tant, desapareix ara la referència a la llei de referèndum i a la competència compartida de règim jurídic de les administracions públiques. Aquesta supressió és deguda al fet que, en el moment d'aprovació de l'Estatut de 1979, no existia la Llei orgànica reguladora de les diverses modalitats de referèndum, i va ser, posteriorment, la mateixa llei la que va excloure del seu àmbit d'aplicació les consultes municipals.