

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El letrado suscrito, en representación y defensa de la Cámara, según consta acreditado ante este Tribunal en el **recurso de inconstitucionalidad número 5829-2014**, promovido por el Presidente del Gobierno contra los artículos 3 a 39 y las disposiciones transitorias primera y segunda, y la disposición final primera, de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, como mejor en derecho proceda,

DICE

1. Que en fecha 1 de octubre de 2014, el Parlamento de Cataluña ha sido notificado de la providencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional el 29 de septiembre de 2014, por la que se admite a trámite el recurso de inconstitucionalidad antes mencionado.
2. Que evacuando el trámite contenido mediante la indicada providencia y dentro del plazo de quince días concedido mediante el presente escrito esta representación formula oposición a la demanda planteada en base a las siguientes:

ALEGACIONES

I

**EL RECURSO QUIERE AMPARAR BAJO ARGUMENTOS JURÍDICOS UNA
IMPUGNACIÓN FUNDAMENTADA ESENCIALMENTE EN CRITERIOS
POLÍTICOS Y EN UN ENTENDIMIENTO DE LA LEY QUE NO
CORRESPONDE A SU VERDADERO CONTENIDO**

1. El extenso escrito mediante el cual se interpone el presente recurso de inconstitucionalidad, se fundamenta, en síntesis, en los tres ejes básicos siguientes:

- a) Que la regulación por el Título II de la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias corresponde, en realidad, a una regulación de naturaleza *referendaria*, porque tiene las características

esenciales de la misma, más allá de la denominación formal o “nomen iuris” que utiliza la ley.

b) Que el *objetivo último* de la ley impugnada es el de dotar de la cobertura jurídica necesaria para poder convocar un referéndum sobre la independencia de Cataluña, según se desprende del contexto político en el que se elabora la ley, de los antecedentes históricos de la misma, de su tramitación parlamentaria y, por último, de la subsiguiente aprobación del Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña (que el recurso califica como “referéndum”), cuya pregunta versa sobre si Cataluña puede ser un Estado independiente.

c) Que por estas razones, la ley impugnada excede del ámbito de competencias de la Generalidad (especialmente las del artículo 122 EAC) y vulnera a la vez la competencia del Estado en materia de autorización de referéndums del artículo 149.1.32 CE y también vulnera los artículos 23.1, 81.1 y 92 CE en cuanto a la competencia que hay que reconocer al Estado para regular y convocar las consultas referendarias.

2. Como puede deducirse fácilmente, estos tres ejes básicos sobre los que pretende fundamentarse el recurso pueden reducirse a uno solo, a saber, si la regulación de las consultas del Título II de la ley impugnada puede

considerarse o no como una regulación “materialmente” referendaria o de un referéndum “encubierto”.

El recurso sostiene que sí, porque entiende que los preceptos impugnados definen un tipo de consulta popular que, aunque la ley diga que no son referendarias, presentan las características propias de una regulación de esa clase. En este sentido se esgrime que el objeto de las consultas puede abarcar cuestiones de especial trascendencia política, que son las propias del referéndum de acuerdo con el artículo 92.1 CE. Por otra parte, se darían también, a criterio del recurrente, otras coincidencias importantes, como serían el sujeto llamado a participar que quedaría integrado por el cuerpo electoral, y el procedimiento y sus garantías, que guardarían un mimetismo o paralelismo con un procedimiento electoral, que es el propio del referéndum, de acuerdo con lo previsto en la Ley orgánica 2/1980, de 18 de enero, de regulación de las distintas modalidades de referéndum (LORM), la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral (LOREG) y la jurisprudencia constitucional (especialmente SSTC 119/1995, de 17 de julio, y 103/2008, de 11 de septiembre).

Todos estos elementos permitirían, según el recurso, aplicar en este caso la doctrina de la “*recognoscibilidad*” para detectar y revelar el verdadero contenido material de la regulación impugnada y también la doctrina del *fraude de ley* (en este caso de la Constitución), de acuerdo con el artículo 6.4 del Código Civil y la STC 120/2005. Según la primera, la denominación y regulación que hace la ley de las consultas populares no referendarias no puede enmascarar que la realidad que subyace en las mismas es la que configura la institución del referéndum, sin que la alteración o modificación formal o de alguno de sus elementos sea suficiente para cambiar su naturaleza jurídica referendaria.

Según la segunda, en base al principio reconocido en el artículo 6.4 del Código Civil aplicado en este caso a la Constitución, la ley impugnada podría ser considerada como un fraude de Constitución por pretender asumir deliberadamente las competencias del Estado en materia de referéndums y encubrir un verdadero referéndum que pretende obtener un resultado contrario al orden constitucional.

El recurso resume estas dos ideas en la siguiente frase: *“la ley de consultas no referendarias ha sido concebida, tramitada y planificada como cauce jurídico para habilitar una verdadera consulta referendaria sobre la independencia de Cataluña, alterando la denominación o elementos accidentales de los elementos esenciales del referéndum para ponerla a salvo de una eventual declaración de inconstitucionalidad”*. Afirmación de la que extrae como conclusión que *“el mecanismo utilizado por esta ley es el fraude de ley, de modo que utiliza la cobertura de la propia Constitución y la interpretación que de sus preceptos hace el TC para perseguir un resultado contrario a ella: la convocatoria de un referéndum inconstitucional asumiendo además una competencia exclusiva del Estado”*.

3. A partir de esa pretendida similitud “teórica” entre el Título II de la Ley 10/2014 con la institución del referéndum, **el recurso hace una valoración del texto legal claramente política** cuando sostiene que la ley no es más que un instrumento pensado y establecido para convocar un referéndum sobre la independencia de Catalunya, que se equipara con un referéndum de autodeterminación contrario a los artículos 1.2 y 2 CE y a los preceptos constitucionales que regulan el procedimiento de reforma constitucional.

El recurso introduce con esto una valoración de la ley impugnada que trasciende la estrictamente jurídica, pues es obvio que aquella no contempla de forma explícita su uso para dicha finalidad. La Ley 10/2014 es una ley concebida como una “*ley general de consultas no referendarias*” pensada para ser aplicada a temas del ámbito de competencias de la Generalidad y de los entes locales, sin haberse dictado, de acuerdo con su tenor literal, para realizar una única consulta, ni para ninguna en concreto.

Por este motivo, es muy importante poner de relieve la *contaminación* que sufre el recurso por la introducción de valoraciones de naturaleza netamente política en un debate que debe afrontarse con criterios jurídicos y resolverse también de acuerdo con ellos y sólo con ellos.

En apoyo de su tesis, el recurso hace un especial esfuerzo para demostrar que el contexto político en el que se ha tramitado la ley evidencia cuál es su último objetivo, esto es, el de construir la cobertura jurídica necesaria para poder convocar un referéndum sobre la independencia de Cataluña, a pesar de reconocer el carácter general de la ley y la naturaleza abstracta que tiene el recurso de inconstitucionalidad.

Pero a pesar de esto, considera que el carácter general de la ley y la naturaleza del presente recurso no son suficientes para destruir una presunción que no se puede extraer del tenor literal de la ley pero sí de su “espíritu”. En este sentido, el recurso expone la concurrencia de diversos antecedentes que sustentarían su tesis, como son el Informe del Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalidad, de 8 de febrero de 2013, sobre los procedimientos legales a través de los que los ciudadanos de Cataluña pueden ser consultados sobre su futuro político colectivo; el Informe del Consejo

Asesor para la Transición Nacional, de 25 de julio de 2013, relativo a la consulta sobre el futuro político de Cataluña; diversas declaraciones de los líderes políticos sobre esta cuestión; el contenido de los programas de los partidos que apoyan el derecho a decidir; programas del Gobierno catalán y resoluciones del Parlamento de Cataluña; y antecedentes de la tramitación parlamentaria de la ley, especialmente los debates de totalidad y las comparecencias de instituciones y organizaciones sociales.

Ciertamente, no hay que excluir la posibilidad de que los antecedentes de la tramitación parlamentaria de una ley puedan ser útiles como un criterio interpretativo más del texto finalmente aprobado. En este sentido, esta parte los utilizará en su momento porque tienen relevancia en este caso. Ahora bien, lo que es difícil de entender y comprender es que en el marco de un recurso de inconstitucionalidad se pretendan utilizar esta clase de argumentos y convertirlos en los parámetros jurídicos determinantes para realizar el juicio de constitucionalidad.

Además de que esto no es posible ni puede aceptarse en ningún caso, lo que esta actuación pone de relieve en el fondo es que lo que realmente se quiere impugnar o considerar inconstitucional no es la ley en sí misma, sino el hecho de que esta pueda amparar una consulta sobre el futuro político de Cataluña. Pero ***ello excede claramente de lo que es admisible en un recurso abstracto de inconstitucionalidad***, porque sería tanto como asumir que la ley sea declarada inconstitucional por mera precaución o prevención por un posible mal uso de la misma y también porque, como veremos después, una consulta sobre el derecho a decidir convocada al amparo de la ley no sería inconstitucional si se produce en el marco que el mismo Tribunal Constitucional ha establecido en la Sentencia 42/2014, de 25 de marzo.

4. La filosofía que trasluce el recurso supone una *doble manipulación* de la realidad. Por una parte, convertir en referéndum una consulta que no tiene, como se demostrará a lo largo de este escrito, la naturaleza y las características propias de un referéndum. Y, por otro, convertir en inconstitucional una consulta sobre el futuro político de Cataluña, por el solo hecho de que su objetivo no coincida con el actual marco constitucional olvidando que el “*derecho a decidir*” debe considerarse como una aspiración política que puede prepararse y defenderse legítimamente aunque pretenda un resultado no conforme con el orden constitucional establecido, siempre que no pretenda conseguir efectivamente ese fin al margen de los procesos de reforma de la Constitución.

Este enfoque del recurso no puede esconder, pues, que la tesis de fondo que lo alimenta no es otra que un ***planteamiento político*** que lo que quiere de verdad es ***expulsar del marco constitucional y del juego democrático*** la defensa de una idea política y cualquier vía que pueda servir para expresarla dentro del marco de la Constitución.

Y esta manipulación no puede erigirse jamás en parámetro válido para enjuiciar la adecuación constitucional de una ley, porque sería tanto como aceptar que el criterio determinante para hacer esta valoración sería de naturaleza *ideológica y política* y que la ley impugnada no debería contemplarse como lo que es, es decir, una ley de consultas, sino como la ley de una consulta concreta en flagrante contradicción con su contenido.

Evidentemente, esta parte y el propio Tribunal Constitucional no pueden caer en el error de asumir esa premisa como punto de partida de un debate que debe resolverse con criterios jurídicos y no políticos y que debe tener siempre

como marco de referencia lo que la ley impugnada expresa objetivamente por razón de su contenido y no *imaginando y aislando* un único e hipotético caso de aplicación de la misma en los términos que pretende el recurso.

Sobre esta cuestión se olvida además un dato muy importante, que es el apoyo parlamentario que obtuvo la ley. El recurso parte de la base de que ésta sólo se dictó para hacer un referéndum encubierto sobre la independencia de Cataluña. Si ello fuera así, cabría suponer, situados por un momento en el plano político en el que se mueve el recurso, que sólo las llamadas fuerzas “soberanistas” le habrían dado su apoyo. Sin embargo, la votación final del texto en el Pleno refleja como resultado **106 votos a favor y 28 en contra**. Por tanto, las cuentas no encajan con el relato político que el recurso quiere presentar como argumento del presunto “fraude de ley” y ello pone en cuestión todo el planteamiento ideológico del recurso, pues es evidente que la ley tuvo también el apoyo de otras fuerzas políticas ajenas al bloque soberanista que consideraron que la ley podía ser un buen instrumento en manos de la ciudadanía para poder ser consultada o para impulsar ser consultada respecto de asuntos que están en el ámbito de las competencias de la Generalidad (Diario de Sesiones del Parlamento de Cataluña, serie P, núm. 77, de 19 de septiembre de 2014, págs. 5 y 25).

5. El enfoque del recurso plantea además un grave problema de índole procesal que compromete seriamente su éxito, como consecuencia de la *manipulación que opera sobre el objeto* que debe tener un recurso de inconstitucionalidad.

El recurso de inconstitucionalidad es un procedimiento de control “*abstracto*” de la ley para verificar si esta, **como norma**, se ajusta a la Constitución. El

contenido del recurso no versa sobre la constitucionalidad de su posible aplicación concreta cuando se trata de una ley general que sirve de cobertura para distintos y múltiples actos de aplicación. La *presunción de legitimidad* de las leyes impide que en un recurso de inconstitucionalidad pueda determinarse su inconstitucionalidad como marco jurídico por el solo riesgo o prevención de que a su amparo se dicte un acto contrario a la Constitución.

Esto sólo sería posible si la ley fuera una ley singular, lo que aquí no sucede. El enjuiciamiento por razón de la aplicación concreta de una ley general sólo puede darse por vía de la cuestión de inconstitucionalidad, sin perjuicio, como es lógico, de la impugnación autónoma del acto de aplicación si este no pone inevitablemente en cuestión la constitucionalidad de la ley que le sirve de cobertura.

La naturaleza abstracta que tiene el procedimiento ha sido confirmada de forma expresa en el reciente **Auto de fecha 9 de octubre de 2014**, recaído en este mismo recurso, cuando acoge como una de las razones para rechazar la recusación de un Magistrado (que esta parte había instado) que los motivos alegados no resultan suficientes para articular un prejuicio de parcialidad objetiva en relación con el *“enjuiciamiento abstracto de la norma legal impugnada en el presente recurso de inconstitucionalidad”*, es decir, de la Ley 10/2014, porque este se deberá llevar a cabo *“atendiendo exclusivamente a criterios jurídicos constitucionales que en modo alguna pueden considerarse condicionados por las opiniones personales de dicho Magistrado”*.

Teniendo en cuenta que en la recusación se alegaban opiniones publicadas del Magistrado sobre lo que, según el recurso, sería la finalidad última de ley, hay que entender necesariamente que en la resolución del presente recurso no

deberá influir y mucho menos prevalecer en el ánimo de ninguno de los magistrados, especialmente el que ha sido designado potente, el enfoque sesgado y parcial bajo el cual el escrito de recurso quiere enfocar y dirigir el presente recurso de inconstitucionalidad.

6. Esta parte debe reconocer que la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, se ha dictado también con la finalidad de que pudiera servir de cobertura para convocar una consulta sobre el futuro político de Cataluña, de acuerdo con lo expresado en la Resolución 5/X, del Parlamento de Cataluña, por la que se aprobó la declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña. Esta realidad no se puede ignorar y ya se reconoció en el escrito mediante el cual esta parte instó el levantamiento inmediato de la suspensión de la ley. Sin embargo, ello no significa que se deba asumir el planteamiento de la cuestión que hace el recurso.

En la STC 42/2014, de 25 de marzo, el Tribunal Constitucional admitió claramente la legitimidad del “derecho a decidir” entendido como aspiración política perfectamente defendible en base al principio democrático y dentro de un marco de una Constitución “no militante”. Esta sentencia, cuya existencia el recurso *omite escandalosamente*, permite realizar esa defensa en unos términos que, como se verá con más detalle en el apartado 7 de estas alegaciones, pueden comprender una consulta del perfil y características que articula el Título II de la ley, es decir, una consulta “no referendaria” que no sea un referéndum sobre la independencia de Cataluña, como quiere hacer ver el recurso.

Pero en cualquier caso, lo importante es que ello tampoco altera el dato objetivo de que el Título II de la ley impugnado no establece una regulación para hacer “la” consulta sobre el derecho a decidir, sino que establece un marco legal general para **realizar “consultas” no referendarias sobre cualquier asunto de interés público en el ámbito de las competencias de la Generalidad o de las entidades locales**. Es, pues, este marco legal general, como tal, el que debe ser enjuiciado en el presente recurso, máxime cuando el Estado ha impugnado también en sede constitucional el Decreto 129/2014, de convocatoria de la consulta popular sobre el futuro político de Cataluña y el Tribunal deberá pronunciarse específicamente sobre el mismo.

7. Lo que ha quedado expuesto pone, pues, en evidencia que quien incurre en fraude, en este caso *procesal*, es el propio recurrente al orientar el recurso **subvirtiéndolo** su naturaleza de control abstracto de la ley y quererlo convertir en un proceso de control “ad casum” a todas luces improcedente dentro del presente formato procesal.

La debilidad del recurso en este punto se pone de relieve cuando en relación con el Título III de la ley reconoce que no permite apreciar un vicio de inconstitucionalidad “*inmediato*”, pero se reserva la posibilidad de promover la impugnación de procesos participativos convocados a su amparo si fuera necesario por razón de su contenido. Sin embargo, **no aplica la misma lógica** en el caso del Título II forzando el marco del presente recurso para enjuiciarlo constitucionalmente sólo bajo la perspectiva de su aplicación a la convocatoria de un referéndum sobre la independencia de Cataluña que el recurso identifica “de facto” como el contenido de la ley.

Por esta razón, esta parte entiende que el juicio de constitucionalidad debe plantearse en este caso única y exclusivamente tomando en consideración **lo que la ley es en realidad**, esto es, y nunca mejor dicho haciendo “*abstracción*” de sus eventuales y posibles aplicaciones.

Por tanto, estas alegaciones se centrarán en demostrar con argumentos jurídicos propios del debate constitucional:

- a) Que la Generalidad *tiene competencia* para aprobar una ley de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, en desarrollo del artículo 122 EAC.

- b) Que la modalidad de consultas no referendarias del Título II de la ley impugnada *no* tiene naturaleza, características y efectos propios de un referéndum y, por tanto, no puede ser asimilada a éste.

- c) Que la ley impugnada es una ley que aspira a desarrollar, en el sentido más amplio posible, el *mandato constitucional y estatutario de promover la participación ciudadana*, rompiendo con una inercia hasta ahora poco favorable a la democracia participativa.

- d) Que la ley no pretende alterar con ello el régimen jurídico y las competencias del Estado en materia de consultas populares

“referendarias”, las cuales quedan fuera del marco de la ley impugnada, sobre todo teniendo en cuenta que estas consultas ya fueron objeto de regulación en otra ley del Parlamento, concretamente la Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum..

II

LA LEY IMPUGNADA ES UN MARCO LEGAL GENERAL QUE SE HA APROBADO PARA PROMOVER LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS

1. A pesar de la insistencia del recurso en que la ley se ha aprobado con el único objetivo de promover un “referéndum sobre la independencia de Cataluña”, **no hay nada en el contenido de la misma, ni siquiera en el Título II objeto de impugnación, que demuestre esta afirmación.**

El recurso formula una conjetura a partir de elementos *extrajurídicos* producidos en el entorno o en el contexto político del proceso de preparación y tramitación de la ley. Pero estos hechos (programas electorales, declaraciones de políticos, opiniones de organizaciones sociales o de representantes institucionales) no pueden servir como criterio determinante para hacer un juicio de constitucionalidad de una ley y mucho menos en el marco de un recurso de inconstitucionalidad.

Es más, aunque sea cierto, como se ha reconocido, que una de las finalidades que el legislador busca con la promoción de la ley es la de que pueda ofrecer un marco legal para realizar una consulta sobre el futuro político de Cataluña, ello no convierte la ley en la “ley de la consulta”, porque su alcance es general, como se desprende sin lugar a dudas de su contenido.

Por otra parte, hay que denunciar también la evidente manipulación que hace el recurso cuando se refiere a la consulta en unos términos notoriamente alejados del marco previsto en la ley. El recurso alude constantemente a la “*convocatoria de un referéndum sobre la independencia de Cataluña*”, en un intento claro de alterar la naturaleza de las consultas reguladas en la ley (no referendarias) y asimilarlas sin más a un referéndum.

Pero la ley no regula las consultas referendarias, ni se ha aprobado para realizar una consulta de esa clase sobre la independencia de Cataluña. Cosa distinta es que la ley permita realizar a su amparo, entre otras muchas, una consulta sobre el llamado “*derecho a decidir*” de los ciudadanos sobre el futuro político de Cataluña, en el bien entendido que esa consulta sea “*no referendaria*” y que el derecho a decidir se entienda como una expresión de una aspiración política en los términos que indica la STC 42/2014, de 25 de marzo, y no como una consulta para la independencia entendida como referéndum de autodeterminación, como quiere dar a entender insidiosamente el recurso.

Estas precisiones son muy importantes porque *desactivan* el discurso del recurso. Tal discurso puede ser válido en el plano político pero este no es el escenario en el que ahora estamos, que debe resolverse al margen de la política y sólo con arreglo a la aplicación del derecho. Los procesos de

constitucionalidad se deben dirimir con criterios jurídicos y el análisis, interpretación y valoración de una ley debe atender únicamente a la letra y el contenido de la misma, de acuerdo con las técnicas hermenéuticas normalmente utilizadas en el mundo del derecho.

2. Este enfoque deviene aún más necesario si cabe cuando se trata de un proceso de inconstitucionalidad en el que sólo se puede producir un control *abstracto* de la ley.

Aunque el recurso fuerce una lectura de la ley como la ley de la consulta sobre el derecho a decidir sobre la independencia de Cataluña y aunque políticamente y mediáticamente (en Cataluña y también en el resto de España) se haya hecho ese planteamiento, no se puede olvidar como punto de partida que la Ley 10/2014 no es una ley *singular* o "*ad hoc*", es decir, aprobada sólo para realizar una consulta concreta.

El preámbulo de la ley dice claramente que su finalidad es la de establecer "el régimen jurídico y el procedimiento de convocatoria de *consultas populares* y *otros mecanismos de participación*, como instrumentos dirigidos a conocer la *posición u opiniones* de la ciudadanía con relación a *cualquier aspecto de la vida pública* en el ámbito de Cataluña y en el *ámbito competencial* de la Generalidad y las entidades locales.

Esta declaración de principios encuentra su perfecta traducción en la parte dispositiva de la ley cuando dice textualmente en su artículo 1.1:

“El objeto de la presente ley es el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria de los mecanismos de las consultas populares no referendarias y otras formas y mecanismos de participación ciudadana institucionalizada en el **ámbito competencial** de la Generalidad y las entidades locales”.

Y cuando concreta aún más, en el artículo 3.1, para la modalidad de consultas populares no referendarias que:

“Se entiende por *consulta popular no referendaria* la convocatoria efectuada por las autoridades competentes, de acuerdo con lo que establece esta ley, a las personas legitimadas en cada caso para que manifiesten su opinión sobre **una determinada actuación, decisión o política pública, mediante votación**”.

El recurso impugna en su integridad el Título II de la ley (artículos 3 a 39), que es el que regula las consultas populares no referendarias. Pues bien, después de comprobar cuál es realmente el contenido de la ley, no puede llegarse a otra conclusión que no sea que el recurso ***se equivoca de ley o hace una lectura claramente errónea de la misma***, pues es evidente que ni pretende regular ningún referéndum ni tiene como objetivo concreto, y declarado convocar un referéndum sobre la independencia de Cataluña.

Pretender deducir del contexto político y de otros elementos extrajurídicos esa conclusión, reduciendo y focalizando el contenido de la ley en contraste con lo que *“realmente”* ésta dice, pone de relieve que esa construcción argumental no busca otra cosa que censurar un marco legal por la sola posibilidad de ser utilizado como imagina el recurso.

3. Dicho esto, no ofrece duda alguna que la ley responde a una **voluntad del legislador de desarrollar el artículo 122 EAC**. Así lo indica el preámbulo, en el que se señala su vocación de desarrollo íntegro de todas las modalidades de consulta que menciona y ampara el indicado precepto estatutario, *salvo las consultas referendarias*.

Hay que destacar aquí la coherencia del legislador catalán en la regulación del marco participativo en general. Recordemos que en el año 2010, concretamente con la Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares *por vía de referéndum*, el Parlamento ya estableció el marco legal de este tipo de consultas. Este dato no lo tiene en cuenta el recurso cuando se empeña en calificar como referéndums las consultas ahora reguladas por la Ley 10/2014, olvidando el importante detalle de que la Generalidad ya dispone de ese marco legal (por cierto, vigente a pesar de estar recurrido) si quisiera impulsar un “referéndum” sobre el derecho a decidir, sin necesidad de haber aprobado la ley ahora impugnada.

En cualquier caso, el escenario de conjunto que representan la Ley 4/2010 y la reciente Ley 10/2014 no puede ser otro que el de reafirmar la voluntad y coherencia del legislador a la hora de afrontar el tratamiento legal de la participación ciudadana de forma global y diferenciando claramente el régimen jurídico específico del referéndum (Ley 4/2010) del de las consultas populares no referendarias (Ley 10/2014).

Pues bien, como decíamos antes, en el debate estrictamente jurídico que debe regir en el presente caso, no podemos obviar en ningún momento que nos encontramos ante un proceso de inconstitucionalidad creado y pensado para verificar solamente un tipo de control, que no es otro que el llamado control

abstracto de la ley. Este tipo de control es el que se ejerce por medio del recurso de inconstitucionalidad y su objeto no es el de enjuiciar la ley en relación con su aplicación concreta, sino la de verificar si el resultado del ejercicio de la potestad legislativa en cuanto tal, esto es, la ley *como norma*, resulta compatible con la Constitución.

Se trata por tanto de fiscalizar un acto legislativo que **desarrolla** el artículo 122 EAC cuando atribuye a la Generalidad la competencia exclusiva para establecer el régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, el cumplimiento y la convocatoria por la misma Generalidad o por las entidades locales, y en el ámbito de sus respectivas competencias, de las diferentes modalidades de consultas populares, con excepción de lo que dispone el artículo 149.1.32 CE.

El Título II de la ley no hace, pues, otra cosa que aplicar ese precepto estatutario estableciendo el régimen jurídico general de las consultas populares no referendarias. El artículo 122 EAC fue analizado por la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, en cuyo FJ 69 se declaró que ese precepto **ampara la regulación de consultas populares no referendarias** mediante las cuales “*se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos*”, siempre que sean distintos de los que cualifican una consulta como referéndum.

Aunque el recurso considera que el Título II regula materialmente consultas referendarias, a pesar del *nomen iuris* que presenta, veremos más adelante que las características y el perfil de la regulación no permiten establecer esa equiparación. Por lo tanto, siguiendo la lógica que impone el propio marco legal

a valorar, no hay ningún elemento que justifique en este caso modificar el enfoque abstracto del recurso, al tratarse de una ley que establece el régimen jurídico general de las consultas populares no referendarias y no existir en la misma ninguna precisión autoaplicativa o que obligue o permita establecer una conexión directa e imprescindible entre la ley y un caso concreto de aplicación o entre éste y esa ley específicamente.

III

LA LEY IMPUGNADA DESARROLLA EL MANDATO CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIO DE PROMOVER LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

1. El fenómeno participativo y la necesidad de promover y establecer instrumentos para su efectiva aplicación, ha adquirido especial importancia en los últimos tiempos, sobre todo por la crisis de legitimidad que sufren los poderes públicos por la concurrencia de diversos factores (económicos, sociales y políticos) que han introducido en la sociedad importantes dosis de desafección y una cierta erosión de un sistema democrático que ha venido funcionando hasta ahora casi exclusivamente en clave de participación representativa y escaso margen para el juego de la participación directa o democracia participativa.

Es muy probable que el sistema haya funcionado así hasta ahora por cierto recelo hacia los mecanismos de participación directa, lo que ha colocado al sistema de partidos y la participación a través de los mismos en el eje central del ejercicio de la democracia. Los debates constituyentes sobre esta cuestión y la propia dinámica configurada después de la transición política y asentada sobre la Constitución, ha significado una decantación muy profunda a favor de la democracia representativa en detrimento del desarrollo decidido de otros instrumentos más propios de la democracia participativa.

El mismo Tribunal Constitucional ha mantenido hasta ahora una posición más bien cautelosa sobre el ejercicio de la participación directa, considerando que la Constitución prima los mecanismos de democracia representativa sobre los de democracia directa o participativa.

Sin embargo, es importante destacar que esta posición de cautela no se ha formulado por parte del Tribunal en términos absolutos y generales, sino que **ha ido estrechamente anudada al ámbito de participación política del artículo 23.1 CE y a la institución del referéndum**. En el FJ2 de la STC 103/2008, de 11 de septiembre, el Tribunal hace esta precisión en unos términos que no dejan lugar a dudas:

“El *referéndum* es un instrumento de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, esto es, para el *ejercicio del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.1 CE*. No es cauce para la instrumentación de *cualquier derecho de participación*, sino específicamente *del* derecho de participación “que normalmente se ejerce a través de representantes y que **excepcionalmente** puede ser directamente ejercida por el pueblo”.

Acotación que permite al Tribunal continuar su argumentación reconociendo claramente que el fenómeno participativo no se agota con el referéndum, puesto que el constituyente lo ha formalizado como un “mandato de carácter general a los poderes constituidos” para que promuevan la participación en distintos ámbitos o “como un verdadero *derecho subjetivo*”. Todo ello en el bien entendido que estas otras formas de participación “*no reconducibles*” (*sic*) a las que conectan con el derecho fundamental del artículo 23.1 CE son formas de participación que *difieren* de aquellas no solo en cuanto a su justificación u origen, sino también respecto a su eficacia jurídica que dependerá en la mayoría de los casos de lo que “*disponga el legislador*” (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ3; STC 203/2008, de 11 de septiembre, FJ2).

2. La visión excepcional o restrictiva de la participación directa frente a la democracia representativa no puede considerarse como doctrina constitucional general, sino todo lo contrario. Además de lo ya destacado hay que añadir la declaración clara y contundente que se contiene en las dos sentencias citadas en favor de la importancia que la participación “*tiene y sigue teniendo*” en las democracias actuales y la afirmación también muy clara de que *fuera* del artículo 23 CE “quedan **cualesquiera otros títulos de participación que configurados como derechos subjetivos o de otro modo puedan crearse por el ordenamiento**”, lo que significa que no todo derecho de participación tiene que ser considerado o cobijado bajo el derecho fundamental del artículo 23.1 CE.

Esta doctrina no ha sido modificada, sino que ha tenido continuidad en la interpretación del alcance y contenido del artículo 122 EAC, que es el que

reconoce las competencias de la Generalidad en materia de *consultas populares*. En la STC 31/2010, de 28 de junio, el Tribunal considera plenamente constitucional este artículo, sin perjuicio de establecer unos límites que sólo afectarían a las consultas referendarias. Pero dejando esta salvedad aparte, porque la ley impugnada no se refiere a esta clase de consultas, el FJ 69 de la Sentencia insiste en la concepción amplia de los derechos de participación, aceptando las diversas formas de expresión mencionadas explícitamente en el artículo 122 EAC y también de forma general aquellas otras **“consultas no referendarias” mediante las cuales se puede recabar la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos distintos a los que cualifican una consulta como referéndum**”. Esta doctrina ya se había avanzado en las SSTC 119/1995 y 103/2008 pero es especialmente relevante que el Tribunal la reitere precisamente cuando analiza el artículo 122 EAC, esto es, el **título competencial bajo el cual se ha dictado la ley impugnada**.

De todo ello se infiere que la doctrina constitucional no es restrictiva en relación con el fenómeno de la participación ciudadana y que la primacía de la democracia representativa y el carácter excepcional de la democracia participativa la ha querido situar en el plano **estricto y específico** del derecho fundamental del artículo 23.1 CE, es decir, cuando se trata del derecho de participación política que se expresa mediante el ejercicio del derecho de voto o sufragio activo a través de un proceso electoral. Porque en este caso y sólo en este el Tribunal entiende que se produce un paralelismo entre ambas formas participativas (la representativa y la directa) porque ambas significan la manifestación de la *“soberanía popular”* como expresión de la *“voluntad general”* que en el caso del referéndum convierte al cuerpo electoral en verdadero “órgano” que se manifiesta a través de un proceso electoral, porque

su forma de expresión es, como se ha dicho, el derecho de sufragio activo del artículo 23.1 CE.

Situada la cuestión en estos términos, no hay nada que impida al legislador catalán, en base al artículo 122 EAC, regular la participación ciudadana mediante la **creación y establecimiento** del régimen jurídico de **otros títulos participativos o consultas** populares fuera del artículo 23.1 CE, al amparo del mandato general del artículo 9.2 CE de promover la participación de “*todos los ciudadanos*” en la vida política, económica y social.

Esta conclusión es aplicable, por tanto, a la Ley 10/2014 en general y también a las consultas populares no referendarias que regula su Título II sobre las que se centra la impugnación. Estas consultas se definen en el artículo 3.1 como instrumentos mediante los cuales se convoca a los ciudadanos para que puedan manifestar su opinión sobre una “*determinada actuación, decisión o política pública*” relativa al “*ámbito competencia*” de la Generalidad o de las entidades locales (artículo 1.1).

Aunque sea adelantarse a lo que expondremos más adelante para justificar que la configuración y regulación de las consultas del Título II de la ley no son ni pretenden ser formalmente ni materialmente consultas referendarias, interesa destacar desde ahora que la ley **se aleja** claramente de ese formato por tres razones básicas:

- a) Porque en ningún momento pretende desarrollar el derecho de participación política del artículo 23.1 CE, precepto al que en ningún momento hace mención la ley como amparo constitucional. Y no sólo por esta razón, sino también y sobre todo porque el derecho de

participación que crea la ley no se articula sobre el derecho de voto o de sufragio activo de los ciudadanos de Cataluña, que es la esencia y el fundamento de aquel derecho fundamental y la base para considerar una consulta como referendaria, tal y como la define la STC 103/2008. El hecho de que el artículo 3.1 de la ley diga que la opinión se manifiesta “*mediante votación*” no implica ni puede asimilarse sin más al ejercicio del “*derecho de voto*” porque el derecho de participación no se fundamenta en el ejercicio del derecho fundamental del artículo 23.1 CE y la referencia a la “votación” (que no ejercicio del derecho de voto) debe entenderse sólo en un sentido instrumental y no substantivo, es decir, como una forma de expresar una opinión.

- b) Porque la convocatoria y el procedimiento de realización de las consultas populares no referendarias no es ni pretende ser un proceso “electoral” con las características y garantías propias de éstos, como subraya la jurisprudencia constitucional para los referéndums, ya que este tipo de proceso está directamente relacionado con el ejercicio del sufragio. La ley no establece un procedimiento de estas características y existen diferencias relevantes entre ambos, como se verá en su momento. No hay que confundir aquí el intento de dotar de garantías de transparencia, pluralismo y fiabilidad a las consultas no referendarias, lo que es absolutamente lógico y normal para el rigor y la seriedad de los procesos participativos, con una burda voluntad de regular un proceso electoral encubierto o ficticio.

c) Y finalmente porque la ley no reserva o limita las consultas populares no referendarias a las decisiones políticas de trascendencia especial que conectan con la idea de participación política (artículo 23.1 y 92.1 CE). El artículo 3.1 de la ley utiliza unos términos muy diferentes cuando habla de opinar sobre “**actuaciones, decisiones o políticas públicas**” en general. Podría decirse que entre ellas cabrían cuestiones de especial trascendencia política, pero esto no bastaría para declarar inconstitucional la ley, porque esta no predetermina que su aplicación deba realizarse solo en estos supuestos y porque de la jurisprudencia constitucional (SSTC 119/1995 y 103/2008) no se desprende que siempre que una consulta tenga un alcance o trascendencia política deba utilizarse el proceso referendario. Si se analiza bien esa jurisprudencia, lo único que se deduce claramente de la misma es que el referéndum es un instrumento reservado para la participación política porque eso es consustancial al ejercicio del derecho fundamental del artículo 23.1 CE. Pero de ello no se desprende necesariamente que una cuestión de naturaleza y alcance político (como lo tienen en mayor o menor medida la gran mayoría de cuestiones públicas) quede sustraída a otras vías participativas cuando estas no pretenden obtener los efectos solemnes propios de un referéndum en los términos y alcance que derivan de la jurisprudencia constitucional.

3. Desde el punto de vista constitucional y en tiempo presente, no cabe duda alguna de que se impone una lectura abierta en favor de los instrumentos de participación ciudadana, más allá del cauce estricto de los referéndums. La noción de consulta popular no es equivalente a referéndum, sino que tiene un

sentido y alcance más amplio y polivalente. Y lo que importa destacar es que el fenómeno participativo no puede ser contemplado al margen de los principios y valores básicos de nuestro modelo constitucional. Por el contrario, la participación se erige como un instrumento indispensable para que esos valores sean algo más que declaraciones programáticas y se conviertan por obra del legislador en derechos que **refuerzan la *calidad democrática de un estado***.

El artículo 1 CE define el Estado como social *democrático* y de *derecho* que propugna como valor superior, entre otros, el *pluralismo político*. En sintonía con ello, el artículo 9.2. CE establece y dirige a los poderes públicos el mandato de promover la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Nótese al respecto que este mandato no se establece de forma sectorial o para determinados colectivos. El uso de la palabra “todos” permite entender que el mandato constitucional habilita para el legislador pueda establecer mecanismos participativos dirigidos al **conjunto** de los ciudadanos.

De forma similar al artículo 9.2 CE, el artículo 4.2 EAC reitera para el ámbito de Cataluña el mismo mandato, que el apartado 3 complementa con un segundo mandato dirigido a las instituciones catalanas de promover, entre otros valores, *la democracia y el pluralismo*.

Todos estos referentes dan mayor fuerza a la potencialidad de expresión del principio participativo en clara oposición con la tesis de fondo que se defiende en el recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno de acotar las consultas populares de ámbito general a la figura del referéndum y de reconducir a la misma cualquier proceso en el que se pretenda conocer la opinión de los

ciudadanos sobre un asunto de interés general, sobre todo si tiene trascendencia política.

Pero esta tesis *reduccionista* choca frontalmente con la “esencia” del principio democrático y con la interpretación favorable o “vis expansiva” bajo la que hay que ver el fenómeno participativo por el hecho de estar en juego algunos de los principales valores y principios constitucionales. Cualquier Estado y sociedad democráticos que se precien deben aspirar a conseguir el mayor grado de pluralismo, participación y transparencia y ello sólo es posible si se reconoce al legislador un amplio margen de actuación en materia de participación ciudadana al amparo de la Constitución.

4. Como adelantábamos en el escrito que esta parte presentó para la levantar la suspensión de los preceptos impugnados, el legislador estatal no ha hecho hasta ahora esfuerzos apreciables para impulsar el mandato del artículo 9.2 CE que trascendiera del ámbito meramente administrativo o local. A pesar de ser miembro del Consejo de Europa, no se han producido movimientos para actualizar la ley reguladora de los referéndums que lleva más de 30 años de vigencia sin cambios. Tampoco parece que haya habido mucha sensibilidad, interés y voluntad política para implementar las Recomendaciones del Consejo de Europa 1704/2005 y 121/2007 y el Código de buenas prácticas en materia de referéndums elaborado el año 2007 por la “Comisión Europea para la Democracia y el Derecho” del Consejo de Europa (conocida como “Comisión de Venecia”). La aplicación de dicho código de buenas prácticas podría haber dado a la institución del referéndum un marco más flexible de utilización modificando el carácter excepcional que ha tenido hasta ahora. Un ejemplo

podría ser la introducción de la iniciativa ciudadana, como hizo ya el Parlamento catalán en la Ley 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum.

Pero si en el ámbito estatal no ha habido movimientos significativos a favor del desarrollo de los referéndums y otras formas de consultas, no sucede lo mismo en el ámbito autonómico, donde concurre además un elemento de *proximidad* que justifica y permite desarrollar con mayor eficacia los instrumentos de participación. Diversas leyes han regulado consultas en el ámbito local (Ley 2/2001, de 3 de mayo, de Regulación de las Consultas Populares Locales en Andalucía y Ley foral de Comunidad de Navarra 27/2002, de 28 de octubre) o procesos participativos de ámbito autonómico (Ley 5/2010, de 21 de junio, canaria de fomento a la participación ciudadana).

La ley catalana 10/2014 que ahora se ha impugnado se insiere en esta línea y es la más completa y ambiciosa que se ha aprobado hasta ahora por pretender un desarrollo completo del artículo 122 EAC y dotar a los ciudadanos de Cataluña, conjuntamente con la Ley 4/ 2010, del marco más amplio posible para la participación ciudadana en los asuntos públicos y no sólo en el ámbito de participación administrativa.

Ciertamente, no puede decirse que la sola voluntad de promover procedimientos participativos deba primar por encima de los límites constitucionales y estatutarios que condicionan al legislador catalán en esta materia. Pero aparte de demostrar que estos límites no se han sobrepasado, sí que es indicativa de un quehacer coherente con el desarrollo de unos principios y valores constitucionales que el Estado pretende restringir mediante un recurso meramente “preventivo” que, si resultara ser acogido, eliminaría del

ordenamiento catalán la posibilidad de someter a consulta ciudadana, en los términos y efectos previstos en el Título II de la ley, de multitud de cuestiones de competencia autonómica o local de indudable interés público, en claro y evidente perjuicio para los ciudadanos de Cataluña.

IV

EL TÍTULO II DE LA LEY 10/2014 SE HA APROBADO AL AMPARO DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA QUE EL ARTÍCULO 122 EAC ATRIBUYE A LA GENERALIDAD

1. El recurso esgrime la competencia del Estado en materia de consultas referendarias como argumento para sostener la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados (el Título II, que regula las consultas populares no referendarias, y las disposiciones transitorias primera y segunda, y final primera, que tienen relación con el mismo).

La lógica de esa argumentación reside, como se reproduce a lo largo de todo el recurso, en considerar que las consultas del Título II de la Ley 10/2014 son en realidad referéndums, habiendo sido la intención del legislador catalán “enmascarar” esa realidad para poder realizar una verdadera consulta referendaria sobre la independencia de Cataluña al margen de lo establecido por la Constitución. Por eso entiende también que la regulación incurre en

fraude de ley (aplicable en este caso a la Constitución) y que el “nomen iuris” no puede esconder la realidad de las cosas.

Este punto de partida permite al Estado invocar sus competencias en materia de referéndums (especialmente los artículos 23.1, 81.1, 92.1 y 149.1.32 CE) para oponerlas a los preceptos impugnados. En este sentido, pone especial énfasis en que las consultas referendarias requieren siempre la autorización del Estado y que la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 debe extenderse, de acuerdo con la doctrina establecida en el FJ 69 de la STC 31/2010, a la entera disciplina de esta institución (el referéndum), esto es, también a su establecimiento y regulación.

Sobre este último punto esta parte no puede compartir esta extensión competencial de la regulación de los referéndums a partir de una “*vis atractiva*” tan intensa de la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE sobre el régimen electoral general y el desarrollo básico de los derechos fundamentales. Aun admitiendo que esta reserva tiene que operar en este caso, ello no implica que deba “*absorber*” íntegramente la regulación del derecho fundamental, pues si fuera así, no cabría ninguna regulación autonómica de desarrollo del artículo 23 CE, en clara contradicción con lo que ocurre en la realidad que presenta la regulación electoral sin que haya supuesto controversia. Baste recordar que las Comunidades Autónomas pueden aprobar su propia legislación electoral (que se basa, como es lógico, en el derecho del artículo 23.1 CE, y lo han hecho respetando sólo los principios generales o básicos establecidos por la LOREG).

Por consiguiente, este mismo esquema debería ser válido para el caso de los referéndums en el ámbito autonómico admitiendo una capacidad legislativa autonómica dejando a salvo la competencia del artículo 140.1.32 CE y

respetando los principios generales de la legislación estatal sobre referéndums. Hay que recordar que, en base a este entendimiento y al artículo 122 EAC, la Generalidad aprobó en su día la Ley 4/2010, de 5 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum que, a pesar de ser parcialmente recurrida (recurso de inconstitucionalidad 8912-2010), está actualmente en vigor al haber levantado el Tribunal Constitucional su suspensión por el Auto de 9 de junio de 2011.

2. A partir de la consideración de las consultas populares no referendarias creadas por la Ley 10/2014 como verdaderos referéndums, el recurso deduce que la regulación legal no tiene cabida en el artículo 122 EAC pues este precepto no la ampararía por las razones acabadas de exponer.

Obviamente, este planteamiento implica resolver la cuestión esencial y de fondo que plantea la impugnación de determinar, en términos *estrictamente jurídicos (no políticos)*, si es posible o no considerar la regulación del Título II de la ley como la regulación de unas consultas que tienen la naturaleza y las características propias de un referéndum. El recurso así lo cree y llega a esta conclusión porque entiende que cualquier modalidad de consulta que se verifique “mediante votación”, en la que pueda participar el cuerpo electoral y se garanticen los requisitos para validar la consulta y su resultado “se debe considerar un referéndum”.

Esta parte no comparte esta opinión porque entiende que esta visión es excesivamente simplista y existen otros elementos a considerar, entre ellos y muy especialmente la jurisprudencia constitucional, para poder resolver con

rigor esta cuestión y valorar todos los parámetros de comparación y poder establecer una asimilación o bien una diferenciación. Los argumentos de esta parte se exponen con detalle en el apartado siguiente de este escrito, pero interesa aquí avanzar que su conclusión aboga en favor de la **diferenciación** y, si es así, es obvio que el Título II de la ley tiene perfecto encaje y cobertura en el artículo 122 EAC.

En este sentido, hay que recordar que el artículo **122 EAC** reconoce a la Generalidad la competencia exclusiva para establecer el régimen jurídico y para convocar encuestas, audiencias públicas, fóruns de participación “y *cualquier otro instrumento de consulta popular*”, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 149.1.32 CE. Se trata de un precepto **abierto** que permite al legislador regular las modalidades expresamente mencionadas pero también cualquier otra forma de consulta popular, **entre ellas, las consultas no referendarias**. Por consiguiente, **el precepto estatutario deja al legislador un amplio margen de configuración e innovación legal en el que cabe la regulación del Título II** de la Ley 10/2014, entendiéndose que, como se demostrará después, esta regulación **no puede confundirse o asimilarse** con un referéndum al existir **diferencias esenciales** entre ambas formas participativas.

3. El recurso plantea otro elemento de debate cuando se refiere al ámbito de aplicación de las consultas no referendarias, poniendo en cuestión el alcance del término “*competencias*” (de la Generalidad o de las entidades locales) que el artículo 1 de la ley utiliza. Este precepto tiene carácter general y afecta a *todas las modalidades* previstas en la ley y establece el principio (y límite al

mismo tiempo) de que las convocatorias de consultas populares no referendarias y también de los otros mecanismos participativos deben producirse “*en el ámbito competencial de la Generalidad y de las entidades locales*”. El término utilizado en el artículo 1 es **idéntico** al del artículo 122 EAC y no debería haber problema alguno en este punto.

Sin embargo, la obsesión que tiene el recurso por el posible uso de la ley para convocar un referéndum sobre la independencia de Cataluña le lleva a entender que esa expresión, a pesar de ser clara y coincidente con la del artículo 122 EAC, esconde en realidad un “sentido expansivo, maximalista, fuera de la natural y literal inteligencia de este término jurídico”.

El recurso llega a esta conclusión por una vía indirecta que poco o nada tiene que ver con las reglas hermenéuticas ordinarias que deben aplicarse para establecer el contenido y alcance de las normas. La lectura notoriamente excesiva y sesgada del recurso se basa en elementos externos de la ley, que ni siquiera pueden conectarse con el procedimiento de elaboración de la misma, como son el hecho de que en dos *informes* de organismos dependientes del Gobierno de la Generalidad (Instituto de Estudios Autonómicos y Consejo Asesor para la Transición Nacional), se hayan sostenido interpretaciones amplias o extensivas del término “ámbito de competencias” que utilizan el artículo 122 EAC y el artículo 1 de la Ley 10/2014.

Visto desde esta perspectiva, es a todas luces evidente que la tesis del recurso no se sostiene en modo alguno, porque significaría someter la interpretación de una ley como resultado que es de la libre decisión democrática del Parlamento, a una opinión interpretativa ajena y sin ningún valor vinculante, como es lógico. Este enfoque que plantea el recurso está totalmente fuera de lugar, no sólo por

ese elemento político y democrático inherente a la aprobación de una ley, sino también porque la ley, una vez aprobada e integrada en el ordenamiento jurídico, sólo puede ser interpretada de acuerdo con los *cánones normales* de aplicación del derecho en los que no caben fórmulas retorcidas ni meramente especulativas, como las que defiende el recurso.

La referencia del artículo 1 de la ley al “*ámbito competencial*” es perfectamente clara, constitucional y estatutaria, puesto que coincide con la expresión que utiliza el artículo 122 EAC. Cuestión distinta es la de determinar cuál es su alcance y si el mismo admite una lectura que va más allá del concepto estricto o técnico de competencias y permite incluir también otras funciones institucionales que la Constitución o el Estatuto reconocen a la Generalidad. Pero esta es una cuestión interpretativa, que no puede afectar a la constitucionalidad de la ley cuando esta se ciñe a la terminología misma que utiliza el artículo 122 EAC.

En relación con esta cuestión esta parte debe advertir de la anomalía que significa abordarla en el recurso *sin impugnar el artículo 1 de la ley*, que es donde presuntamente se originaría este problema. Esto pone de relieve la verdadera naturaleza cautelar del recurso que es incapaz de ver la ley como un marco legal general, que es lo que realmente es, y sólo la ve como una ley “*ad hoc*” para una consulta determinada.

Este enfoque fuerza ostensiblemente el debate de constitucionalidad en el marco de un recurso abstracto contra la ley y pone en evidencia de nuevo al Estado porque su tesis de fraude de ley se le vuelve en contra y le es aplicable a él cuando intenta alterar la naturaleza del recurso de inconstitucionalidad.

V

LAS CONSULTAS POPULARES NO REFERENDARIAS REGULADAS EN EL TÍTULO II DE LA LEY 10/2014 NO SON REFERÉNDUMS

1. Todo el recurso de inconstitucionalidad se asienta sobre la tesis de que las consultas populares no referendarias que contempla el Título II de la Ley 10/2014 son “en realidad una regulación de una consulta referendaria”. A esta primera premisa el recurso anuda después, como ya se ha dicho, que la ley ha sido dictada con el objetivo último de dar cobertura jurídica necesaria para la convocatoria de un referéndum sobre la independencia de Cataluña.

Por consiguiente, el elemento **esencial y determinante** para la resolución del presente recurso radica en confirmar si la tesis que sostiene la representación del Estado es cierta o, por el contrario, si este enfoque es erróneo porque existe un fundamento jurídico sólido para entender que las consultas populares previstas en el Título II son lo que en realidad la ley dice que son, esto es, consultas populares “*no referendarias*”.

Los argumentos que utiliza el recurso para sostener su tesis es que los preceptos impugnados determinan un tipo de consultas de unas características que las asimilan materialmente a un referéndum de acuerdo con la doctrina en materia de consultas populares establecida por el Tribunal Constitucional, especialmente las SSTC 119/1995 y 103/2008. A esto se añade que la regulación de las consultas que hace la ley presenta también las connotaciones propias de una consulta referendaria, en la medida que permite que la consulta

pueda tener como sujeto participante el cuerpo electoral, y su desarrollo se basa en un procedimiento muy parecido al de un “proceso electoral” (censo; campaña institucional y política; formas de votación; administración electoral configurada por órganos similares a las juntas electorales; garantías jurisdiccionales, etc.). Finalmente, se aduce que las consultas populares previstas en la ley coinciden en cuanto a su objeto con el que tiene un referéndum consultivo de acuerdo con lo que establece el artículo 92.1 CE, considerando a dicho efecto que este precepto constitucional viene a establecer una especie de reserva “material” a favor del referéndum respecto de otras posibles formas de participación.

A partir de esta hipótesis, el recurso llega a la conclusión de que se vulneran las competencias del Estado en materia de referéndums, así como la reserva de ley orgánica que afecta a su regulación (arts. 23.1; 81.1, 92.1 y 149.1.32 CE).

2. Esta parte no puede compartir el planteamiento del recurso porque entiende que entre ambas consultas existen **importantes diferencias de concepto y de forma** suficientemente importantes que deben primar siempre respecto de posibles paralelismos o semejanzas que se pudieran establecer.

Desde el punto de vista conceptual y material es necesario recordar que las **notas definitorias** de una consulta referendaria han quedado establecidas en las STC 119/1995 y 103/2008, en unos términos que **toman siempre como punto de partida el ejercicio del derecho fundamental de participación política del artículo 23.1 CE:**

“El referéndum es un instrumento de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, esto es, *para el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE*” (STC 103/2008, FJ 2).

La *conexión* del referéndum con este derecho determina, según expone esa jurisprudencia, que la consulta se realice mediante una convocatoria al “cuerpo electoral”, como sujeto titular del derecho de sufragio, para que se pronuncie sobre una cuestión de especial relevancia política a través del ejercicio del **derecho de voto** y en el marco de un “*procedimiento electoral*”. Estos son los elementos que definen *materialmente* una consulta como referendaria y evidencian la inseparable conexión que este tipo de consultas tiene con el derecho de participación política del artículo 23.1 CE. El titular del derecho es el cuerpo electoral, el derecho constitucional que se ejerce es el de sufragio activo o derecho de voto y, a su vez, el ejercicio efectivo del mismo debe hacerse en el marco de un procedimiento electoral porque este es el procedimiento previsto para ejercer el derecho de sufragio.

Por esta razón, la misma STC 103/2008 precisa que las formas de participación “**no reconducibles a las que se conectan con el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.1 CE son fórmulas que difieren de aquellas**” (se refiere al referéndum).

Es importante destacar que el Tribunal Constitucional considera que el ejercicio del derecho fundamental de participación política del artículo 23.1 CE, en su modalidad de participación directa, supone la manifestación de la “*soberanía popular*” o de la “*voluntad general*” (SSTC 119/1995, FJ 3 y 4, y 103/2008, FJ2), ya que aun siendo una forma de participación inorgánica se entiende que

es el cuerpo electoral, como sujeto del derecho, el que actúa como “*órgano*” de expresión democrática, en claro paralelismo con la que expresan las cámaras legislativas en el caso de la participación ordinaria mediante representantes, fundamentada también en el artículo 23.1 CE.

De esta doctrina no puede deducirse una “*vis expansiva*” del referéndum sino todo lo contrario. Como precisan las SSTC 119/1995 y 103/2014, la participación a que se refiere el artículo 23.1 CE *no agota* otras formas de manifestación del fenómeno participativo, **porque pueden existir otros títulos participativos** que deriven de otros derechos constitucionales o **derechos reconocidos por el legislador**. Por tanto, el referéndum *queda acotado* al ejercicio del derecho de participación del artículo 23.1 CE y su figura o identidad *no puede ser extendida* a aquellas otras formas de participación en las que no se ejerza ese derecho sino otro distinto que haya podido configurar el legislador al amparo del mandato general de promoción de la participación ciudadana y, en nuestro caso concreto, además, en el ejercicio de la competencia del artículo 122 EAC.

Establecida esta premisa, la pregunta clave que debe responderse es si el derecho de participación que ha creado y regulado la Ley 10/2014 en su Título II es el derecho del artículo 23.1 CE o debe equipararse al mismo, que es lo que sostiene el recurso, o bien, por el contrario, se trata de un derecho distinto.

Para responder esta cuestión es necesario precisar que en ningún momento la ley impugnada apela al artículo 23.1 CE como fundamento del derecho de participación que reconoce. Tampoco apela siquiera al apartado 1 del artículo 29 EAC, que podría considerarse el equivalente a nivel catalán de aquel precepto constitucional.

También resulta esencial constatar cómo el derecho que contempla el artículo 3.1 de la ley, ahora impugnado, no se configura como un derecho de sufragio o derecho de voto sino como el derecho a **manifestar una opinión**, es decir, sin ese elemento de solemnidad y de trascendencia constitucional que implica el ejercicio del derecho de voto. No es lo mismo articular el derecho de participación sobre el ejercicio del derecho de sufragio activo o de voto del artículo 23.1 CE, que prever que la forma de manifestación de una opinión se produzca “*mediante votación*”. El hecho de que una opinión se manifieste mediante votación no implica necesaria e ineludiblemente que se ejerza el derecho de voto en el sentido del artículo 23.1 CE, puesto que no lo contempla así el artículo 3.1 de la ley y la referencia “mediante votación” no alude al contenido sustantivo del derecho sino que en este caso tiene solo un significado **instrumental**, es decir, como procedimiento para expresar y recoger la opinión y no para elegir a ningún representante o dar apoyo o validar una decisión o propuesta.

En relación con lo que se acaba de exponer es importante hacer dos comparaciones que sirven para diferenciar la naturaleza del derecho que contempla la ley impugnada respecto del derecho de sufragio. La primera es la que puede establecerse respecto del derecho que recoge la Ley 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum, cuyo artículo 4 contempla como sujetos del derecho de participación a “las personas que tienen derecho de voto en las elecciones al Parlamento de Cataluña o en las elecciones municipales”. La segunda es la importante modificación que sufrió la ley impugnada durante su tramitación parlamentaria en este punto concreto, al modificar la versión inicial de la proposición de ley (BOPC núm. 50, de 27 de marzo de 2013, págs. 6 a 14) que hacía expresa referencia en su Preámbulo al

artículo 23.1 CE y articulaba el derecho de participación mediante el ejercicio del derecho de voto libre, directo y secreto (artículo 2, letra a)).

3. La configuración legal del derecho de participación que se desprende del artículo 3.1 y, en general, del título II de la Ley 10/2014 se aleja del derecho de participación del artículo 23.1 CE, precisamente para diferenciar este cauce participativo del marco concreto del referéndum y de lo que esta institución jurídica significa y representa.

A pesar de que en este caso el referéndum sólo sería consultivo como se desprende del artículo 92.1 CE, los efectos que se anudan al ejercicio del derecho del artículo 23.1 CE, en cuanto a expresión de la soberanía popular y de la voluntad general por parte del cuerpo electoral, le dan un valor político especial y solemne, con lo que esto significa de cara a la subsiguiente actuación del poder público convocante en relación con la cuestión sometida a consulta, Por esta razón se ha discutido hasta qué punto la respuesta a un referéndum consultivo puede resultar vinculante por la carga democrática que supone el ejercicio del derecho de voto.

Este es un punto que marca una diferencia notable con el régimen previsto en la Ley 10/2014, cuyo artículo 8 circunscribe los efectos de la consulta a “**conocer la opinión**” sobre la cuestión sometida a consulta sin que el resultado tenga carácter vinculante y preservando al mismo tiempo un *amplio margen de decisión política*, ya que la ley sólo obliga a la autoridad convocante a “**pronunciarse**” sobre la incidencia de la consulta en la *actuación pública* que ha sido objeto de la misma.

Lo que se acaba de exponer permite sostener que dentro de la amplia capacidad de configuración que tiene el legislador, el formato que diseña el Título II de la Ley 10/2014 puede ser contemplado desde la perspectiva de un derecho de participación **de nueva creación y regulación**, pero incluso también desde la perspectiva del derecho fundamental del artículo 20 CE, esto es, como un procedimiento dirigido a los ciudadanos o, en su caso, a un sector de los mismos, de acuerdo con el artículo 5, para que puedan **expresar su opinión** como una forma posible dentro del amplísimo espectro que permite el apartado 1, letra a), de dicho precepto constitucional.

Este enfoque puede ser objeto de consideración si entendemos que el derecho de expresar opiniones por medio de “la escritura o cualquier otro medio de reproducción” incluye también, dentro de su amplio campo de posibilidades, expresarla mediante votación. Es evidente que esta hipótesis no podría ser considerada si el derecho que se ejerce es el de sufragio activo, pues en este caso es obvio que se trata del derecho de participación del artículo 23.1 CE. Pero la cobertura del artículo 20 CE puede ser defendida **cuando no se ejerce este derecho específico y concreto**, porque el proceso no se basa en el ejercicio del derecho de voto y tiene como única finalidad establecer un cauce legal para la expresión y conocimiento de “una opinión”.

Existe aquí un matiz importante respecto del derecho de participación que adquiere toda su fuerza y significado cuando la consulta se refiere a una “decisión”, ya que en este caso los ciudadanos participan en la “toma” de la misma. En cambio, el artículo 3.1 de la ley impugnada tiene un alcance mucho más amplio y “prospectivo” cuando alude en sentido más amplio a actuaciones o políticas públicas.

Si bien es cierto que el derecho del artículo 20.1, letra a) CE es un derecho individual de ejercicio autónomo que no requiere ningún cauce preestablecido para su efectividad, nada impide que el legislador pueda implementar un procedimiento para ofrecer a los ciudadanos la posibilidad de opinar sobre una determinada cuestión en unos términos y unas condiciones que aquellos son libres de aceptar y de decidir si responden o no al llamamiento institucional. En este sentido puede ser oportuno recordar que la libertad de expresión se entiende también como una manifestación del principio democrático que trasciende su vertiente de derecho individual o privado y comporta también una responsabilidad pública de proteger y promover su ejercicio dentro del marco que contempla el artículo 9.2 CE.

Se podría objetar que al derecho de expresión le es inherente una vertiente “pública” por su naturaleza y no cabe en la misma un supuesto en que la opinión se formule de forma reservada. Esta observación es cierta porque lo que garantiza esencialmente el artículo 20 CE es la libre difusión de ideas y opiniones por cualquier medio y su conocimiento político. Pero también es cierto que el reconocimiento de este derecho fundamental es tan *amplio y abierto* que no permite excluir “*a priori*” que la opinión pueda manifestarse también bajo reserva sin cumplir necesariamente el requisito de “publicidad”.

Sobre esta cuestión no existen pronunciamientos explícitos en nuestra jurisprudencia constitucional pero puede ser oportuno recordar que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha aceptado, en base a la primera enmienda (que es la que reconoce la libertad de expresión, entre otros derechos), que el derecho de “*permanecer anónimo*” es compatible con la libertad de expresión, salvo si se utiliza para amparar conductas fraudulentas (McIntyre vs. Ohio Election Commission, de 19 de abril de 1995). La idea de fondo es que la libertad

de expresión también puede ejercerse de forma *reservada*, especialmente en aquellos casos en que la expresión de la opinión pudiera tener consecuencias negativas para quien la emite por razón de su contenido.

VI

ADEMÁS DE SU DIFERENTE NATURALEZA MATERIAL, EXISTEN OTRAS DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS REFERÉNDUMS Y LAS CONSULTAS POPULARES QUE REGULA EL TÍTULO II DE LA LEY 10/2014

1. En el apartado anterior acabamos de ver como existe una diferencia *conceptual* entre los referéndums y las consultas populares no referendarias previstas en el Título II de la Ley 10/2014.

Sin embargo, en el escrito de recurso no sólo se plantea la tesis de la identidad material entre ambas figuras sino que se intenta demostrar que existen otros motivos para sostener tal equiparación por razón del objeto que pueden tener las consultas no referendarias y por el presunto mimetismo o paralelismo que se podría comprobar comparando el régimen jurídico de ambas figuras.

Respecto del objeto que pueden tener las consultas no referendarias, se plantea la posible coincidencia con el que pueden tener los referendos consultivos previstos en el artículo 91.2 CE, lo que daría pie a argumentar la existencia de una eventual “reserva de referéndum”, que excluiría, por tanto, la posibilidad de que otras fórmulas de participación pudieran tener como objeto consultas sobre cuestiones políticas de trascendencia especial desde el punto de vista ciudadano.

Hay que señalar en primer lugar que existe una gran diferencia entre la terminología que utiliza el artículo 92.1 CE (decisiones políticas de trascendencia especial) y la que utiliza el artículo 3.1 (actuaciones, decisiones o políticas *públicas*). Como puede deducirse fácilmente, el referéndum está pensado para someter a consultas, mediante el ejercicio del derecho de voto del artículo 23.1 CE, cuestiones de especial trascendencia o relevancia política, de lo que se desprende que sólo en este caso está justificada la utilización de esta figura. Por el contrario, las consultas del Título II de la Ley 10/2014 tienen un planteamiento muy distinto y mucho más **flexible**, porque de lo que se trata es de que puedan ser sometidas a consulta cualquier actuación, decisión o política pública en el sentido más *amplio* que permite esta redacción legal.

En definitiva, la terminología que utiliza el artículo 3.1 de la ley es claramente indicativo de que este tipo de consultas no está pensado como un instrumento excepcional, sino como un **mecanismo ordinario o normal de participación** al alcance de las instituciones y también de los ciudadanos por medio de la iniciativa popular.

Esta visión amplia y flexible de las consultas no referendarias se omite deliberadamente en el recurso al convertir la Ley 10/2014 en una ley concebida

sólo para “preguntar sobre la independencia de Cataluña”, cuestión que formulada en estos términos concretos, se pone en cuestión con el marco teórico del artículo 92.1 CE por su evidente trascendencia política.

Sin embargo, ello olvida que no se está aquí enjuiciando una ley singular aprobada para esa consulta en concreto, que el recurso asume por su cuenta y riesgo, sino una ley general de consultas que no puede ser considerada inconstitucional por el sólo hecho de que pueda ser utilizada para esa finalidad. Como ya hemos dicho varias veces, una ley general nunca puede ser declarada inconstitucional en el marco de un proceso de control abstracto por el mero riesgo de que un acto de aplicación, entre los muchos que permite, pudiera eventualmente entrar en contradicción con la Constitución. Y teniendo en cuenta siempre la fórmula concreta en que se plantease y no a partir de un contenido *imaginario*, como hace el recurso.

Pero es que además tampoco puede afirmarse que este caso hipotético debiera tener una solución como propugna el recurso por dos razones. En primer lugar, porque si existe una “reserva material” ésta sería, como se ha indicado, la que impide que el referéndum se utilice para cuestiones que no sean de especial trascendencia política. Y en segundo lugar, porque no se desprende de forma clara e inequívoca de la Constitución, ni de la ley reguladora de las modalidades de referéndum, que los ciudadanos no puedan ser preguntados sobre cuestiones de relevancia política por otros medios, siempre que no pretendan conseguir los efectos propios de un referéndum en los términos que expresa la jurisprudencia constitucional y que antes se han recogido.

La diferencia no juega en este terreno, que sería además de difícil interpretación en muchos casos, sino en la diferente naturaleza y el diferente valor político y jurídico que se da entre el referéndum, como expresión concreta del derecho fundamental del artículo 23.1 CE y las consultas populares no referendarias entendidas como un mecanismo que no pretende revestirse de aquellas características. El hecho mismo de que el artículo 92.1 CE diga que las decisiones políticas de especial trascendencia “**podrán**” ser sometidas a referéndum avala la lectura flexible que se acaba de proponer, porque el uso de este término potestativo difícilmente encaja con la voluntad constituyente de haber ésta querido establecer una reserva material en sentido excluyente.

Respecto al paralelismo entre el régimen jurídico de los referéndums y el previsto en el Título II de la ley para las consultas no referendarias, un análisis preciso y riguroso de los preceptos impugnados pone de relieve que **existen diferencias notables** entre ambos que impiden hablar de un procedimiento referendario o electoral “*encubierto*”. Y esto no sólo porque el derecho que se ejerce en este caso no es el del artículo 23.1 CE, como se ha dicho tantas veces, sino porque existen otras muchas variables.

En este punto el recurso olvida que *todo* proceso de participación debe contar con un sistema de garantías. Esencialmente la *identificación de su ámbito subjetivo*, un procedimiento que asegure la efectiva aplicación de los principios de *transparencia, publicidad, claridad, acceso a la información, pluralismo, neutralidad institucional y un sistema de garantía* para la fiabilidad de la participación y del resultado. El recurso considera estos elementos como si fueran un monopolio de los referéndums pero este planteamiento es erróneo

porque cualquier proceso participativo que se precie y se quiera establecer de forma seria y rigurosa debe contar con ellos.

A pesar de ello y contestando directamente a los “paralelismos” o “identidades” que el recurso dice apreciar, vamos a destacar a continuación las **diferencias esenciales** que se dan entre la modalidad referendaria y la de las consultas reguladas en el Título II de la ley impugnada.

El recurso pone especial énfasis en presentar el “*cuerpo electoral*” como si fuera el destinatario único de la consulta, considerando además que el hecho de que los titulares del derecho de voto puedan participar en la consulta supone que la misma se fundamenta en el cuerpo electoral como es lo propio del referéndum. Sin embargo, se olvidan dos cosas muy importantes. En primer lugar, que el “cuerpo electoral” **sólo actúa como tal cuando se ejerce el derecho de participación política del artículo 23.1 CE**, cosa que no sucede en este caso, como ya se ha argumentado en el anterior apartado 5. Y en segundo lugar, que del Título II de la ley, y más concretamente de los artículos 3.3 y 5, no se desprende esa identidad de sujeto, porque las consultas pueden ser generales o sectoriales, las personas legitimadas para participar no han de coincidir siempre con los titulares del derecho de sufragio y las convocatorias concretas de cada consulta son las que han de determinar, dentro del universo previsto en el artículo 5 de la ley, aquellas personas que, por la naturaleza de la consulta, pueden participar en la misma (apartado 2 del artículo 5). La posibilidad de que puedan participar en las consultas los mayores de dieciséis años supone, por sí sola, una diferencia relevante respecto del cuerpo electoral, a lo que hay que añadir la eventual participación de los ciudadanos nacionales de los estados miembros de la Unión Europea o de terceros estados si reúnen las condiciones de residencia prevista en la ley.

El recurso intenta presentar esta ampliación subjetiva como un nuevo incumplimiento constitucional por entender que se amplían los titulares del derecho de voto. Esto podría ser cierto si el derecho que se ejerce fuera el del artículo 23.1 CE, pero no es el caso, porque la ley no se basa en este derecho como fundamento de la participación que regula, como ya se ha dicho, y por esta razón define un modelo de legitimación propio y específico.

2. En relación con el *procedimiento*, la atenta lectura de los preceptos impugnados pone de manifiesto que no se pretende establecer una regulación “electoral” sino una regulación propia y específica para las consultas dentro del marco de configuración que dispone el legislador. En ningún momento se desprende de la ley que el procedimiento de realización de las consultas no referendarias se base, como dice la STC 103/2008, en el censo electoral, se gestione por la administración electoral y se asegure con las garantías jurisdiccionales específicas que determina la legislación electoral (LOREG).

La previsión de un registro de participación es un instrumento necesario para la aplicación de la ley en sus diferentes modalidades de convocatoria (general o sectorial o por selección de colectivos concretos). Es un elemento de garantía indispensable de cualquier procedimiento participativo sin el cual no podría verificarse en unas condiciones mínimas de fiabilidad. Es un instrumento necesario asimismo para poder llevar a cabo las consultas y eso no lo convierte, sin más, en un censo “electoral” como pretende el recurso.

Además, contestando específicamente a la denuncia que en este punto hace el recurso sobre la cesión de datos para integrar el registro de participación a

partir de los datos obrantes en el registro de población de Cataluña, hay que recordar que la Ley orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal, permite esta cesión cuando así lo autorice una ley, como ocurre en este caso (artículo 6.2), autorización que está perfectamente justificada por tratarse de una cesión vinculada directamente al ejercicio de una competencia estatutaria como es la que reconoce el artículo 122 EAC.

En lo que concierne a la *realización* de las consultas, no cabe duda alguna de que su desarrollo debe contar con unos requisitos que permitan aplicar los principios que señalan los artículos 2.1 y 13.1 de la ley (fiabilidad, transparencia, neutralidad, objetividad y cumplimiento del régimen jurídico previsto), ya que sin ellos el proceso participativo carecería de rigor alguno y eso afectaría, como es lógico, a su resultado. Por eso es totalmente lógico y normal que la ley garantice la participación de los agentes políticos y sociales en el proceso (partidos políticos, organizaciones interesadas), asegure el debate público para la información y el contraste de posiciones sobre el objeto de la consulta mediante la correspondiente campaña y el uso, en su caso, de los medios de comunicación de titularidad pública, y obligue al poder público convocante a abrir un periodo de difusión institucional.

3. Como es lógico, la ley también debe *regular cómo se manifiesta la opinión*, esto es, como se ejerce el derecho de participación. De acuerdo con el artículo 3.1 la opinión se manifiesta "*mediante votación*", lo que no significa, como se ha expuesto antes, que se ejerza el derecho de voto o sufragio activo del artículo 23.1 CE. El recurso parte de este *implícito* pero lo cierto es que la ley no articula la participación sobre el ejercicio del derecho de voto de ese

precepto constitucional sino que únicamente indica que la opinión se expresa por medio de un sistema de votación. La votación constituye, pues, el *instrumento* mediante el cual se conoce y recoge la opinión manifestada, como sucede, por lo demás, en muchos ámbitos públicos y privados, donde se valoran iniciativas o propuestas o incluso se eligen personas o se toman decisiones mediante un sistema de votación, **sin que ello pueda confundirse con el ejercicio del derecho constitucional de participación política del artículo 23.1 CE.**

4. El *sistema de garantías* previsto en la ley tampoco puede verse como un intento de regular o suplantar una administración electoral. La ley no pretende esto. Sólo pretende asegurar la fiabilidad, transparencia, neutralidad y objetividad de los procesos de consulta mediante unos mecanismos (la Comisión de Control, las Comisiones de Seguimiento y las Mesas de Consultas) que permitan garantizar que tales requisitos se cumplen.

Obviamente no se trata de organismos electorales ni de una administración electoral, porque el procedimiento no tiene esta naturaleza por no estar en juego el derecho del artículo 23.1 CE. Y esto supone que los órganos de garantía sean también distintos en cuanto a su **composición y forma de designación** a los de la administración electoral, siendo importante destacar en este sentido el hecho de que no incorporan miembros del poder judicial, circunstancia que según la STC 103/2008 sería necesaria si se tratara de un verdadero procedimiento electoral.

Finalmente, cabe señalar que el sistema de garantías también difiere del electoral cuando se trata de la garantía jurisdiccional. No existe aquí tampoco contencioso-electoral como sistema de *control judicial especial* en los términos establecidos para los procesos electorales en la LOREG, sino un régimen de control ordinario de los actos administrativos, de acuerdo con la naturaleza de la Comisión de Control, que es la última instancia decisoria en relación con todas las incidencias que puedan plantearse en las consultas no referendarias (artículo 15 de la ley).

5. Para terminar este apartado, esta parte considera necesario destacar otras diferencias importantes que se dan entre una regulación referendaria y la que contempla la ley impugnada. El recurso hace hincapié en los paralelismos pero **omite** la existencia de otros elementos que amplían las diferencias que se acaban de exponer.

Uno de ellos es que el diseño de las consultas populares no referendarias se plantea como un cauce especialmente flexible en cuanto a su ejercicio, en contraste con la excepcionalidad que tiene el referéndum por basarse éste en el derecho del artículo 23.1 CE, con las consecuencias que esto supone y que resalta la jurisprudencia constitucional. Y una buena muestra de esa flexibilidad es que las consultas no referendarias admiten diversos formatos por razón de su ámbito *territorial* (nacional, municipal o supramunicipal) o de su alcance *general o sectorial*.

Otros aspectos diferenciales a destacar son el principio de *voluntariedad* en la composición de las Mesas de Consultas o la *ausencia* en la ley de un régimen

sancionador, elemento básico de garantía de todo proceso de naturaleza electoral.

Otro aspecto a destacar es el hecho de que la convocatoria de las consultas no se reserve a la iniciativa institucional (Generalidad y entidades locales) sino que se reconozca en términos especialmente reforzados el derecho de *iniciativa ciudadana* (artículos 30 a 39), iniciativa que obliga a convocar la consulta si se cumplen los requisitos legales exigibles. Existe aquí otra diferencia importante con el referéndum que demuestra el simplismo mediante el cual el recurso desarrolla su argumentación cuando afirma que la Ley 10/2014 regula un procedimiento electoral y con ello subvierte el contenido de la legislación y vulnera las competencias del Estado en esta materia (art. 81.1 CE). No hay tal subversión ni vulneración por la sencilla razón de que la ley ni pretende ni hace un regulación de naturaleza electoral, tal y como ha quedado expuesto.

Para confirmarlo definitivamente resulta obligado recordar que este tipo de regulación (la electoral) es la que se encuentra en la Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum, en coherencia con la naturaleza de estas consultas. El recurso olvida de nuevo que el Parlamento ya ha regulado las consultas referendarias en esa ley y que la finalidad de la ahora impugnada no es la de volver a regular un referéndum, **lo que sería incoherente y absurdo**, sino la de establecer una modalidad distinta de consulta popular.

VII

EL TÍTULO II DE LA LEY PUEDE SER UN CAUCE LEGAL IDÓNEO PARA EL EJERCICIO DEL “DERECHO A DECIDIR” EN LOS TÉRMINOS EXPUESTOS EN LA STC 42/2014, DE 25 DE MARZO

1. Como ya se señaló en el escrito mediante el cual se pide el levantamiento de su suspensión, es público y notorio que la aprobación de la ley impugnada guarda relación con el proceso democrático y social abierto en Cataluña desde hace unos años, que tiene como objetivo que el pueblo de Cataluña *pueda ser consultado sobre su futuro político*.

Sin embargo, ello no significa, tal y como se ha dicho también, que la ley sea una ley sólo para esa consulta, dado que tiene un alcance general y está **pensada para ser aplicada** a conocer la opinión de los ciudadanos sobre **cualquier asunto de competencia autonómica o local**. El hecho de que la ley pueda ser utilizada para hacer una consulta sobre el “*derecho a decidir*” no significa que su enjuiciamiento constitucional se haga a partir de esa única posibilidad, y no se consideran todas las demás expectativas que abre la ley respecto a cualesquiera otros asuntos de interés público, con perjuicio directo del derecho de participación que reconoce la ley y de los principios y valores

constitucionales y estatutarios citados reiteradamente en este escrito y, en definitiva, de la misma democracia.

A lo largo de este escrito ya se ha insistido suficientemente sobre esta cuestión, sobre todo porque el recurso de inconstitucionalidad se ha planteado erróneamente sobre esta hipótesis, **negando la realidad del contenido de la ley** y presentándola como la ley del “referéndum sobre la independencia de Cataluña”. No nos cansaremos de insistir en que este enfoque revela un evidente fraude procesal porque quiere convertir el marco de un recurso de inconstitucionalidad en un impugnación “ad casum”, que sólo podría plantearse a partir de un acto de aplicación de la ley, bien impugnando directamente ese acto, bien mediante una cuestión de inconstitucionalidad si se considerara que el problema de constitucionalidad reside en la ley que le da cobertura.

2. Aunque no sea estrictamente necesario entrar en este aspecto concreto de la aplicación de la ley por razón de la naturaleza abstracta del recurso que se acaba de comentar, el hecho de que se haya convocado mediante el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, una consulta popular sobre el futuro político de Cataluña (que ha sido también objeto de impugnación en sede constitucional) invita a esta parte a entrar en esta cuestión, porque no se quiere eludir el problema de fondo sino poner de relieve que el Título II de la ley también puede dar cobertura a una consulta sobre el futuro político de Cataluña si la convocatoria que se hace en aplicación de la ley no se formula como un referéndum de autodeterminación, sino en unos términos muy distintos.

En efecto, esta clase de consulta “no referendaria” y que no es de “autodeterminación” podría realizarse en el marco del Título II de la Ley 10/2014, porque esta posibilidad **tiene un claro apoyo en la doctrina que el**

propio Tribunal Constitucional ha establecido recientemente en la STC 42/2014, de 25 de marzo, si se dan las condiciones *políticas y jurídicas* que establece la misma.

Esta sentencia, que a continuación vamos a recordar y que de forma incomprensible **omite el recurso**, otorga al “*derecho a decidir*” un ***reconocimiento constitucional claro y avala la posibilidad de una consulta*** en unos términos que la ley impugnada consideramos que respeta.

3. La STC 42/2014 resolvió la impugnación de la Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, de 23 de enero de 2013, por la que se aprobaba la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña.

De la lectura de la resolución parlamentaria no cabe duda alguna de que su finalidad era la de dar un respaldo político solemne al ejercicio del llamado “*derecho a decidir*” del pueblo de Cataluña en relación a su futuro político colectivo. Así se desprende con meridiana claridad de su preámbulo, cuando subraya la voluntad de que el pueblo de Cataluña pueda determinar libre y democráticamente su futuro colectivo “***por medio de una consulta***” e invoca como precedente de ese derecho otras resoluciones del mismo Parlamento y como *fundamento democrático* las últimas elecciones al Parlamento de Cataluña celebradas el día 25 de noviembre de 2012, que expresaron y confirmaron esta voluntad de forma inequívoca al haber dado una clara mayoría a las fuerzas políticas que en sus programas electorales destacaban de forma especial su apuesta por el derecho a decidir.

La Resolución 5/X fue adoptada para *iniciar* el proceso para hacer efectivo el derecho a decidir, de acuerdo con los principios establecidos en la misma, entre los que hay que destacar, a los efectos que aquí nos ocupan, el de *legitimidad democrática*, el de *legalidad* y el del *diálogo y negociación con el Estado*.

4. En la sustanciación de la impugnación se planteó el debate acerca de si una resolución como la 5/X podía ser objeto de un juicio de constitucionalidad por razón de su naturaleza parlamentaria y política (ejercicio de la función de impulso de la acción de gobierno). Sin pretender reabrir aquí ese debate, interesa destacar que el Tribunal consideró que “*sin perjuicio de su marcado carácter político, la Resolución 5/X **tiene carácter jurídico** y, además, **produce efectos de esa naturaleza**”.*

Por esta razón, el Tribunal entró en el análisis de la adecuación constitucional de la resolución y determinó en el fallo la estimación *parcial* de la impugnación, declarando inconstitucional y nulo su principio primero (soberanía) pero *considerando constitucional* el resto de la declaración, con la única salvedad de que las referencias al “*derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña*” debían ser interpretadas en el sentido expuesto en los FJ 3 y 4 de la Sentencia.

Al dar valor jurídico a la Resolución y reconocer la constitucionalidad de la misma en esos términos, es lógico entender que el Tribunal **admitió la posibilidad de realizar la consulta**, ya que, si no fuera así, debería haber declarado la inconstitucionalidad de toda ella, pues esa era y es, clara e inequívocamente, su finalidad. Toda la resolución 5/X se basa en esa hipótesis

y los principios que contiene se formulan como principios que deben inspirar el proceso para ejercer el “derecho a decidir”, esto es, ***para que los ciudadanos puedan ser consultados sobre el futuro político de Cataluña.***

Este es, pues, el marco referencial de la doctrina establecida por el Tribunal cuando interpreta el sentido y alcance del derecho a decidir para hacerlo *compatible con la Constitución*, y a dicho efecto hace una serie de declaraciones muy importantes en el sentido que:

- a) El “derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña” no puede ser entendido como una manifestación de un derecho a la autodeterminación no reconocido en la Constitución, o como una atribución de soberanía no reconocida en ella, pero sí ***“como una aspiración política a la que sólo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional”***.

- b) Una Comunidad Autónoma no puede *unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación* para decidir sobre su integración en España, conclusión que el mismo Tribunal reconoce expresamente que es *“del mismo tenor”* que la que formuló la Corte Suprema del Canadá en su pronunciamiento de 20 de agosto de 1998.

- c) En base al principio de “*legitimidad democrática*” invocado por la Resolución impugnada, es posible reconocer que una “***minoría pueda hacer propuestas y expresarse sobre las de la mayoría, pues un elemento basilar del principio democrático es el proceso de construcción de decisiones y la democracia tiene importancia como procedimiento y no sólo como resultado***”.
- d) La Constitución no aborda ni puede abordar expresamente todos los problemas que se pueden suscitar en el orden constitucional, en particular los derivados de la voluntad de una parte de alterar su estatuto jurídico. Los problemas de esta índole no pueden ser resueltos por el Tribunal Constitucional, cuya función es la de velar por la observancia estricta de la Constitución. Razón por la cual, los *poderes públicos* y muy especialmente los poderes territoriales “*son quienes están llamados a resolver mediante el diálogo y la cooperación los problemas que se desenvuelven en este ámbito*”.
- e) La primacía de la Constitución no implica una obligación de adhesión a la misma porque **no determina un modelo de “*democracia militante*”**, como ya había reconocido la jurisprudencia constitucional en otras ocasiones (SSTC 48/2003, FJ 7; 5/2004, FJ 17; 235/2007, FJ 4; 12/2008, FJ 6; o 31/2009, FJ 13). Por consiguiente, el planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional “***tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que***

no se proponga o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución".

- f) La *apertura de un proceso* de tales características no esta predeterminada en cuanto al resultado pero el deber de "*lealtad constitucional*" por parte de los poderes públicos requiere que si una Asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma formula una propuesta de reforma constitucional en tal sentido, y en base a los artículos 87.2 y 166 CE, el Parlamento español "*deberá entrar a considerarla*".

5. La síntesis de la doctrina establecida en la STC 42/2014 no puede ser otra que la que **admite la posibilidad de una consulta sobre el futuro político de Cataluña**, porque, si no fuera así, tal y como se ha dicho, el Tribunal hubiera tenido que declarar inconstitucional toda la resolución, una vez reconocido que tiene efectos jurídicos, porque la finalidad que persigue la resolución es inequívocamente la de **iniciar el proceso para hacer la consulta**.

Ahora bien, para que esa consulta sea "*constitucional*", el Tribunal establece dos límites infranqueables. El primero es que esa consulta **no se plantee unilateralmente como un "referéndum de autodeterminación"** para decidir sobre

la integración en España de una comunidad autónoma. El segundo es que la consulta **no ignore que la concreción efectiva del derecho a decidir debe realizarse siempre en el marco de los procedimientos de reforma constitucional.**

Por tanto, respetando estos dos límites, el derecho a decidir, entendido en el sentido que expone la sentencia, puede **prepararse, defenderse y también expresarse** en base al principio democrático y, dentro de ese margen, cabe considerar la posibilidad de una consulta al pueblo de Cataluña siempre que cumpla con los dos requisitos anteriormente expuestos.

Como reconoce la misma sentencia, la defensa de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional, no solo es posible dentro de una Constitución “no militante” sino que debe considerarse como una **cuestión política que no puede resolverse en términos estrictamente jurídicos**, más allá de los límites mismos que impone la Constitución y la función del Tribunal Constitucional, que, como él mismo destaca en la sentencia, es la de velar por la observancia estricta de la Constitución y no la de resolver problemas de índole esencialmente política.

La necesidad de deslindar el plano político y el plano jurídico en una cuestión como esta se encuentra meridianamente expuesta en la sentencia cuando hace hincapié en el principio de *diálogo y cooperación* entre los poderes territoriales y también en la referencia expresa que se hace al pronunciamiento de la Corte Suprema del Canadá, de 20 de agosto de 1998, cuya filosofía básica recoge la misma STC 42/2014.

La idea de fondo que subyace en ambos casos, es, en definitiva, la de salvaguardar la legalidad constitucional mediante los dos límites antes

mencionados (imposibilidad de un referéndum unilateral de autodeterminación y reforma constitucional), pero admitiendo que entre los mismos existe un **amplio espacio para la decisión política** apelando a que esta se adopte por medio del diálogo y la negociación entre las partes implicadas. En este sentido, la referencia explícita al pronunciamiento de la Corte Suprema del Canadá pone de relieve la legitimidad de impulsar una consulta que no sea un referéndum de autodeterminación en base a la cual pueda iniciarse, según su resultado, un proceso de reforma constitucional sin un desenlace predeterminado. Y también pone en valor que una consulta de estas características aconseja que exista a ser posible una voluntad de acuerdo entre las partes para poder afrontar, en su caso, y en las condiciones idóneas, un posterior proceso de reforma constitucional.

6. Si este análisis de la STC 42/2014 es correcto, no existe ningún obstáculo para admitir que el “derecho a decidir” pueda *prepararse, defenderse y expresarse* (como dice la sentencia) mediante una *consulta* a los ciudadanos **para conocer si la aspiración política de modificar el estatuto constitucional de Cataluña cuenta con un apoyo social suficiente**. Nadie puede discutir la importancia de este requisito desde el punto de vista lógico y democrático, pues si no existe esa base social mayoritaria, **no tendría ningún sentido** iniciar un complejo proceso de reforma constitucional como el que debería seguirse en un caso como este.

Esta conclusión encaja perfectamente con la formulada públicamente por el ex vicepresidente del Tribunal Constitucional F. RUBIO LLORENTE (EI PAÍS, 8 de octubre de 2012) en los siguientes términos:

“Si una *minoría territorializada*, es decir, no dispersa por todo el territorio del Estado, como sucede en algunos países del Este de Europa, sino concentrada en una parte definida, delimitada administrativamente y con las dimensiones y recursos necesarios para constituirse en Estado, desea la independencia, *el principio democrático impide oponer a esta voluntad obstáculos formales que pueden ser eliminados*. Si la Constitución lo impide habrá que reformarla, pero *antes de llegar a ese extremo, hay que averiguar la existencia y solidez de esa supuesta voluntad*”.

Así, pues, la posibilidad de realizar una consulta ***previa y no referendaria*** para conocer la opinión de los ciudadanos y comprobar si existe o no una mayoría social favorable al cambio de estatuto constitucional no sólo tiene cabida en el marco de la STC 42/2014 sino que también viene impuesta por el más elemental sentido común, *siempre que esta consulta no pretenda ser un referéndum unilateral de autodeterminación ni pretenda obviar los procesos de reforma constitucional*.

Pues bien, si trasladamos esto al marco concreto de la ley impugnada, podemos observar que no hay nada en ella que permita concluir que las consultas populares no referendarias que contempla superen los límites establecidos en la STC 42/2014. Es decir, que las consultas que regula puedan ser un verdadero referéndum y menos aún de autodeterminación, o que puedan servir para alterar, por sí mismas, el marco constitucional o legal.

No hay más que ver en este sentido que las consultas deben hacerse siempre en el ámbito de las competencias de la Generalidad (art. 1.1), que lo que se recaba es sólo la opinión de los ciudadanos y que sus efectos se circunscriben

exclusivamente a la valoración política de su resultado y su influencia en la posterior actuación institucional, sin otras consecuencias jurídicas (art. 8).

El Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña que se ha dictado al amparo de la ley impugnada pone de relieve como ésta respeta los dos requisitos y límites establecidos por la STC 42/2014, porque el decreto de convocatoria **no es, ni pretende ser**, una convocatoria de un referéndum unilateral de autodeterminación, ni su objeto va más allá de pretender **conocer la opinión** de los ciudadanos sobre el futuro político de Catalunya con la única finalidad, en su caso, de iniciar un proceso de reforma constitucional.

Así resulta claramente del artículo 2 del decreto cuando dice textualmente que “el objeto de la consulta es el de **conocer la opinión** de las personas llamadas a participar sobre el futuro político de Cataluña, según los términos de la propuesta recogida en el artículo 3, **con la finalidad que la Generalidad pueda ejercer con pleno conocimiento de causa la iniciativa legal, política e institucional que le corresponde**”. Iniciativa que no es otra, tal y como dice expresamente el preámbulo del mismo decreto, que la de **iniciar un proceso de reforma constitucional** ante las instituciones del Estado, al amparo de la potestad que los artículos 61 EAC y 87 y 166 CE atribuyen a la Generalidad.

El decreto de convocatoria, como acto de aplicación de la ley, pone en evidencia la tesis del recurso cuando dice y repite constantemente que la ley impugnada tiene como último objetivo “dotar de cobertura jurídica necesaria la convocatoria de un referéndum sobre la independencia de Cataluña”. Ya hemos insistido bastante en que el Título II no establece ni regula consultas referendarias y así lo demuestra la aplicación que hace el decreto 129/2014,

que resulta ser, siguiendo la línea argumental del recurso, la prueba evidente de que la ley no se ha utilizado para lo que el recurso dice que sirve. Porque los términos en que se formula la convocatoria no permiten hablar de referéndum de autodeterminación en ningún caso y sí, en cambio, de una consulta no referendaria pensada únicamente para constatar si existe o no una mayoría social suficiente para que las instituciones catalanas tengan pleno y mejor *conocimiento de causa* para impulsar, en su caso, un proceso de reforma de la Constitución en el marco de los artículos 87 y 166 CE y 61 EAC.

7. Así, pues, la ley impugnada constituye una vía o un cauce legal que *puede servir*, entre otras finalidades, también para expresar el “derecho a decidir” de los ciudadanos de Catalunya dentro de los parámetros de actuación política que reconoce la STC 42/2014 y respetando los principios constitucionales que en este caso deben tenerse en cuenta según dicha sentencia.

Obviamente estos principios se podrían cumplir también mediante otras fórmulas, especialmente en el marco de un eventual diálogo y negociación entre el Estado y la Generalidad. Ese sería el escenario idóneo a considerar, tal y como propugna la STC 42/2014 cuando alude al diálogo institucional. Pero esto trasciende ya el plano jurídico y entra de lleno en lo político.

Si este diálogo y negociación pueden ser deseables en el marco de un proceso de estas características, lo cierto es que la STC 42/2014 no lo exige como condición para que la aspiración política del derecho a decidir (que no derecho de autodeterminación) pueda propugnarse, defenderse y expresarse en base al principio democrático. Como se dice en la letra a) del FJ 4 de la sentencia, la legitimidad democrática **“exige que la minoría pueda hacer propuestas y expresarse sobre las de la mayoría”**. Este derecho no puede ser negado

cuando la fórmula utilizada no es de ruptura sino de mera “*constatación*” de una realidad social como premisa para poner en marcha un proceso de reforma constitucional, en su caso.

La referencia expresa que hace la STC 42/2014 al pronunciamiento de la Corte Suprema del Canadá de 20 de agosto de 1998, es muy clara al respecto, porque ese pronunciamiento rechaza la ruptura (referéndum unilateral de autodeterminación) pero no el derecho de los ciudadanos de una provincia del Canadá a poder ser consultados sobre un eventual proceso de independencia, sin perjuicio de la necesaria reforma constitucional que eso representaría para convertirse en una realidad jurídica.

El recurso se refiere de forma sesgada e impropia a una pretendida voluntad de que la ley sirva para realizar lo que considera un referéndum sobre la independencia, dando a entender que se trata de un verdadero referéndum de autodeterminación. Sin embargo, ningún precepto de la ley, **absolutamente ninguno**, permite llegar a semejante conclusión, dejando siempre de lado el hecho incontrovertible de que la Ley 10/2014 es una ley general habilitadora de múltiples y diversas consultas y no solo de ésta.

Pero aun entrando en el juego del recurso, aunque sea a efectos meramente dialécticos, la STC 42/2014 y el mismo decreto 129/2014 de convocatoria de una consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña, pone en evidencia el *error de planteamiento* del recurso y sobre todo, hablando en términos estrictamente jurídicos, lo improcedente que sería abordar el debate constitucional sobre la ley en base al enfoque que pretende la parte recurrente.

8. Hay que destacar por último que el marco de una consulta no referendaria sobre una cuestión que pudiera implicar una ulterior reforma constitucional, sería perfectamente compatible con la doctrina que considera que en un supuesto como este sería discutible realizar un referéndum consultivo que implique la reconsideración del orden constituido, pues en este caso el cauce constitucionalmente previsto no es otro que el de la revisión formal de la Constitución y el posterior referéndum de modificación preceptivo (art. 168.3 CE).

Esta doctrina se ha deducido de la STC 103/2008, FJ 4 pero, sin necesidad ahora de matizar y precisar su alcance, lo que interesa aquí destacar es que el caso enjuiciado era el de una consulta que, por la naturaleza del derecho que se iba a ejercer (derecho de sufragio activo del artículo 23.1 CE), el Tribunal consideró que era materialmente un “referéndum” y que, por tanto, ello engendraba el problema acabado de exponer.

Sin embargo, el supuesto que aquí nos ocupa es muy distinto porque se trata de un formato de consulta que no comporta el ejercicio de ese derecho fundamental y se limita a recabar una opinión de los ciudadanos sin los efectos y la solemnidad propios de un referéndum. Por consiguiente, la consulta no referendaria que regula el Título II no interfiere en ese conflicto constitucional y la hace idónea como instrumento participativo para conocer la opinión de los ciudadanos, sin anudar a ello otro efecto que el que recoge el artículo 8 de la ley.

VIII

LA REGULACIÓN DE LAS CONSULTAS POPULARES NO REFERENDARIAS DE ÁMBITO LOCAL NO VULNERA LAS COMPETENCIAS BÁSICAS EN MATERIA LOCAL

1. El recuso hace una mención aparte a las consultas no referendarias de **ámbito local** porque la tesis que lo inspira resultaría forzada de aplicar a este supuesto, al haber centrado la esencia de la argumentación en que la ley tiene como objetivo último la realización de un referéndum sobre la independencia de Cataluña. Este enfoque sólo tiene sentido en el caso de una consulta de ámbito catalán, pero lo pierde cuando se trata de consultas municipales o supramunicipales. Sin embargo, también son objeto de impugnación por una presunta infracción de la normativa básica estatal y de la Ley orgánica 2/1980, de 18 de enero, reguladora de las distintas modalidades de referéndum (LOMR).

De acuerdo con la disposición adicional de la LOMR, esta ley no alcanza a regular las consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos relativas a asuntos relevantes de índole municipal, que se rigen según lo previsto en la legislación local y a salvo, en todo caso, de la competencia del Estado para su autorización. El artículo 71 de la Ley de bases de régimen local (LBRL) se refiere a estas consultas precisando que son aquellas que versan sobre asuntos de "*especial relevancia*" para los intereses de los vecinos y reitera la necesidad de la autorización del Estado.

Se ha discutido sobre la naturaleza referendaria o no de estas consultas municipales y existen pronunciamientos del Tribunal Supremo, del Consejo de Estado y de la Junta Electoral Central que no son concluyentes al respecto.

Sin embargo, hay varios elementos que permiten apuntar claramente hacia la naturaleza referendaria de la modalidad de consulta del artículo 71 LBRL, como son el hecho de que se haga referencia a la misma en la LOMR a los efectos de recordar la competencia del Estado para su autorización o el presupuesto de aplicación que se reconduce específicamente a los asuntos “relevantes” de índole municipal (LOMR) o a los asuntos de “especial relevancia” en la terminología del artículo 71 LBRL. Estos elementos permiten establecer una conexión innegable, respectivamente, con el artículo 149.1.32 CE y con el artículo 92.1 CE, sobre todo si a ello le añadimos que estas consultas se verifican mediante el ejercicio del *derecho de sufragio* por parte de los sujetos que integran el cuerpo electoral, en este caso, las personas que pueden participar en las elecciones municipales.

Esta lectura es la que hace el recurso y la que hizo también en su día la ley catalana 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum, cuando integró estas consultas municipales dentro de esta modalidad participativa (Título III de la ley), derogando su regulación anterior contenida en la legislación local catalana (disposición derogatoria de la ley). Esta regulación no deja lugar a dudas sobre la consideración “referendaria” de estas consultas (art. 33) y deja a salvo, en coherencia con ello, la preceptiva autorización del Estado (art. 35).

Curiosamente, y a pesar de su consideración como consultas referendarias, el Estado *no impugnó* en su día el Título III de la Ley 4/2010 (recurso número 8912-2010) asumiendo, por tanto, la constitucionalidad de esta regulación, teniendo en cuenta que la misma respetaba, como se ha dicho, la competencia del Estado para su autorización.

2. Contrasta esa forma de actuar en el pasado con la del presente recurso, que intenta establecer una identidad de objeto entre las consultas municipales a que se refiere la disposición adicional de la LOMR, el artículo 71 LBRL y el Título III de la Ley catalana 4/2010, con las consultas populares no referendarias de ámbito local que ahora contempla el Título II de la Ley 10/2014.

Pero al igual que sucede con las consultas no referendarias de ámbito catalán, **la Ley 10/2014 está creando una figura nueva y distinta de participación** que no tiene las características propias del referéndum y, por consiguiente, no altera ni modifica la regulación de las consultas municipales de características referendarias, como lo pone de relieve la ausencia de previsión derogatoria alguna en este sentido en la Ley 10/2014 respecto de lo dispuesto en la Ley 4/2010, cuyo régimen jurídico continúa vigente.

Y lo mismo puede decirse respecto de las consultas no referendarias supramunicipales, que el recurso considera inconstitucionales por no estar previstas en la legislación básica local. Esta falta de previsión no puede utilizarse como argumento válido porque el hecho de no estar previstas no significa necesariamente que estén prohibidas por la legislación básica. Pero lo

que resulta esencial en este caso es que se trata de una modalidad de consulta también *no referendaria* creada por la Ley 10/2014 de forma parecida a lo que sucede con las otras consultas que contempla su Título II.

Si bien es cierto que la STC 31/2010, FJ 69 matiza que la competencia exclusiva del artículo 122 CE debe entenderse sin perjuicio de la competencia estatal relativa a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, esta precisión debe entenderse limitada a la figura de las consultas municipales que reúnen las características propias de un referéndum, de acuerdo con lo que antes se ha expuesto. Pero al no existir una normativa básica sobre las consultas populares “no referendarias” como son las que contempla y regula el Título II de la Ley 10/2014, la exclusividad competencial de la Generalidad que establece el artículo 122 EAC puede desplegar sus plenos efectos.

Por consiguiente, las consultas populares no referendarias de ámbito local que regula el Título II de la ley impugnada (tanto las municipales como las supramunicipales), no infringen ninguna competencia básica estatal por tratarse de procedimientos participativos **distintos** del que prevé el artículo 71 LBRL, y no afectan a estos, que, en el caso de Cataluña, disponen de un marco legal propio como es la Ley 4/2010.

IX

CONCLUSIONES

De acuerdo con lo que se ha expuesto en estas alegaciones, pueden establecerse las siguientes conclusiones en defensa de la constitucionalidad de los preceptos impugnados de la Ley 10/2014 y como fundamento para rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra los mismos:

- a) El recurso, tal y como se plantea, constituye un verdadero *fraude procesal* por impugnar una ley bajo la hipótesis de un acto de aplicación de la misma, esto es, la convocatoria de una consulta sobre el “derecho a decidir” que el recurso califica de referéndum sobre la independencia de Cataluña. El recurso olvida que la ley no es una ley singular para esa finalidad sino una ley general que, en el marco de un proceso abstracto de inconstitucionalidad, sólo puede contemplarse y enjuiciarse a partir de su *contenido objetivo*. Admitir la lógica del recurso sería tanto como admitir que la ley puede ser manipulada en su contenido y obviar que las consultas populares no referendarias se prevén para que los ciudadanos de Cataluña puedan dar su opinión sobre cualquier actuación, decisión o política pública del ámbito competencial de la Generalidad y de las entidades locales, como se desprende con meridiana claridad de sus artículos 1.1 y 3.1. Esta conclusión también afecta a la parte del recurso que se refiere al Título III de la ley, aunque no concrete finalmente ninguna impugnación contra los preceptos que lo integran.

- b) La finalidad de la ley es desarrollar y dar contenido al *mandato constitucional y estatutario* de promover la participación ciudadana en los ámbitos a los que se extiende este mandato de acuerdo con los artículos 9.2 CE y 4.2 EAC.
- c) La ley se dicta al amparo del artículo 122 EAC que otorga a la Generalidad la *competencia exclusiva* para establecer el régimen jurídico y regular el procedimiento y la convocatoria de consultas populares, salvando la competencia estatal del artículo 149.1.32 CE. También se dicta al amparo de una jurisprudencia constitucional que admite claramente la posibilidad de que el legislador, en este caso el catalán al amparo del mencionado artículo 122 EAC, pueda establecer y regular consultas populares “no referendarias”.
- d) El Título II de la ley no establece ni regula una consulta que pueda ser considerada como materialmente referendaria. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el referéndum es un instrumento de participación política directa que forma parte del derecho fundamental del artículo 23.1 y que se ejerce mediante el sufragio activo y a través de un procedimiento electoral como corresponde al derecho de voto. Sin embargo, la ley no se basa en este derecho y configura un derecho “*ex novo*” y autónomo para que los ciudadanos puedan manifestar su opinión “mediante votación”, procedimiento que no debe entenderse como sinónimo de ejercicio del derecho de voto en el sentido del artículo

23.1 CE. La votación tiene en este caso un sentido y un valor meramente instrumental. Las consultas por vía de referéndum ya las ha regulado el legislador catalán en la Ley 4/2010 y la Ley 10/2014 no pretende derogarla.

- e) Por esta razón, las consultas populares no referendarias no pueden ser equiparadas a lo que representa un referéndum porque son una manifestación solemne de la voluntad general o de la soberanía popular imputable al cuerpo electoral cuando se ejerce el derecho de sufragio y en el marco de un proceso electoral en aplicación del artículo 23.1 CE. Sus efectos son sólo los de recoger la opinión de las personas que pueden participar en la consulta, que no tienen por qué coincidir con el colectivo que integra el cuerpo electoral, a los únicos efectos que prevé el artículo 8 de la ley, obviamente sin carácter vinculante.

- f) Además de esta diferencia conceptual, la regulación del Título II no es materialmente electoral ni tampoco refleja miméticamente sus características. Esto es así por la definición abierta de los sujetos que pueden participar en función de la naturaleza de cada consulta, por la naturaleza de los órganos encargados de velar por el correcto desarrollo de la consulta y por los otros elementos que integran el procedimiento, que tampoco son electorales. La existencia de algunas similitudes o analogías con el proceso electoral deviene inevitable por la voluntad del legislador de querer dotar a las consultas no referendarias de las

máximas garantías para cumplir los principios en que aquellas deben inspirarse.

- g) Aunque en el marco de un recurso de inconstitucionalidad no deben considerarse los supuestos hipotéticos de aplicación de la ley cuando esta no es una ley singular o autoaplicativa, resulta procedente defender, a la vista del contenido del recurso, que la misma puede dar cobijo a una consulta sobre el “derecho a decidir” que respete los parámetros establecidos por la STC 42/2014, esto es, que no sea un referéndum unilateral de autodeterminación (cosa que nunca podría ser por su naturaleza “no referendaria”) y siempre que no pretenda obviar los procesos de reforma constitucional para la concreción efectiva de la aspiración política que subyace en el derecho a decidir (cosa que tampoco podría ocurrir por los efectos que se anudan a este tipo de consultas según establece la misma ley).
- h) Por último la ley no vulnera las competencias del Estado en materia básica local, porque no afecta a las consultas municipales que esa legislación contempla, sino que crea un procedimiento participativo nuevo, alternativo y no sustitutivo.

Por todo ello,

SOLICITA

Que teniendo por presentado en tiempo y forma el presente escrito y por evacuado el trámite conferido, se sirva estimar las alegaciones formuladas y, en sus méritos, dictar sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra los artículos 3 a 29, las disposiciones transitorias primera y segunda, y la disposición final primera de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, y se declare la plena constitucionalidad de los preceptos impugnados.

Barcelona para Madrid, a 16 de octubre de 2014

Antoni Bayona Rocamora

Letrado mayor