

La convocatòria d'una consulta popular per via de referèndum:

Possibilitats i escenaris a considerar

26 d'octubre 2012

Antoni Bayona Rocamora

Contingut

1. Consideracions preliminars	2
2. La doctrina del Tribunal Constitucional en matèria de referèndums autonòmics	3
3. Aspectes més rellevants a considerar per a l'aplicació de la Llei catalana 4/2010 de consultes per via de referèndum	7
4. Les possibilitats de convocar un referèndum pel dret de decidir en el marc de la legislació estatal.....	20
5. La legitimitat democràtica i constitucional d'una consulta pel dret a decidir i els seus efectes.	23
6. Els referèndums en el dret internacional. Especial consideració de la doctrina del Consell d'Europa i dels valors en què es fonamenta la Unió Europea	27
7. Consideracions finals (conclusions).....	35

1. Consideracions preliminars

El primer escenari a considerar per a realitzar una consulta sobre el dret de decidir, és la via del *referèndum*. Aquesta és la via formal de participació directa dels ciutadans que entronca amb una cultura jurídica i política comuna de la majoria de països de la Unió Europea i dels més avançats democràticament. També és la fórmula que es considera més idònia en els països democràtics per legitimar els processos d'independència a partir de la voluntat majoritària expressada pels ciutadans (Quebec, Escòcia, Montenegro).

La via del referèndum es caracteritza per a ser un procés de naturalesa *electoral*, que es fonamenta en el cens electoral com a referència participativa i en un procediment i unes garanties pròpies dels processos electorals. Això li dóna una especial força i rellevància com a instrument mitjançant el qual es fa efectiu el *dret de participació política* que reconeixen l'article 23.1 Constitució Espanyola (CE) i l'article 29.1 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya (EAC), en la seva modalitat de participació *directa*. També permet establir una relació directa amb el dret de participació política reconegut en el Pacte Internacional de drets civils i polítics de 1966.

Tanmateix, a diferència d'alguns països que han desenvolupat aquesta fórmula participativa i han incentivat el seu ús, en el nostre cas no es pot deduir del marc constitucional i legal regulador dels referèndums una voluntat clara de potenciar aquest mecanisme, sinó de mantenir com a eix central del sistema democràtic la participació *indirecta o representativa* (es a dir, mitjançant l'elecció de representants polítics).

Això es desprèn sobretot de la Llei orgànica 2/1980, de 18 de gener, reguladora de les diferents modalitats de referèndum (LOR) que es refereix essencialment als previstos a la Constitució, sense desenvolupar altres possibles modalitats, a banda de recordar la necessitat de l'autorització de l'Estat per convocar un referèndum (article 2.2 de la Llei).

La regulació estatal deixa obertes moltes incògnites sobre aquesta fórmula participativa (possibles modalitats de referèndums, titulars de la iniciativa, àmbit territorial de la consulta, competències de les comunitats autònomes, etc.), la qual cosa ha comportat un tractament d'aquesta qüestió en la jurisprudència constitucional molt cautelós i restrictiu pel que fa a la seva utilització fóra dels supòsits en què la Constitució contempla el referèndum com un requisit obligatori (p.e per a la reforma constitucional o els relacionats amb els processos autonòmics) o la modalitat que preveu l'article 92 CE (referèndums

consultius generals sobre decisions d'especial transcendència política realitzats a proposta del president del Govern i autoritzats pel Congrés dels diputats).

Aquestes incògnites, obliguen a tractar i donar una resposta a tres aspectes claus:

- a) La possibilitat mateixa que siguin possibles altres referèndums que els previstos a la Constitució.
- b) La possibilitat de referèndums consultius d'àmbit autonòmic.
- c) La capacitat de la Generalitat per poder regular i convocar consultes referendàries a Catalunya.

La resposta a aquestes qüestions s'ha de despendre del marc constitucional i legal i, sobretot, de la jurisprudència del Tribunal Constitucional que l'ha interpretat. Però també hem de tenir en compte que la Generalitat va aprovar l'any 2010 la *Llei 4/2010, de 7 de març, de consultes populars per via de referèndum*, la qual cosa permet avançar algunes respostes als interrogants plantejats. Tanmateix aquesta llei està pendent d'un recurs d'inconstitucionalitat, la resolució del qual podrà condicionar eventualment la seva aplicació. L'existència d'aquest recurs torna a situar la jurisprudència constitucional en el centre del debat i de l'anàlisi jurídica, amb independència, com és lògic, del debat doctrinal i polític que hi ha sobre aquest tema i que també cal considerar.

2. La doctrina del Tribunal Constitucional en matèria de referèndums autonòmics

Les decisions més importants del Tribunal Constitucional en matèria de referèndums es troben a les STC 103/2008 (sobre el "Pla Ibarretxe") i en la STC 31/2010 (sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya).

2.1. La STC 103/2008 d'11 de setembre, està molt condicionada per la causa del recurs, que va ser la Llei 9/2008, mitjançant la qual el Parlament Basc va autoritzar el Lehendakari a convocar una consulta sobre el final dialogat de la violència i sobre el dret a decidir del poble basc. Val a dir que aquesta llei obviava l'autorització de l'Estat per fer la consulta i que del contingut de la pregunta es podria despendre que els seus efectes no eren merament consultius.

Aquests elements van ser molt determinants d'una sentència contrària a la llei, ja que el Tribunal Constitucional (TC) va considerar que la consulta era un referèndum (naturalesa electoral del procés) i era també evident que s'incomplia el requisit de l'article 149.1.32 CE (autorització de l'Estat)

L'escenari plantejat no era, doncs, el més adequat per a establir una jurisprudència favorable sobre els referèndums en l'àmbit autonòmic i les competències autonòmiques per promoure'ls. I això explica l'establiment d'una doctrina força restrictiva al respecte, encara que no totalment contrària a aquesta possibilitat, com tot seguit veurem:

- La STC destaca la importància que té la democràcia directa (referèndums) com un instrument que, sense substituir la democràcia representativa com a regla general, la *reforça*. Per tant, destaca el *valor participatiu i democràtic* que té el referèndum vinculat directament al dret fonamental de l'article 23.1 CE.
- Situats ja en l'àmbit autonòmic (lleis basca de convocatòria), el TC es planteja la necessitat que hagi d'existir una *competència* sobre la matèria en la mesura que entén que la convocatòria autonòmica d'un referèndum no es pot emparar en potestats "implícites" derivades només del principi democràtic, sens perjudici que s'hagi de complir també el requisit de l'autorització estatal prevista a l'article 149.1.32 CE. Però en aquest punt és important destacar que el TC, després de rebutjar la tesi de les competències implícites al·legada pel País Basc en base al principi general de democràcia representativa i posar en relleu que la convocatòria "*se lleva a cabo sin un titulo competencial expreso*", afirma textualment que: "*solo 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*"

D'aquesta frase es pot deduir que el TC no tanca la porta als referèndums d'àmbit autonòmic i a què els *Estatuts* puguin reconèixer competències en aquesta matèria, tal i com ho fa l'article 122 EAC quan reconeix a la Generalitat la competència per regular *qualsevol instrument de consulta popular, salvant el que disposa l'article 149.1.32 CE*. Però com que aquest precepte constitucional només atribueix a l'Estat la competència per "*autoritzar*" la convocatòria dels referèndums, és possible interpretar que la Generalitat pot promoure'ls i convocar-los en base a l'article 122 EAC, tal i com

ho ha fet la Llei 4/2010, de Consultes Populars per via de referèndum, sens perjudici del requisit final de l'autorització de l'Estat.

Un altre element important a destacar de la sentència és el dels possibles límits materials de la consulta, quan el seu objecte pot entrar en *contradicció* amb la Constitució. El TC sembla que vol excloure “a priori” la possibilitat d'un referèndum en aquest cas perquè el que correspondria seria seguir el procediment de reforma que preveu la Constitució, que ja preveu un referèndum com a *acte final* d'aquest procés.

Ara bé, aquesta possible lectura restrictiva no es pot desvincular del cas concret que jutja el Tribunal en la STC 103/2008 i que ens situa en un escenari en el qual el referèndum es plantejava clarament al marge d'una reforma constitucional. Això fa que el TC vegi en la Llei basca una voluntat de “sortear, eludir o simplement prescindir de esos procedimientos (de reforma)” entrant en el terreny propi d'una “via de fet” per reformar la Constitució “al margen de ella o conseguir su ineficacia práctica”.

Per tant, es pot deduir raonablement que el Tribunal està excloent només com a objecte d'un referèndum una qüestió que implicaria “per se” un resultat contrari a la Constitució *eludint la seva reforma* i això permet entendre que no entraria en aquesta prohibició una consulta sobre una qüestió que pel seu contingut podria comportar la necessitat d'una eventual reforma constitucional, però quan la consulta permet considerar, explícitament o implícitament, que la consecució de l'objectiu, en cas de resposta afirmativa, no exclou el procediment de reforma. D'acord amb aquesta lectura, seria possible com a hipòtesi un referèndum consultiu per conèixer la voluntat dels ciutadans, com a acte previ per legitimar l'inici d'un procés polític de negociació, si aquest no es planteja com alternatiu o excloent d'una reforma constitucional.

Cal afegir que en el cas d'una consulta sobre el *dret a decidir* aquest escenari seria el més lògic, ja que no tindria cap sentit promoure una reforma constitucional (amb dissolució de les Corts inclosa), si abans no s'ha pogut saber si hi ha una majoria social a favor del procés. El principi democràtic justifica també aquest plantejament i permet reforçar la interpretació de la STC 103/2008 que aquí es formula.

2.2. Tot i les cauteles i els límits que contempla la STC 103/2008, la seva doctrina no impedeix de forma clara, tal i com s'acaba de veure, la possibilitat que la Generalitat pugui regular i convocar consultes populars referendàries si té competències estatutàries per

fer-ho (com es desprèn de l'article 122 EAC), en el benentès que respecti la condició de l'autorització de l'Estat d'acord amb l'article 149.1.32 CE.

2.3. Ara bé, aquest escenari relativament favorable als interessos de la Generalitat es pot veure seriosament afectat per la *STC 31/2010*, de 28 de juny, sobre l'Estatut. Aquesta sentència va analitzar la constitucionalitat de l'article 122 EAC i va arribar a la conclusió que el recordatori que aquest article fa en relació al que disposa l'article 149.1.32 CE no es pot limitar només a l'acte d'autorització dels referèndums en sentit estricte, sinó que *inclou el referèndum com institució jurídica, es a dir, també el seu establiment i la seva regulació*. D'aquesta forma el Tribunal sembla que vol excloure els referèndums del marc competencial de l'article 122 EAC.

Com veurem tot seguit, aquesta interpretació constitucional és molt feble perquè l'únic argument que el TC utilitza és que la regulació dels referèndums és matèria pròpia de llei orgànica degut al caràcter electoral que té el procés referendari.

La *STC 31/2010* presenta una feblesa jurídica argumental prou important com per pensar que la seva doctrina podria ser objecte de matisació en la sentència que haurà de resoldre el recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei catalana 4/2010, de consultes populars per via de referèndum. Els punts febles que té la *STC 31/2010* i que permeten albirar un horitzó moderadament optimista sobre aquesta qüestió, si l'anàlisi es fa en termes estrictament jurídics, són els següents:

- La inconsistència de l'argument de la reserva de llei orgànica per a regular els referèndums. Aquest és l'únic argument que utilitza la *STC 31/2010*, el qual xoca frontalment amb la praxis de la legislació electoral, que no ha estat interpretada mai en sentit de regulació exclusiva per l'Estat de *tots els processos electorals*. La tesi de la *STC*, portada a les seves últimes conseqüències, portaria a l'absurd de considerar inconstitucionals les lleis electorals autonòmiques. La doctrina del TC pot valer pels referèndums d'àmbit estatal com a processos electorals generals, als quals afecta la reserva de llei orgànica, però no als que són d'àmbit territorial inferior. Aquest és un argument de pes i molt consistent per rebatre la tesi de la reserva "absoluta" de llei orgànica en matèria de referèndums.
- L'altre argument a considerar és el sentit lògic de l'article 149.1.32 CE . L'article 149 és un precepte de naturalesa "competencial", ja que la seva

finalitat és la de garantir les competències exclusives de l'Estat com a límit de les atribucions de competències que els Estatuts poden fer. Vist des d'aquest angle, sembla obvi que la reserva estatal per *"autoritzar"* la convocatòria de consultes populars per via de referèndum pressuposa dues coses: d'una banda, el reconeixement implícit que es poden reconèixer competències autonòmiques en matèria de referèndum; i de l'altra que la reserva estatal només opera als efectes de l'autorització, sense comprendre, per tant, les competències per a regular els referèndums en l'àmbit autonòmic si així ho reconeix el corresponent Estatut, com és el cas de l'article 122 EAC quan esmenta nominalment diverses modalitats de consulta, però acaba amb una referència final que abasta a *"qualsevol altre instrument de consulta, salvant el que disposa l'article 149.1.32 de la Constitució"*.

En aquesta clàusula genèrica hi caben les consultes referendàries, a excepció de la seva autorització, i aquest ha estat el fonament en base al qual es va dictar la Llei 4/2010 de consultes referendàries.

2.4. Les reflexions anteriors permeten considerar obert aquest debat a l'espera de la sentència que es dicti en el recurs interposat contra la llei catalana de referèndums, que pot recuperar la doctrina de la STC 103/2008 quan deixa oberta la possibilitat que els Estatuts puguin reconèixer competències autonòmiques en matèria de referèndums i considerar que l'article 122 EAC els contempla.

En qualsevol cas, cal tenir present que *l'escenari legal actual és la vigència de la Llei 4/2010*, la qual cosa significa que per iniciativa institucional (Govern i Parlament), municipal o popular *seria legítim i adequat a la legalitat* posar en marxa a Catalunya una consulta popular referendària d'acord amb l'esmentada llei. L'inici d'aquest procés quedaria emparat per aquesta llei vigent, la qual cosa *impediria considerar il·legal l'actuació de la Generalitat*, llevat que el Tribunal Constitucional, a instàncies de l'Estat, tornés a suspendre la vigència de la Llei. Sobre aquest possible risc hi tornarem al final de l'apartat 3.

3. Aspectes més rellevants a considerar per a l'aplicació de la Llei catalana 4/2010 de consultes per via de referèndum

La realització d'una consulta popular sobre el dret a decidir en base a la Llei 4/2010, planteja algunes qüestions a les que cal donar resposta:

- Pot ser objecte de consulta un tema relacionat directament amb el dret a decidir? (3.1)
- Cal entendre que la decisió de l'Estat sobre l'autorització de la consulta és totalment lliure i no està subjecte a cap límit? (3.2 i 3.3)
- Tindria rellevància jurídica en aquest cas el tipus d'iniciativa, entre els diversos que permet la Llei 4/2010, per posar en marxa la consulta? (3.4)

Intentarem donar resposta a aquestes importants qüestions en els apartats que segueixen.

3.1. En relació amb l'objecte de la consulta cal tenir present que la Llei té el seu àmbit de cobertura necessàriament limitat pel contingut de l'article 122 EAC, ja que aquest és el seu fonament estatutari i especifica que la consulta s'ha de referir a *l'àmbit de les competències de la Generalitat*. Aquesta referència implica una limitació evident al possible contingut de la consulta ja que aquest contingut s'ha de situar dins d'aquest "àmbit" competencial.

En una primera aproximació es podria concloure que no és possible una consulta sobre el dret a decidir (Estat propi, secessió), perquè aquesta qüestió queda fóra de les competències estatutàries enteses en sentit estricte, es a dir, referides als diversos títols competencials que contempla l'Estatut. Aquesta és la lectura que va fer el Consell de Garanties Estatutàries en el Dictamen 15/2010, de 6 de juliol, quan va considerar contrari a l'Estatut una iniciativa de consulta ciutadana sobre la independència de la Nació catalana, per entendre que excedia les competències de la Generalitat. Cal destacar també que en base a aquest dictamen la Mesa del Parlament va reconsiderar l'admissió a tràmit inicial de la iniciativa i va declarar-ne la inadmissió (Acord de 13 de juliol de 2010)

Tanmateix, cal observar que l'article 122 EAC parla "*d'àmbit competencial*" i no de competències i que els poders o facultats de la Generalitat reconeguts per l'Estatut poden anar més enllà dels que deriven dels títols relacionats amb les matèries competencials pròpiament dites.

Des d'aquesta perspectiva, és molt important considerar les *funcions de participació* que la Generalitat té reconegudes envers les institucions estatals, que poden concretar-se en l'exercici de *facultats o potestats públiques amb efectes jurídics*. Aquest és el cas, singularment, de la iniciativa legislativa que el Parlament pot exercir davant el Congrés dels Diputats (article 61.b) EAC), iniciativa que inclou també la *reforma* de la Constitució d'acord amb article 166 CE, en relació amb l'article 87.2 també de la CE.

Per tant, si la Generalitat té capacitat per poder iniciar un procés legislatiu d'aquesta naturalesa, es pot deduir que això també forma part del seu àmbit competencial (considerat com a espai de decisió vinculat a una potestat o funció pública), la qual cosa permetria realitzar una consulta sobre el dret de decidir si aquesta consulta es planteja com un instrument per a *conèixer la voluntat dels ciutadans* al respecte, que podria servir per a promoure eventualment un procés de reforma constitucional.

Aquest tipus de pregunta seria compatible amb el marc constitucional perquè no comportaria una ruptura o fet consumat a partir d'una eventual resposta afirmativa, sinó obtenir un *suport social* per iniciar uns processos polítics amb la força de la legitimitat democràtica que suposaria la expressió de la voluntat popular mitjançant el referèndum.

Val a dir que en aquest cas no es faria altra cosa que seguir la via que en dret comparat es considera la més adient per raó de la transcendència que té un procés d'aquestes característiques (Quebec, Escòcia, Montenegro) entenent que només una consulta directa al ciutadà el pot legitimar plenament (o com a mínim, l'intent de realitzar-lo quan la seva materialització depèn d'un altre Govern).

Les raons que s'acaben d'exposar per interpretar en sentit ampli l'objecte de les consultes populars, es reforça si considerem la necessitat d'aplicar i interpretar els instruments de *participació directa* en clau no restrictiva d'acord amb el principi democràtic i amb l'article 9.2 CE i el dret fonamental de participació directa de l'article 23 CE. Cal insistir en el fet que un referèndum "*consultiu*" no pot ser exclòs perquè el seu objecte pugui resultar incompatible amb la legalitat constitucional existent perquè no implica "per se" una reforma d'aquest marc. Una consulta d'aquest tipus s'ha de considerar com un acte plenament constitucional i democràtic.

3.2. Com hem reiterat al llarg d'aquest escrit, si la Generalitat impulsa un procés de consulta d'acord amb la Llei 4/2010, caldria superar l'obstacle que suposa l'*autorització*

del Govern de l'Estat, que l'article 13 de la mateixa Llei i l'article 122 EAC recorden d'acord amb el que preveu l'article 149.1.32 CE.

La doctrina considera majoritàriament aquest acte autoritzatori com un *acte polític*, es a dir, com una decisió *discrecional* que l'Estat pot adoptar utilitzant el criteri de conveniència i d'oportunitat i no només de legalitat. No es tractaria, per tant, d'un acte "degut" en el sentit de considerar que l'autorització és obligatòria quan el procés s'ha desenvolupat d'acord amb la legalitat establerta.

La naturalesa política de l'autorització ha estat també reconeguda pel Tribunal Constitucional quan s'hi ha referit dient que és evident en aquest cas que l'Estat ha de decidir "*con entera libertad*", sobre la conveniència d'atorgar o no l'autorització (ATC 87/2011, de 9 de juny de 2011 mitjançant el qual es va aixecar la suspensió de la Llei 4/2010).

Cal destacar tanmateix, que aquest caràcter marcadament "polític" de l'autorització ha estat matisat pel Tribunal Suprem i pel Consell d'Estat en el cas de les consultes populars d'àmbit municipal, reduint el component polític o de lliure decisió a favor d'un control essencialment "reglat", es a dir, de verificació del compliment de les condicions legals establertes. La importància d'aquesta doctrina, com a tesi reduccionista de la potestat estatal, és menor en el cas del Tribunal Suprem perquè aquest considera que les consultes populars municipals no tenen la condició pròpia de referèndums (STS de 17 de febrer de 2000 i de 23 de setembre de 2008). Però, en canvi, el Consell d'Estat (Dictàmens 943/1994, de 9 de juny de 1994 i 1070/2001 de 21 de juny) no exclou de manera clara i rotunda que les consultes municipals no tinguin la condició de consultes referendàries i, malgrat això, considera que l'acte d'autorització ha de ser considerat com de "*control de legalitat*", que determina per tant el seu resultat en funció de la verificació de l'efectiu compliment dels requisits procedimentals establerts per la Llei i dels requisits materials (competència municipal, caràcter local de la consulta i rellevància per als interessos dels veïns). Pel que fa al caràcter "referendari" de les consultes populars municipals, cal esmentar que aquesta és la naturalesa que els hi reconeix la Llei 4/2010, quan les regula i deroga els preceptes corresponents de la Llei Municipal i de Règim Local de Catalunya i del reglament que fins la nova Llei era el marc normatiu de referència.

Òbviament es fa difícil extrapolar aquesta doctrina restrictiva del poder d'autorització als referèndums d'àmbit autonòmic per la seva dimensió més política, però té el seu

interès com argument per intentar limitar el caràcter absolutament discrecional de la potestat de l'autorització estatal. Tanmateix, en el cas d'una consulta centrada en el *dret a decidir* cal suposar que l'Estat defensarà la plena discrecionalitat de la seva decisió en base a la naturalesa de la pregunta i les implicacions que pot tenir la resposta sobre el conjunt de l'Estat.

Sembla difícil, en qualsevol cas, que els arguments jurídics que s'acaben d'exposar puguin servir per limitar o condicionar la capacitat decisòria de l'Estat en un escenari de consulta d'àmbit més ampli que el municipal i en el qual es plantegi una qüestió tant sensible, d'impacte social general i de transcendència constitucional com pot ser l'expressió d'una voluntat d'autodeterminació i creació d'un Estat propi.

Des del punt de vista del dret "intern" no sembla que hi hagin gaires alternatives. Però això no vol dir que aquest debat s'hagi de tancar aquí. Des d'una perspectiva de dret internacional, el règim jurídic dels referèndums a Espanya presenta unes característiques que el posen en evidència en relació amb declaracions i recomanacions d'organismes internacionals de referència (especialment del Consell d'Europa) i amb la regulació d'altres països del nostre entorn especialment pel que fa al valor i la importància democràtica que s'atribueix als processos referendaris i als paràmetres mínims d'homologació que tots els països haurien de complir.

Com veurem en el darrer apartat d'aquest informe, el Consell d'Europa ha treballat especialment aquesta qüestió i el que cal retenir és que l'existència d'un règim "*d'autorització política*" absolutament discrecional i sense justificació objectiva d'una eventual denegació, no seria compatible amb aquests paràmetres, en la mesura que podria arribar a significar, dit ras i curt, la ineficàcia pràctica del mateix dret fonamental de participació dels ciutadans.

En aquesta mateixa línia és important destacar el posicionament que ha expressat un jurista especialment reconegut a nivell estatal (RUBIO LLORENTE) en el sentit que el principi democràtic *impediria oposar obstacles formals a l'expressió de la voluntat de Catalunya sobre la independència* (en tant que comunitat nacional "territorial"), mitjançant un referèndum.

Tanmateix, cal tenir en compte que l'autorització de l'Estat en una consulta relativa al dret de decidir impulsada des de l'àmbit autonòmic té, en contrapartida un efecte de vinculació política de l'Estat en el resultat de la consulta, cosa que no succeiria si no

existís aquest requisit. En aquest sentit, cal recordar que en el cas del Canadà, la “Clarity Act” no impedeix que una província pugui fer un referèndum sobre la secessió, però imposa, perquè la Federació quedi obligada a negociar, que prèviament s’acordi entre les dues parts els termes de la pregunta a formular i les condicions de majoria de participació i el resultat.

3.3. Malgrat el reconeixement d’un marge ampli de discrecionalitat de l’Estat per decidir sobre l’autorització o no de la consulta, això no significa que aquest marge de decisió quedi exempt totalment de possibles controls jurídics per tres motius bàsics:

- a) Perquè totes les decisions dels poders públics estan sotmeses al principi de legalitat (art.9.1 i 103.1 CE).
- b) Perquè la discrecionalitat de decisió no pot caure mai en “arbitrarietat”, que és un supòsit expressament prohibit per la Constitució (art. 9.3 CE)
- c) Perquè tots els actes del Govern, inclosos els que tenen naturalesa essencialment política, queden sotmesos a control dels tribunals contenciosos administratius pel que fa al compliment de determinats aspectes i principis (art. 2.a) de LJCA).

Per tant, és convenient analitzar quin pot ser aquest marge de control en el cas d’una sol·licitud d’autorització formulada des de Catalunya per convocar i realitzar un referèndum sobre el dret a decidir, fonamentada en la base a la Llei 4/2010.

Des del punt de vista dels control de la decisió estatal, un requisit previ i important és que la sol·licitud d’autorització es faci de manera que es pugui considerar que l’Estat té *l’obligació legal* de respondre.

Aquest supòsit només es pot desprendre, avui per avui, d’una iniciativa basada en la llei catalana 4/2010, de consultes populars per via de referèndum, ja que és la única llei que regula un procediment que pot iniciar la Generalitat i que preveu expressament com a tràmit final, la sol·licitud d’autorització al Govern de l’Estat, que ha de realitzar *formalment* el president de la Generalitat un cop el Parlament ha aprovat la proposta de consulta (article 13 de la Llei).

Un problema previ que es podria plantejar, és que l'Estat no es considerés vinculat jurídicament per una llei autonòmica que ell no ha elaborat. Però aquest argument es pot rebatre amb els contra arguments següents:

- a) El nostre sistema constitucional de distribució de competències i de pluralitat d'ordenaments no permet considerar-los com a compartiments estancs, de manera que si en l'actuació d'un dels poders (estatal o autonòmic) dins el seu àmbit competencial se'n desprèn la necessària col·laboració de l'altre poder, s'ha d'admetre l'existència de la corresponent vinculació jurídica.
- b) En el cas dels referèndums, el fet que l'article 149.1.32 CE atribueixi a l'Estat la competència per autoritzar-los, es perfectament coherent amb que la sol·licitud vingui d'una comunitat autònoma si aquesta té competència per regular les consultes referendàries i promoure la seva iniciativa.
- c) La vinculació jurídica de l'Estat tindria així el seu darrer fonament en l'article 122 EAC, en base al qual s'ha aprovat la llei 4/2010, i també en darrera instància en l'article 29 EAC que reconeix el dret de participació ciutadana i que ha desenvolupat l'esmentada llei.

Pel que fa al marge de control d'una eventual decisió denegatòria del referèndum, cal tenir en compte diversos elements.

En primer lloc sembla clar que la denegació s'ha de considerar com un acte formal del Govern, la qual cosa el situa dins el marc de les decisions impugnables (per la Generalitat i també pels ciutadans que puguin al·legar un dret o interès legítim). En aquest sentit, cal esmentar que hi ha hagut un debat (que encara està obert en l'àmbit doctrinal) sobre si tots els actes que adopta el Govern han de ser considerats com actes impugnables davant els tribunals. La doctrina dels "actes polítics" front als de naturalesa "administrativa", tenint en compte l'especial posició institucional que té el Govern, es troba en la base d'aquesta discussió.

Ara bé, des del punt de vista legal, la llei de la JCA ha resolt aquest problema per la via intermèdia de permetre un control "parcial" dels actes del Govern, sigui quina sigui la naturalesa d'aquests actes. D'acord amb l'article 2 de la LJCA, es permet aquest control

jurisdiccional sempre i quan es fonamenti en la protecció dels *drets fonamentals* o en l'incompliment dels *elements reglats* de l'acte.

En el cas d'una decisió d'autorització o denegació d'un referèndum, és difícil considerar que hi hagin elements reglats que condicionin la decisió en si mateixa, més enllà dels compliment dels requisits formals establerts per la llei. Com recordàvem abans, el mateix Tribunal Constitucional ha entès que aquesta decisió s'ha d'adoptar amb plena llibertat pel Govern de l'Estat, la qual cosa significa que el Govern disposa d'un ampli marge d'apreciació *discrecional*, marge en el qual els tribunals no poden entrar.

Però el debat jurídic no es pot acabar aquí perquè una de les conquestes més importants del nostre dret administratiu ha estat precisament la construcció doctrinal i jurisprudencial de límits a la discrecionalitat de l'Administració per tal de reduir les immunitats del poder. I en aquest punt adquireix especial rellevància el principi constitucional *d'interdicció de l'arbitrarietat* en base al qual la jurisprudència ha aconseguit limitar l'ús de la discrecionalitat de l'Administració en base a l'argument simple, però molt important, que l'exercici de la discrecionalitat no pot significar mai l'adopció de decisions (positives o negatives) que siguin arbitràries. El Tribunal Suprem ha declarat reiteradament que arbitrarietat no és discrecionalitat i que, en realitat es tracta de conceptes antagònics entre si.

El diccionari de la Reial Acadèmia de la llengua defineix arbitrarietat com a acte o forma de procedir contrari "a la justícia, a la raó o a les lleis". Aquesta definició remet a una idea d'exercici del poder pur i dur, d'un poder que no es justifica i que s'afirma sobre si mateix per la seva força o, dit d'altra manera, per la força que té qui l'exerceix sense fer cap esforç addicional de legitimació o justificació que permeti que la decisió sigui acceptada socialment d'acord amb el context i circumstàncies en què s'adopta.

Per aquesta raó, la interdicció de l'arbitrarietat permet un important control de la discrecionalitat, en la mesura que exigeix que les decisions dels poders públics estiguin *justificades*, tinguin una *motivació* suficient que els hi doni fonament, i siguin *proporcionals i coherents* amb els valors jurídics bàsics que articulen el nostre ordenament jurídic.

I des d'aquesta perspectiva no hi ha dubte que tenen especial rellevància el principi *democràtic*, que és un dels fonaments de l'Estat constitucional i el *dret de participació*

política que té la condició de dret constitucional (article 23 CE) i de dret estatutari (article 29 EAC).

Si situem tots aquests elements en un escenari en el qual els ciutadans de Catalunya han donat *suport majoritari i democràtic* en el darrer procés electoral a una consulta pel dret a decidir, a partir d'unes ofertes electorals fonamentades pels partits polítics, sembla raonable que la discrecionalitat de l'Estat per autoritzar o no la consulta no es pot emparar amb una simple posició de poder, sinó que ha de complir amb els paràmetres exigibles perquè la decisió no es pugui considerar arbitrària, tenint en compte que la consulta té un suport democràtic inqüestionable, no és vinculant en quan als seus efectes jurídics i la mateixa consulta es pot connectar amb el contingut del dret fonamental de participació política.

La relació entre la consulta referendària i el dret fonamental de participació política de l'article 23 CE, permet que els tribunals puguin controlar un eventual acte denegatori del Govern, ja que aquest és un dels supòsits que preveu l'article 2 c) de la LJCA.

L'argument procedimental seria que la denegació de l'autorització frustra un procediment de participació política que és el que regula la llei 4/2010 i s'hauria de construir sobre l'arbitrarietat que podria tenir en aquest cas una denegació sense motivació o no justificada, prenent en consideració la concurrència de tots els elements esmentats.

Òbviament, no s'han de perdre de vista en cap moment les dificultats d'èxit que tindria una impugnació d'aquesta naturalesa, sobretot tenint en compte el que s'hi juga i les sensibilitats majoritàries que cal presumir dels integrants dels tribunals (en aquest cas del Tribunal Suprem que seria l'òrgan jurisdiccional competent).

Però des del punt de vista jurídic es pot sostenir que hi ha arguments per intentar-ho, sobretot si l'Estat no respon, no motiva la seva decisió o no valora degudament totes les implicacions que pot tenir una negativa sobre els fonaments bàsics del sistema democràtic i del dret de participació ciutadana.

3.4. Els problemes aplicatius que acabem d'examinar en els dos apartats anteriors, es podrien veure condicionats, pel que fa a la seva solució, per la forma en què es produeixi la "iniciativa" de consulta.

La Llei orgànica 2/1980 de referèndum, només regula la iniciativa institucional en un context legal que es limita a desenvolupar les modalitats de referèndums “obligatoris” d’acord amb la Constitució i els referèndums consultius a què es refereix l’article 92 CE. Pel que fa a altres possibles modalitats, la Llei (article 2.2) només recorda la necessitat d’autorització del Govern, que és la que s’hauria de produir en el cas de l’aplicació de la llei catalana 4/2010. Cal precisar en aquest sentit que el referèndum que preveu aquesta llei no seria un referèndum de “reforma” constitucional, amb la qual cosa no caldria que l’autorització la donés el Congrés dels diputats. En aquest cas estaríem dins el supòsit que preveu l’article 2.2 de la llei de referèndum i l’autorització correspondria al *Govern de l’Estat* (article 13 de la llei 4/2010).

En qualsevol cas, una dada important a destacar és que, malgrat tenir el referèndum una relació directa i estreta amb el dret fonamental de participació política (art. 23 CE), la llei orgànica de referèndums no preveu la possibilitat de referèndums d’iniciativa popular. Aquest és un *dèficit* important que pot tenir la seva explicació en la voluntat de reforçar el sistema de democràcia representativa en l’inici de la democràcia (recordem que la llei de referèndum és de l’any 1980), però que resulta injustificat mantenir per la limitació que suposa de la plenitud que hauria de tenir el dret de participació i el principi democràtic en l’actualitat.

Tanmateix aquesta limitació del marc legal estatal *no es produeix a Catalunya* perquè l’Estatut vigent no només reconeix el dret de participació directa dels ciutadans en els afers públics, sinó que de manera específica estén aquest dret a “*promoure la convocatòria de consultes populars*” en l’àmbit de les competències de la Generalitat i dels ajuntaments (article 29.1 i 6 EAC). Aquest dret s’ha de posar en connexió amb la competència de la Generalitat de l’article 122 EAC i ha quedat recollit en la Llei 4/2010 de consultes populars per via de referèndum. D’acord amb l’article 21 d’aquesta Llei, *els ciutadans de Catalunya poden promoure una consulta popular amb l’acord mínim del 3% de la població*.

En l’escenari concret d’una consulta de caràcter sobiranista és oportú plantejar-se si la *iniciativa popular* (eventualment també la iniciativa municipal) pot ajudar a resoldre els problemes exposats entorn a la possibilitat legal de la consulta mateixa i sobre el poder d’autorització que té l’Estat.

Tot i la possibilitat sempre oberta de la iniciativa institucional (del Govern o del mateix Parlament) la iniciativa legislativa popular podria aportar en aquest cas alguns *avantatges* jurídics que haurien de ser considerats:

- En primer lloc, la seva vinculació amb l'exercici d'un *dret fonamental* la qual cosa li dona un *plus* de protecció jurídica davant possibles actuacions dels poders públics en contra del dret o d'una restricció indeguda. En aquest sentit, no hem d'oblidar que l'Estatut (art. 29.6) és pot considerar com una llei orgànica *que ha precisat i concretat respecte dels ciutadans de Catalunya el dret fonamental de participació de l'article 23 CE*. Hi ha una connexió innegable entre l'article 29 EAC i l'article 23 CE, que permet considerar la iniciativa popular com un desenvolupament d'un dret fonamental constitucional en el sentit que estableix l'article 53 CE i, per tant, amb les garanties especials de protecció que preveu la mateixa Constitució i els Tractats internacionals en matèria de drets fonamentals.
- En segon lloc, la iniciativa legislativa popular també pot ser útil per a condicionar l'exercici de la potestat d'autorització que té el Govern de l'Estat. Sembla evident que aquest poder estatal no es pot exercir de la mateixa forma en el cas d'una iniciativa institucional o d'una iniciativa popular "emparada" en l'exercici d'un dret fonamental. Des del punt de vista polític, un veto a una proposta avalada per un *important nombre de ciutadans* (supòsit que sembla molt factible que en aquest cas es pogués produir, sobretot si el requisit que preveu l'article 21 de l'aval del 3% de la "població", s'entén referit, com seria raonable, a la població amb dret de vot) suposa un cost en termes democràtics molt més gran que en el cas de la iniciativa institucional. La denegació de la consulta no es dirigiria a una institució, sinó directament als ciutadans que l'han promogut.

D'altra banda, en l'escenari de la consulta d'iniciativa popular es podrien utilitzar amb major força i coherència els arguments abans exposats en relació al caràcter i els possibles límits que hauria de tenir el "poder" estatal d'autorització en un marc democràtic. Considerar aquest poder en termes absoluts seria equivalent al reconeixement d'un dret de veto que deixaria en mans de l'Estat l'exercici d'un dret fonamental i que, a més, seria desproporcionat d'acord amb el caràcter consultiu del referèndum i sobretot

si els termes de la consulta no són de “fets consumats” sinó de conèixer la voluntat de la ciutadania i poder endegar a continuació (si el resultat és favorable) un procés de negociació amb l'Estat per assolir aquest objectiu.

Una negativa estatal seria difícil d'acceptar a Catalunya i presumiblement també en l'àmbit de la UE i de la comunitat internacional en general, per la restricció que suposaria del dret de participació i del principi democràtic pels motius següents:

- La convenció general existent que aquest és el procediment *més democràtic i idoni* per constatar l'existència d'una voluntat majoritària i per enfocar la solució del problema (Canadà, Regne Unit).
 - L'existència d'una jurisprudència constitucional que ha assenyalat reiteradament que no hi ha límit materials a la reforma constitucional, la qual cosa no hauria de permetre considerar mai un referèndum “consultiu” com a contrari a la Constitució si aquest pot servir per constatar un suport social per iniciar un eventual procés de negociació i reforma.
 - La contradicció que un poder de “vet” d'aquesta mena podria suposar amb relació a les bones pràctiques sobre referèndum que ha establert el Consell d'Europa i als valors fundacionals de la Unió Europea que tots els seus membres han de respectar (veure apartat 6).
- En tercer lloc, la consulta per iniciativa popular seria més difícil de bloquejar inicialment per l'Estat (hipòtesi amb la qual s'ha de comptar) per raó del seu origen fonamentat en un dret constitucional i estatutari i perquè té un procés previ de perfeccionament (recollida de signatures) abans que la proposta es sotmeti a l'aprovació formal del Parlament, que faria més difícil i costós per l'Estat i pel TC fer aquest pas.

Cal tenir present que el TC va aixecar la suspensió de la vigència de la Llei 4/2010 en una Interlocutòria (87/2011, de 9 de juny) en la que va deixar oberta la porta a una *possible reconsideració* de la suspensió a petició de l'Estat en funció d'un “*cambio de circunstancias*” que ho pugui justificar, expressió amb la qual la Interlocutòria al·ludeix expressament a una consulta sobre “*el dret a decidir*” o el “*pacte fiscal*”. Aquesta es una “amença” que

recau sobre la llei que s'ha de tenir ben present, però que es pot complicar notablement per a l'Estat i per al propi TC per la imatge i els efectes que suposaria des de la perspectiva del capteniment democràtic (o més ben dit, poc democràtic) que mostraria el Govern i el TC en un escenari de consulta per iniciativa popular.

Un problema que planteja la iniciativa popular és la dificultat de controlar en aquest cas "els temps" polítics pel que fa al moment de la consulta i als termes de la pregunta. Aquest és un inconvenient a considerar i aconsellaria establir complicitats entre el poder polític i les entitats cíviques per poder impulsar i organitzar coordinament un procés d'aquestes característiques. Cal tenir present, però, que la iniciativa popular ha de ser aprovada pel Parlament (per majoria absoluta) sense que la llei estableixi un termini concret per aquesta tramitació parlamentària (article 29 de la llei 4/2010). Per tant, això dóna un marge de maniobra polític que s'ha de tenir en compte.

En qualsevol cas, és important remarcar l'existència d'aquesta possibilitat dins el marc que preveu la llei 4/2010, com una opció que s'ofereix com alternativa a la *iniciativa institucional* o com una possibilitat *d'utilització concurrent* amb la iniciativa institucional ja que la llei 4/2010 no exclou expressament aquest supòsit, ni estableix cap criteri per a resoldre una possible duplicitat d'iniciatives. Atès que ha de ser sempre el Parlament el que aprovi la consulta, cal interpretar que serà ell qui hauria de decidir en aquest cas quina iniciativa s'aprova.

Una darrera qüestió que cal comentar sobre l'aplicació de la llei 4/2010, és la intervenció del Consell de Garanties Estatutàries. Tant en el cas de la iniciativa institucional, com en el cas de la iniciativa popular, la llei preveu que una desena part dels diputats o dos grups parlamentaris puguin sol·licitar el dictamen del Consell sobre "l'adequació constitucional i estatutària" a la proposta de consulta (article 16.5; 17.2 i 24.2).

Amb relació a aquest dictamen és important destacar que no és vinculant, ja que aquest caràcter no l'estableix la llei 4/2010, ni tampoc la llei del Consell de Garanties Estatutàries. Cal recordar també que la STC 31/2010 sobre l'Estatut es va pronunciar en contra del caràcter vinculant dels dictàmens del Consell que preveia l'article 76.4 EAC.

Tanmateix, cal tenir present que un dictamen contrari del Consell pot tenir efectes pràctics importants, si més no de cara a l'obtenció de la preceptiva autorització de

l'Estat. Cal suposar que l'Estat utilitzaria el dictamen com un dels arguments principals per a denegar la consulta.

En relació amb aquesta qüestió, l'antecedent que suposa el dictamen 15/2010, de 6 de juliol (que abans ja hem esmentat), no és gens positiu, ja que va fer una lectura restrictiva de l'abast material de les consultes emparades en l'article 122 EAC i en la Llei 4/2010, en el sentit que una pregunta sobre el dret a decidir excediria de l'àmbit de les competències de la Generalitat.

Seria *molt important* que aquesta doctrina fos modificada en el futur a favor d'una interpretació més oberta i flexible, en la línia que s'ha exposat en l'anterior punt 3.1.

4. Les possibilitats de convocar un referèndum pel dret de decidir en el marc de la legislació estatal

4.1. L'aplicació de la Llei 4/2010, de consultes populars per via de referèndum incorpora un risc elevat que la iniciativa d'una consulta sobre el dret a decidir pugui ser avortada pel Tribunal Constitucional mitjançant una nova suspensió de la vigència de la Llei acordada a demanda de l'Estat.

La STC 31/2010 sobre l'Estatut pot ser utilitzada a aquest efecte i també cal recordar que la interlocutòria mitjançant la qual es va aixecar la suspensió de la Llei 4/2010, esmenta la possibilitat de tornar-la a suspendre a partir d'un acte d'aplicació de la Llei i ho fa precisament a propòsit d'una eventual consulta que pogués tenir com a objecte el "*dret a decidir*".

Per aquesta raó, és important explorar altres vies de convocatòria del referèndum, la qual cosa ens situa en el pla de la *legalitat estatal*, mitjançant l'impuls d'una solució legal "ad hoc" o bé a partir del que permet la Llei orgànica 2/1980, reguladora de les diferents modalitats de referèndum.

Òbviament, aquesta via només pot tenir èxit si es produeix una negociació i un acord amb l'Estat. Però hem de recordar que aquest acord també és necessari si s'aplica la Llei catalana 4/2010, ja que el requisit de l'autorització estatal resulta ineludible.

4.2. La Llei orgànica 2/1980, reguladora de les diferents modalitats de referèndum, és una llei dictada en els anys immediatament posteriors a l'aprovació de la Constitució, que no ha tingut fins ara cap modificació significativa.

Com s'ha assenyalat abans, la seva filosofia s'inspira en una visió més aviat restrictiva dels referèndums com a fórmula de participació directa, en benefici del principi de democràcia representativa. Per aquesta raó, la llei es limita essencialment a regular els referèndums previstos expressament a la Constitució, sense desenvolupar altres possibles modalitats i tampoc, per citar un altre aspecte important des del punt de vista democràtic, la iniciativa popular per convocar referèndums.

Tanmateix, malgrat aquesta filosofia, es pot considerar que la llei no exclou la possibilitat de convocar referèndums "*consultius*" d'àmbit territorial inferior a l'estatal (p.e autonòmic), perquè:

- El fet que l'article 92 CE es refereixi als referèndums consultius amb relació a "tots" els ciutadans, es a dir, del cos electoral general, no implica una prohibició, clara i inequívoca de poder convocar altres referèndums consultius d'àmbit territorial inferior.
- La Llei orgànica 2/1980 permet diferenciar entre aquests referèndums consultius generals d'altres possibilitats que poden emparar-se en l'article 2.2 de la Llei, quan es refereix als referèndums que poden ser aprovats pel Govern de l'Estat, a proposta del seu President, quan la seva autorització no estigui reservada al Congrés dels Diputats (com és el cas del referèndum general de l'article 92 CE).

Per tant, amb fonament directe en l'article 2.2 de la Llei orgànica 2/1980, seria possible convocar un referèndum consultiu en l'àmbit de Catalunya.

En l'escenari hipotètic d'una negociació entre l'Estat i Catalunya que permetés arribar a un acord per fer la consulta, aquesta seria una fórmula legítima i legal per fer-la. La negociació podria incloure en aquest cas la pregunta a formular i el calendari. Però no altres elements del procés (participació, garanties, etc.) perquè aquest ja els regula directament la mateixa Llei 2/1980 i la Llei orgànica del règim electoral general. (LOREG).

El problema més importants que tindria aquesta opció és que la convocatòria no la faria la Generalitat, sinó l'Estat, amb tots els problemes que això pot significar en el pla polític.

4.3. Una variable a considerar seria que la negociació amb el Govern de l'Estat no es traduís finalment en la convocatòria per l'Estat del referèndum d'acord amb el que preveu l'article 2.2 de la Llei de referèndum, sinó amb la utilització com a *"instrument"* per a la convocatòria de la consulta d'una llei de l'article 150.2 CE.

D'aquesta forma, una llei orgànica tindria l'efecte d'autoritzar el referèndum i transferir al mateix temps la potestat de la convocatòria a la Generalitat. En aquest cas la utilització de la llei orgànica també deixaria oberta la porta per negociar altres possibles efectes de la consulta, ja que es podrien preveure en aquest marc com a derogacions singulars i específiques de les previsions generals de la llei orgànica de referèndum i de la LOREG.

Com es pot deduir, aquesta fórmula presenta algunes similituds amb el procés seguit per al cas d'Escòcia, tot i que amb les corresponents distàncies formals. Recordem que en el cas d'Escòcia, l'acord assolit amb el Regne Unit defineix les condicions del referèndum i es reconeix una facultat de convocatòria al Govern escocès limitada en el temps mitjançant una addició a la *"Scotland Act"* de 1998.

4.4. Una tercera opció de consulta referendària d'acord amb el marc estatal es la que ha estat esbossada per RUBIO LLORENTE (El País, 8 d'octubre 2012) que consistiria amb la elaboració d'una llei orgànica *"ad hoc"* que regulés i permetés realitzar la convocatòria de consulta pel dret a decidir a Catalunya.

Aquest procés s'iniciaria mitjançant l'aprovació per part del Parlament d'una proposició de llei orgànica a tramitar per les Corts per autoritzar la consulta. La idea de fons seria que en aquest procés parlamentari es pogués *"pactar"* no només la realització de la consulta, sinó també les condicions exigibles per donar-la com a vàlida, especialment pel que fa a la pregunta i als llindars necessaris de participació i de suport.

L'aprovació d'una llei orgànica *"ad hoc"* permetria introduir aquestes variables amb relació a la Llei 2/1980, de Referèndums i a la LOREG (com també hem vist que ho permetria la llei del 150.2 CE a la que ens hem referit en el punt anterior), que no contempen cap condició en aquest sentit. També permetria que la convocatòria de la consulta quedés en mans de la Generalitat.

Si en el cas anterior la fórmula s'acostaria al "model" escocès, en aquest cas el model seria el Quebec, ja que la llei orgànica faria una funció semblant al que al Canadà fa la "Llei de la claredat".

Tanmateix, aquesta fórmula presenta una problemàtica i uns riscos polítics importants per la Generalitat, perquè suposaria entrar en un terreny imprevisible que podria donar lloc a unes condicions que podrien comprometre el resultat de la consulta i acceptar que aquest resultat queda sotmès a unes exigències democràtiques diferents a les ordinàries. Cal tenir present que aquest tipus d'iniciativa legislativa no permet tenir un control sobre el seu resultat final, perquè després del tràmit de presa en consideració, ja no és possible retirar la proposició de llei, si no ho accepta el ple del Congrés (article 129 del Reglament del Congrés). Per tant, llevat d'un *pacte polític sòlid i fiable* abans del tràmit de presa en consideració, el resultat final de la llei no seria segur pel que fa a la seva efectiva aprovació i al seu contingut final de les condicions de la consulta (cosa que encara pot ser més greu).

Per aquestes raons, políticament seria preferible la via d'una negociació *entre Governos* i, si s'assoleix un acord, *fer-lo públic* i formalitzar-lo per la via d'una llei del 150.2 amb garantia que en el tràmit parlamentari no modificarà els termes de l'acord.

5. La legitimitat democràtica i constitucional d'una consulta pel dret a decidir i els seus efectes.

5.1. Una qüestió de fons que planteja un possible referèndum per al "dret a decidir", és si una consulta d'aquesta naturalesa és compatible amb les prescripcions constitucionals sobre la *titularitat de la sobirania nacional* pel conjunt dels ciutadans (art. 1 i 2 CE). D'aquests principis se n'ha deduït una prohibició implícita d'una consulta pel dret a decidir d'una part de ciutadania, com seria el cas d'una consulta popular a Catalunya.

Aquest argument és de naturalesa més política que jurídica i pot ser contestat amb els arguments que tot seguit s'exposen. Per tant, no es podria utilitzar com un obstacle per impedir una consulta promoguda d'acord amb la llei catalana 4/2010 i menys encara d'acord amb la legalitat estatal.

5.2. Un primer aspecte important a considerar és la “normalitat” de la utilització dels referèndums en els Estats integrats per diferents pobles o comunitats nacionals (Estats plurinacionals), en els quals l’acord o el pacte “federal” o “d’autogovern” i les seves possibles modificacions són, per la seva naturalesa, assumptes que són normalment consultats als ciutadans. El factor “territorial” i més encara quan té una base “nacional”, no pot quedar exclòs d’aquests processos de consulta ciutadana per raó de la seva transcendència política i social.

La mateixa Constitució dóna mostres clares de la necessitat i la importància d’aquest procés participatiu en matèria territorial. Només cal recordar que en el cas de Catalunya (com el d’Euskadi i Galícia), es va seguir un procediment especial d’accés a l’autonomia fonamentat en un *fet històric* com era el d’haver plebiscitat els seus ciutadans afirmativament un projecte d’Estatut d’Autonomia en el passat (Disposició transitòria segona de la CE). Alhora, aquest règim especial d’accés a l’autogovern va comportar que l’Estatut de 1979 hagués de ser ratificat per referèndum (article 151.2 CE), la qual cosa ha portat també a què la seva reforma hagi d’incloure també aquest requisit, tal i com ho preveia l’Estatut de 1979 i ho preveu el vigent.

Aquests antecedents constitucionals, juntament amb el caràcter “paccionat” del procediment d’aprovació de l’Estatut, posa en relleu la singularitat d’un model que *dóna lloc al reconeixement de l’autogovern territorial i a les seves futures modificacions mitjançant un sistema de doble pacte o acord*: d’una banda, entre les institucions estatal i catalana (Parlament i Corts Generals) i, de l’altra, del *poble de Catalunya* mitjançant l’expressió de la seva voluntat per referèndum. En aquest sentit es pot afirmar que el poble de Catalunya té reconeguda la condició de “*subjecte polític*” als efectes de les decisions polítiques que poden afectar el marc constitucional i estatutari de l’autogovern.

La consulta a la ciutadania “*territorial*” és una “*praxi*” constitucional innegable quan es tracta de la configuració de l’autogovern (aprovació i reforma de l’Estatut) i això és especialment rellevant per no excloure-la tampoc en altres possibles consultes que no siguin les preceptives. La consulta a la ciutadania per pronunciar-se sobre el futur del “seu” autogovern entra també dins la lògica constitucional com un plus democràtic i de legitimitat per eventuais processos futurs. La “*integritat*” territorial no pot per si mateixa ser un límit a les consultes referendàries, quan aquestes són consultives i no exclouen una hipotètica reforma constitucional.

Cal distingir clarament entre aquestes possibles consultes del referèndum de reforma constitucional que la Constitució contempla i que s'ha de referir al conjunt de la ciutadania. És evident que un procés de reforma constitucional requereix aquest referèndum "general", ja que així ho preveu la Constitució (articles 168 i 167.3 CE). Però això no exclou que es puguin realitzar altres referèndums consultius sobre temes polítics que podrien comportar una eventual reforma constitucional si les institucions (Estat, Generalitat) consideren oportú o necessari conèixer l'opinió prèvia dels ciutadans i la consulta no pretén "a priori" suplantat la reforma o prescindir d'ella.

Sostenir que pel fet que la consulta pugui comportar en el futur una reforma constitucional l'únic referèndum possible és el de la reforma, no té fonament constitucional ni és justificable democràticament. Ni la Constitució ni la llei de referèndums prohibeixen que en aquest cas en pugui fer un referèndum consultiu sobre la qüestió, ni es produeix cap situació incoherent o incompatible amb el marc constitucional.

El referèndum consultiu previ no qüestiona la titularitat de la sobirania del conjunt dels ciutadans, perquè la consulta no està "reformant", en termes estrictament jurídics la Constitució. Per tant en aquest cas ha de tenir *primacia el principi democràtic* perquè es tracta d'un procediment participatiu que no pot estar condicionat perquè, com assenyala reiteradament el Tribunal Constitucional, no hi ha límits "materials" a la reforma constitucional, la qual cosa vol dir que es plenament democràtica i legítima una consulta sobre una qüestió encara que no encaixi amb el marc constitucional. Qüestió diferent seria que el procés de consulta es plantejés com una fórmula "substitutiva" de la reforma, que és el supòsit que el Tribunal Constitucional va contemplar en la STC 103/2008, degut a la forma amb què es va plantejar la pregunta en el conegut com el "pla Ibarretxe", que ja hem tingut ocasió de comentar.

5.3. D'acord amb el que s'acaba d'exposar, s'ha de considerar legítima una consulta sobre el dret de decidir formulada només als ciutadans de Catalunya, ja que és el *col·lectiu cridat a pronunciar-se sobre el seu règim d'autogovern* amb caràcter decisor i és justificable i res exclou que també ho pugui fer amb *caràcter consultiu* respecte al futur d'aquest autogovern, encara que això pugui significar que la consecució de l'objectiu proposat s'hagués de traduir formalment en una hipotètica reforma constitucional. Per poder iniciar aquest procés el que cal saber en primer lloc és si els ciutadans de Catalunya li donen suport.

És també en aquest context on cal recordar que la competència per a realitzar consultes referendàries que l'article 122 EAC reconeix a la Generalitat no es pot considerar limitat només al seu àmbit competencial en sentit estricte, sinó que també inclou aquelles potestats que la Constitució (articles 166 i 87.2) i l'Estatut (article 61.b) li reconeixen per promoure iniciatives legislatives estatals, inclosa la reforma constitucional. Aquest és també un àmbit en el qual la Generalitat pot prendre decisions com a poder públic, amb els efectes jurídics previstos en el Reglament del Congrés i del Senat, i sobre el qual pot considerar oportú obrir un procés previ de consulta.

Si el cos electoral "català" és el que configura i legitima el Parlament amb totes les funcions que li atribueix l'Estatut, inclosa la iniciativa de reforma constitucional, sembla obvi que també pot ser el mateix cos electoral el que de forma directa i mitjançant un referèndum es pot posicionar sobre el mateix objecte, si més no com a garantia d'existència d'un suport ciutadà per a un eventual exercici d'aquesta iniciativa legislativa de reforma.

5.4. Un darrer aspecte a considerar és el valor i efectes que pot tenir un referèndum consultiu, en cas que tingui el suport ciutadà. En aquest sentit, s'ha fet sovint una contraposició entre el valor consultiu respecte del vinculant, la principal conseqüència seria que el primer no produeix efectes jurídics mentre que el segon sí que els tindria. Aquest seria el cas dels referèndums de ratificació que la Constitució preveu com a requisit per donar plena validesa a un acte jurídic emanat d'un òrgan legislatiu com podria ser la reforma constitucional o l'aprovació o reforma dels estatuts.

Davant aquests referèndums "*ex post*" amb efectes jurídics, es situarien els referèndums consultius que tenen una funció diferent perquè es situen en una fase prèvia a la decisió política ("*ex ante*"), tal i com es desprèn de la redacció de l'article 92 CE quan preveu que es sotmetin a referèndum decisions polítiques d'especial transcendència.

La Constitució i la Llei orgànica de referèndums no precisen ni concreten a quines decisions polítiques es refereixen i això permet considerar que poden ser de diversa naturalesa. Però una qüestió que la doctrina s'ha plantejat és si la resposta positiva a un referèndum consultiu no genera una obligació o efecte jurídic que obligui el poder públic que ha convocat la consulta a actuar en el sentit de la proposta. Un sector doctrinal defensa aquesta hipòtesi en base al principi democràtic i a la diferenciació entre referèndums de "ratificació" i "consultius", que no exclouria necessàriament que els dos no siguin jurídicament "vinculants".

Tanmateix, és difícil afirmar que un referèndum “consultiu” produeixi efectes jurídics *sense tenir en compte la naturalesa de la consulta i de les diverses possibilitats d'aplicar o fer realitat la qüestió objecte de la pregunta.*

Tenint en compte la manca d'antecedents en aquesta pràctica participativa, sembla que la interpretació més adequada és la de considerar que el principi democràtic només vincula “políticament” els poders públics per adoptar, en el seu cas, les mesures que consideri adients per donar resposta a la voluntat expressada pels ciutadans.

La llei orgànica 2/1980 no diu res sobre els efectes dels referèndums consultius. En canvi, si que ho fa la llei catalana 4/2010, quan l'article 12 només preveu una obligació política que el Govern comparegui davant el Parlament per “*fixar la seva posició sobre el resultat de la consulta*” en el termini de tres mesos des de l'endemà de la celebració de la consulta. Queda clar que en aquest cas no sembla que la llei consideri que la consulta comporti una obligació jurídica de compliment. Això és important, perquè la tesi dels efectes vinculants podria ser un obstacle important per a justificar la possibilitat d'una consulta pel dret a decidir amb caràcter previ al referèndum de reforma constitucional. Si el referèndum consultiu tingués efectes jurídics vinculants, això seria un argument molt determinant per negar la possibilitat d'aquest referèndum i considerar que quan una consulta pugui afectar la Constitució només hi pot haver el referèndum de ratificació.

D'altra banda, situats en el terreny del valor merament consultiu, cal recordar la importància que en aquest cas pot tenir la participació de l'Estat en el procés de consulta. Com ja hem avançant abans, aquesta és la part positiva de l'autorització en el cas que el procés es faci a partir de la llei catalana 4/2010 o per mitjà de les vies que passen pel marc legal estatal que hem exposat en l'apartat 4.

6. Els referèndums en el dret internacional. Especial consideració de la doctrina del Consell d'Europa i dels valors en què es fonamenta la Unió Europea

6.1. Pot resultar convenient completar l'anàlisi jurídic del marc legal dels referèndums a nivell estatal i a Catalunya amb una referència a la consideració d'aquests processos per

part d'organitzacions internacionals europees, de la UE i també dels tractats internacionals sobre drets civils i polítics.

No hem d'oblidar que les consultes populars constitueixen, en termes de rellevància política i social, un acte d'exercici democràtic i també formen part del contingut del dret de participació política. Això fa convenient tenir una *visió més ampla i de conjunt* d'aquesta qüestió, sobretot perquè aquest context internacional pot influir en la interpretació i aplicació del marc legal intern, especialment en aquells casos en què l'Estat espanyol és membre d'una organització internacional i s'ha compromès, en virtut de l'acte d'adhesió o integració, a aplicar els valors comuns que deriven dels tractats.

6.2. En el marc del dret internacional no es pot trobar cap determinació o regla que reconegui de manera *explícita* el dret de les institucions catalanes o dels seus ciutadans a promoure un referèndum sobre el dret a decidir. Aquest és un aspecte en el qual cal reconèixer un marge de decisió propi dels estats, d'acord amb la seva legislació interna.

Ara bé, això no significa que el dret internacional sigui aliè a aquesta temàtica tant sensible, que entronca directament amb la democràcia i els drets de participació política. I, en aquest sentit, cal destacar que s'ha anat creant progressivament una doctrina sobre la pràctica dels referèndums, que és pot considerar com un "*cabal comú*" en el qual s'haurien d'inspirar les legislacions dels diferents països.

6.3. El *Consell d'Europa* es va crear precisament amb la finalitat de promoure un *patrimoni europeu comú* en diversos camps entre els que destaca especialment la "*salvaguarda i la major efectivitat dels drets i llibertats fonamentals*" (article 1 de l'Estatut del Consell d'Europa de 1949). I entre aquests drets i llibertats, el Consell d'Europa ha dedicat una atenció preferent als de naturalesa *política*, fruit de la qual és l'adopció d'importantes *recomanacions i acords* en matèria de participació política i *referèndums*.

En aquest sentit, cal destacar la *Recomanació 1704/2005* de 29 d'abril, *sobre bones pràctiques de referèndums a Europa*, en la qual el Consell fa diverses declaracions d'especial rellevància als efectes que aquí ens ocupen:

- La consideració del referèndum com un dels instruments que *permet als ciutadans participar a la presa de decisió política*

- El reconeixement a la *contribució essencial de la societat civil organitzada en l'àmbit de la democràcia participativa*.
- La *recomanació* del recurs al referèndum com a mitjà per enfortir la *legitimitat democràtica* de les decisions polítiques, donar més transparència a la presa de decisions i per estimular la participació directa del cos electoral en el procés polític.
- La necessitat de *promocionar* el recurs al referèndum com a mitjà que *reforci el procés democràtic dins els Estats membres del Consell d'Europa*.
- La promoció de *bones pràctiques* en matèria de referèndums, que s'ha traduït en *l'elaboració de principis adreçats als Estats*.
- La convicció que amb aquest *Codi de bones pràctiques* el Consell d'Europa ajudarà als Estats a donar una millor resposta als *desafiaments de la democràcia participativa en una societat moderna*.

En el marc d'aquesta Recomanació, la Comissió Europea per la Democràcia i el Dret del Consell d'Europa (coneguda com a Comissió de Venècia) va elaborar i aprovar l'any 2007, un *Codi de Bones Pràctiques en matèria referendària*, en base al qual el Consell d'Europa ha fonamentat la *Recomanació 1821/2007 de l'Assemblea Parlamentària i la Declaració de 27 de novembre del Comitè de Ministres*, demanant als estats membres l'aplicació del Codi *sense retard i a inspirar la seva legislació en el seu contingut*.

Del Codi de Bones Pràctiques en matèria referendària cal destacar diversos aspectes que *incideixen de ple* en alguns dèficits reguladors que es poden observar en la legislació i la jurisprudència espanyola, que abans hem posat en relleu:

- La consideració del referèndum com a *patrimoni electoral europeu*. Per al Consell d'Europa, el referèndum forma part del *contingut normal del dret de participació política* i és inherent al principi de sufragi universal i a l'expressió del dret de vot.
- La consideració del *dret a signar una iniciativa popular de referèndum com un dret que ha de tenir qualsevol persona que sigui titular de drets polítics*.
- La *incompatibilitat* de la iniciativa de referèndum amb un control polític o d'oportunitat que pugui suposar un veto. Per al Consell d'Europa només és

possible un control formal de legalitat del procés i un control del Parlament (no del Govern) en el cas d'iniciativa popular o d'una altra autoritat, per a expressar el seu parer sobre la consulta (no vinculant) o a proposar, si escau, una pregunta alternativa als electors.

Com es pot deduir, aquestes regles són especialment favorables a l'aplicació de processos referendaris i de manera especial a la seva consideració subjectiva com a part inherent al dret de participació política dels ciutadans, que ha de ser reconegut amb *normalitat* i en cap cas excepcionalment o de forma "graciable". Aquest és un punt en el que cal insistir, ja que la Recomanació 1704/2005 del Consell d'Europa considera que els Estats membres han de disposar d'un marc jurídic "clar" per a la realització dels referèndums, i en el qual caldrà indicar també "clarament" que *la iniciativa popular haurà de ser sempre possible i reconèixer la possibilitat de referèndums d'àmbit territorial inferior a l'estatal* (regional i local).

L'escenari que resulta de la doctrina del Consell d'Europa posa en evidència la legislació estatal i la jurisprudència constitucional en matèria de referèndums i obliga a fer-ne una *relectura* que, com a mínim hauria de tenir dues conseqüències: en primer lloc, no obstaculitzar l'aplicació de la Llei catalana 4/2010, en la mesura que aquesta Llei, en tant que norma dictada en desenvolupament del dret de participació política (art. 29 EAC) i d'un títol competencial habilitant (art. 122 EAC), està amb plena sintonia amb la doctrina del Consell Europeu; en segon lloc *modular* necessàriament el contingut i els efectes de l'autorització de l'Estat perquè el dret de participació en el sentit que l'aplica el Consell d'Europa als referèndums, no quedi sense efecte ni desprotegit.

Aquesta conclusió es reforça encara més en el cas d'un referèndum consultiu, supòsit que el Consell d'Europa considera que s'ha de sotmetre a regles *més elàstiques*, perquè el seu resultat no dóna lloc a l'adopció de cap norma, la qual cosa exclou una possible violació del dret superior (Informe sobre el referèndum a Europa. Anàlisi de les regles jurídiques dels Estats Europeus, Comissió de Venècia, 2005.)

6.4. A banda del que s'acaba d'exposar, la reflexió més important que s'extreu de la doctrina del Consell d'Europa és la íntima relació que es dóna entre *democràcia, drets de participació política i referèndum*. I cal precisar que aquesta relació no té només una transcendència interna o estatal, sinó que es pot connectar també amb drets de naturalesa internacional com és el cas, singularment, de *l'article 25* del Pacte Internacional dels Drets Civils i Polítics de 1966 o de *l'article 3* del primer Protocol del

Conveni Europeu de Drets Humans (CEDH). Aquests dos preceptes van ser considerats pel Consell d'Europa en el cas del referèndum de Montenegro com a principis fonamentals de dret electoral internacionalment reconeguts, que calia respectar en aquell cas (Informe de la Comissió de Venècia de 2005).

Cal recordar en aquest sentit que l'article 25 del Pacte Internacional estableix que tots els ciutadans tenen el dret de participar en els aspectes públics directament o per mitjà de representants lliurement elegits i el dret de sufragi universal, igual, lliure i secret. Per la seva banda, l'article 3 del Protocol del CEDH té una redacció més restrictiva perquè només es refereix explícitament a la participació en l'elecció del "cos legislatiu", però sembla que el Consell d'Europa l'entén també aplicable als instruments de participació directa.

En qualsevol cas, aquests referents de dret internacional són un argument més per exigir, d'acord amb el que preveu l'article 10.2 CE, que el marc legal intern en matèria de referèndums s'interpreti d'acord amb la doctrina del Consell d'Europa i del valor i primacia del principi democràtic.

La connexió amb aquests drets de participació política reconeguts per l'ordenament internacional, també és un element important a considerar per al cas que s'impedís per l'Estat qualsevol de les vies per realitzar una consulta, especialment si ho planteja la pròpia ciutadania o una institució (Govern, Parlament) que ha estat majoritàriament legitimada en un procés electoral en el qual aquesta qüestió ha estat objecte central del debat polític i de l'oferta electoral.

Un altre aspecte que cal destacar del marc internacional i comparat és la rellevància que es dona als processos referendaris en els cassos en què es planteja un procés de secessió. De fet el referèndum és la forma més democràtica d'encarar aquest problema i de resoldre'l amb la màxima legitimitat i per aquesta raó no ha d'estranyar que la convocatòria del referèndum es vegi com la *fórmula més idònia* de solució i fins i tot com una oportunitat per a negociar entre les parts les condicions del procés subsegüent.

Aquest plantejament és el que va formular com a *desideràtum* el Consell d'Europa en el cas de Montenegro, elogiant els esforços fets per les dues parts (Sèrbia i Montenegro) per realitzar el referèndum i arribar a acords sobre els efectes del procés d'independència (Resolució 1514/2006 del Consell d'Europa)

L'escenari del referèndum com a fórmula democràtica i legitimadora d'un procés d'aquesta naturalesa és el que es contempla també al Canadà i al Regne Unit (com acabem de veure amb l'Acord signat entre el Regne Unit i Escòcia) on es dona una situació social i política assimilable a la de Catalunya (Estats democràtics, plurinacionalitat de base territorial i absència de conflicte). La *primacia del principi democràtic* ha comportat en aquests dos casos l'acceptació del referèndum com a fórmula *possible i necessària* per legitimar el procés, de manera que l'Estat no s'ha plantejat bloquejar aquesta forma d'expressió democràtica entenent, a més, que el referèndum s'ha de produir només en l'àmbit territorial afectat.

En aquests casos el referèndum no és objecte de discussió perquè es considera com un "*implícit*" democràtic que no es pot evitar. No es contempla, doncs, la possibilitat de negar el referèndum com a un mer acte d'autoritat, sinó de cercar en aquests casos un punt d'equilibri basat en una *negociació de bona fe* entre les dues parts perquè aquest referèndum es pugui fer sota unes condicions predeterminades que donin plena legitimitat al seu resultat (preguntes, majories, calendari). Aquest punt d'equilibri es cobreix el Canadà amb la "*Clarity Act*" dictada en base a la doctrina del Tribunal Suprem de l'any 1998 i en el cas del Regne Unit i Escòcia amb l'Acord polític signat entre les dues parts.

6.5. Els dèficits democràtics en matèria de participació política directa que ofereix l'Estat espanyol (per raó de la seva legislació i també per la seva actitud radicalment tancada a permetre el referèndum) podrien tenir transcendència també sobre la seva posició com a membre de la *Unió Europea*.

Certament no es podria al·legar en aquest supòsit la vulneració dels drets de ciutadania de la Unió Europea, perquè els referèndums interns no estan inclosos dins d'aquests drets segons els Tractats (especialment l'article 20 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea) i la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea. Els Tractats i la Carta només es refereixen als processos participatius relatius a les eleccions al Parlament Europeu i a les eleccions municipals de l'Estat on els ciutadans de la Unió resideixin.

Però no hem d'oblidar que els Estats no només han de respectar els drets de ciutadania de la Unió Europea, sinó també, en un sentit més general, els "*valors*" en què es fonamenta la Unió com a organització política, respecte que és una condició per accedir a la Unió i per a mantenir els drets que té l'Estat com a membre de la Unió.

Aquests valors són els que explicita l'article 2 del Tractat de la Unió Europea (TUE) i entre ells es troben la *"democràcia"* i el *"respecte dels drets humans"*. Aquests valors es consideren comuns a tots els Estats membres i no resulta intranscendent per a la Unió Europea el fet que un Estat pugui no respectar-los, *encara que sigui en el seu àmbit intern*. Encara que això es volgués justificar en base al dret constitucional propi dels Estats i el principi de no ingerència en els afers interns, una vulneració o un deteriorament greu dels drets fonamentals en el si d'un Estat membre afectaria de ple les bases de la integració europea, perquè posaria en qüestió la premissa que la *Unió es fonamenta en sistemes plenament democràtics i respectuosos amb els drets humans*.

Les institucions europees i de manera especial la Comissió Europea, han de vetllar perquè els Estats compleixin els Tractats i siguin coherents amb el seu contingut, inclosos els valors bàsics que assenyalava l'article 2, que s'han compromès a respectar en adherir-se a la Unió. En definitiva, els Estats no estan obligats a complir només les obligacions "tècniques" que deriven dels Tractats i de la legislació europea, sinó també a l'aplicació *"pràctica i real"* en tot moment dels *principis fundacionals*. Els valors de l'article 2 han deixat de ser una qüestió merament interna, perquè els Estats ja no poden pretendre, en el marc de la Unió Europea, que es passin per alt actuacions contràries al principi democràtic o que suposarien una vulneració dels drets fonamentals, especialment d'aquells que estan reconeguts a nivell internacional i formen part de les *tradicions constitucionals comunes dels Estats membres* (article 6 TUE).

En relació als valors de l'article 2 TUE cal fer dues precisions importants sobre el seu punt de "ruptura" i sobre la resposta que pot donar la Unió Europea. La consideració del que es pot entendre com a incompliment "efectiu" dels valors pot ser objecte d'interpretació en funció de la mesura adoptada per l'Estat i de la seva rellevància política o social. Però és presumible que l'obstaculització a l'aplicació d'una llei de consultes populars, l'exercici d'un dret de veto polític o un tancament absolut a qualsevol alternativa que impedís realitzar la consulta en un escenari postelectoral en el qual aquesta proposta hagi tingut un suport majoritari i explícit, podria entrar en aquesta hipòtesi perquè:

- Els valors afectats serien la democràcia i el dret polític de participació.
- Si el referèndum és consultiu, encara estaria menys justificada la negativa.
- No es compliria la doctrina del Consell d'Europa en matèria de referèndums.

- Es negaria la possibilitat més democràtica i legítima que té una comunitat nacional per expressar la seva voluntat de forma clara i pacífica.
- La Unió podria considerar que aquest capteniment no compleix els llimars mínims de democràcia “*material o real*” d’un Estat membre, més enllà de la seva consideració formal com un Estat democràtic.

Pel que fa a la possibilitat d’actuació de la Unió en cas d’incompliment, aquesta es recull a l’article 7 del TUE, d’acord amb uns procediments especialment difícils de posar en marxa per raó dels requisits polítics que s’han de donar quan es considera que hi ha un risc greu de violació i més encara, quan es pretengui constatar l’existència efectiva de violació.

Tanmateix, no s’ha d’oblidar que, a banda d’aquest procediment específic i formalitzat, les institucions europees compten amb altres instruments més ordinaris que poden constituir formes de *pressió i dissuasió* efectives. Aquest és el camí que la Unió ha seguit, per exemple, en el cas d’Hongria i Romania davant de decisions constitucionals i legals d’aquests països que afecten principis bàsics de l’estat de dret i de les llibertats com són la independència del poder judicial, la protecció de dades personals o la llibertat de premsa, que són seguides de molt a prop i “vigilades” per la Comissió Europea en base a l’article 2 del TUE.

Cal esperar, en conseqüència, que una actitud tancada i hostil de l’Estat envers un referèndum consultiu a Catalunya, que impedis la seva realització o que no donés cap marge a negociar-la seria objecte de preocupació per la Unió Europea, sobretot si l’escenari polític i social posa en evidència:

- Un resultat electoral clarament majoritari a favor de les formacions polítiques que han plantejat la consulta per al dret a decidir en el seu programa electoral.
- La constatació que el procés que es vol seguir té aquest fonament democràtic indiscutible i té com a objectiu conèixer la voluntat dels ciutadans sobre el futur del seu país.
- Que en cas de resposta afirmativa, la consulta proposa obrir un procés de negociació amb l’Estat, sense violentar el marc constitucional (possibilitat teòrica de reforma constitucional en funció de la negociació).

- Que la demanda de referèndum prové d'unes institucions o d'uns ciutadans que representen o conformen una comunitat amb característiques “nacionals” indiscutibles i que, a més, també poden al·legar que pateixen greuges importants i objectivables que el règim d'autogovern intern no ha tingut capacitat de resoldre (especialment després de la Sentència de l'Estatut).

7. Consideracions finals (conclusions)

En els apartats anteriors s'ha intentat exposar els problemes i les possibles vies de solució que pot presentar la realització d'una consulta popular *referendària* sobre el dret a decidir.

L'opció per la via del referèndum es la més *homologable* per la naturalesa electoral que té i representa la forma més clara i inequívoca d'exercici del dret de participació política. Per aquesta raó, la Generalitat hauria de fer tots els esforços possibles per aconseguir aplicar aquesta via i deixar en evidència a l'Estat si aquest ho vol impedir demanant la suspensió de la Llei 4/2010 davant el Tribunal Constitucional, negant l'autorització de la consulta o tancant-se en banda a trobar una solució en el marc de la legislació estatal.

Una posició estatal totalment contrària a la consulta podria tenir un cost polític important quan un procés electoral configura una àmplia majoria parlamentària que situa la consulta en l'eix central del debat electoral. La voluntat de fer la consulta quedaria en aquest cas clarament formulada i l'Estat es trobaria en la situació difícilment defensable, respecte de Catalunya i de la comunitat internacional (sobretot de la UE), d'impedir que es compleixi aquesta voluntat democràtica. El contrast que es dona, per exemple, amb Escòcia, és total.

És possible que l'Estat vulgui justificar la seva negativa amb arguments jurídics derivats del marc constitucional i legal intern. Però en aquest informe es donen bons arguments per a demostrar com aquest marc deixa obertes moltes possibilitats per a realitzar una consulta pel dret a decidir a Catalunya, sense que això s'oposi a la Constitució, a l'Estatut, ni tampoc a la llei orgànica de referèndums. El problema de fons no és jurídic, sinó polític.

Certament l'Estat sempre podria emparar-se en el dret que li dona la Constitució per denegar l'autorització del referèndum. Però les circumstàncies concretes poden fer molt costosa una negativa fonamentada en un criteri merament polític. Això no s'entendria en l'àmbit internacional pel valor que es dona als referèndums en els casos en què es troba en joc el dret

a decidir, quan la seva convocatòria està democràticament justificada i per la consideració del referèndum com una praxi participativa especialment adequada per a aquests supòsits.

La denegació de l'autorització pot ser encara més greu si no es deixa cap porta oberta a una possible negociació sobre la realització de la consulta que permetés trobar un punt d'equilibri per intentar arribar a un acord.

Si s'arribés a aquest punt mort, la Generalitat podria demanar l'empara del Consell d'Europa i de la Unió Europea en base als arguments que en aquest informe s'exposen. La capacitat de resposta i els efectes que això podria tenir per a modificar la posició de l'Estat dependrien de paràmetres polítics que la Generalitat ha de valorar i determinar com els pot utilitzar i tenir en compte també els que farà servir l'Estat per contrarestar-los.

Des del punt de vista de l'estratègia a seguir per a poder realitzar el referèndum, la Generalitat té diverses opcions que també ha de valorar en els seus pros i contres.

La primera és intentar la consulta aplicant la Llei catalana 4/2010. En aquest cas, la iniciativa pot ser institucional, però també ciutadana. El risc que té la via de la Llei 4/2010 és doble: la possibilitat de la suspensió de la Llei pel Tribunal Constitucional a petició de l'Estat i, en tot cas, la negativa final de l'autorització. Però com hem dit abans, aquest capteniment de l'Estat també li pot comportar uns costos que poden ser especialment greus des del punt de vista de la imatge democràtica.

La segona opció seria la que tindria com a referència el marc legal estatal. Aquí hi podria haver les opcions que s'exposen a l'apartat 4 d'aquest informe.

Tanmateix sembla clar que cap d'aquestes opcions és realista si no hi ha una mínima possibilitat de negociació i d'acord. Aquest escenari només és viable si l'Estat és conscient de les dificultats polítiques que li pot suposar una negativa rotunda a permetre el referèndum i aconseguir, a canvi, condicionar els termes de la consulta en el marc d'una negociació amb la Generalitat.

Si es bloqueja la via de la Llei 4/2010 i no hi ha cap marge de maniobra per pactar amb l'Estat la convocatòria del referèndum d'acord amb el marc legal estatal, la Generalitat haurà de cercar una *via alternativa* per a realitzar la consulta, que pot passar per la convocatòria d'una consulta popular *no referendària* que ja no necessitaria l'autorització de l'Estat.

Una consulta d'aquesta mena no tindria la naturalesa i les garanties d'un procés electoral com té el referèndum, però podria justificar-se *després d'haver esgotat sense èxit la via*

referendària. Tanmateix cal que la Generalitat aprovi prèviament la llei reguladora d'aquestes consultes.

En qualsevol cas, cal advertir que la regulació de les consultes "no referendàries" no està exempta d'importants problemes jurídics com es va posar en relleu en les compareixences d'experts en la tramitació del projecte de llei de l'anterior legislatura.

Tanmateix sembla clar que si l'Estat impedeix el referèndum, la Generalitat haurà d'intentar aquest camí d'acord amb el marge de maniobra que li permet l'article 122 EAC, si més no per a demostrar la seva voluntat d'esgotar totes les possibilitats per a realitzar legalment la consulta.
