

## REFERÉNDUM EN EL PAÍS VASCO (Comentario a la STC 103/2008, de 11 de septiembre)

JAVIER TAJADURA TEJADA  
*Profesor Titular de Derecho Constitucional*  
*Universidad del País Vasco*

### SUMARIO

- I. Introducción.
- II. El objeto del recurso.
- III. Los vicios de inconstitucionalidad de la Ley.
- IV. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el significado y alcance del artículo 168 CE.
- V. Derecho a decidir (de Autodeterminación), Reforma Constitucional y nuevo Proceso Constituyente.
- VI. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

El 11 de septiembre de 2008, el Tribunal Constitucional puso fin a la aventura soberanista que el Presidente de la Comunidad Autónoma del País Vasco había iniciado diez años atrás. Si en el caso del denominado Plan Ibarretxe I, fueron las Cortes Generales las que rechazaron el proyecto previamente aprobado por el Parlamento Vasco, en esta ocasión, y respecto al que podemos calificar como Plan Ibarretxe II, ha sido el Tribunal Constitucional, quien en el ejercicio de sus supremas facultades de defensor de la Constitución, ha anulado, por su manifiesta inconstitucionalidad, la denominada Ley de Consulta, esto es, la traducción jurídica de la segunda versión del Plan.

La Ley anulada, (Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio), autorizaba al Lehendakari a someter dos preguntas a consulta no vinculante de los ciudadanos del País Vasco el 25 de octubre de 2008, teniendo la propia Ley por convocada dicha consulta el 15 de septiembre de 2008. La Ley, por

tanto, autorizaba y daba por convocada una consulta cuya fecha de celebración también disponía. Las preguntas se referían al apoyo a un «proceso de final dialogado de la violencia» y al inicio de «un proceso de negociación para alcanzar un Acuerdo Democrático sobre el *ejercicio del derecho a decidir del pueblo vasco*», Acuerdo que habría de someterse a referéndum antes de que finalizase el año 2010.

El objeto de estas páginas es analizar críticamente el contenido de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de dicha ley. Sentencia en la que, de forma unánime, los once Magistrados del Alto Tribunal, declararon la inconstitucionalidad de la ley por razones, competenciales (3.1), procedimentales (3.2) y materiales (3.3). Aunque cualesquiera de esos vicios de inconstitucionalidad, por sí solos, resultarían suficientes para declarar la nulidad de la ley, los vicios de inconstitucionalidad material son los de mayor trascendencia. Y ello porque, como expondremos después, afectan al fundamento mismo del ordenamiento constitucional, esto es, al principio político democrático expresado en el artículo 1. 2 CE según el cual la soberanía reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado. Ahora bien, aunque la conclusión a la que el Tribunal Constitucional llega es, en nuestra opinión, completamente acertada, incurre en un error conceptual: la confusión entre cambio *en* la Constitución y cambio *de* Constitución. Error que proviene de una determinada concepción del Poder de Reforma Constitucional, como poder materialmente ilimitado —sometido sólo a requisitos procedimentales o formales— que, por las razones que he expuesto en otros lugares y que en estas páginas brevemente resumiré, no puedo compartir.

## II. EL OBJETO DEL RECURSO

La sentencia que vamos a comentar resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 5707-2008<sup>1</sup>, interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, «de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política».

La Ley fue aprobada por el procedimiento de lectura única, en la sesión del Pleno del Parlamento de 27 de junio de 2008. Consta de una exposición de motivos, un artículo único, una disposición adicional, tres disposiciones finales y dos anexos.

1 La ley 9/2008 fue publicada en el Boletín Oficial del País Vasco el 15 de julio de 2008. El Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno (y en virtud del acuerdo adoptado en la reunión del Consejo de Ministros del 4 de julio), interpuso el recurso de inconstitucionalidad, ese mismo día 15, con invocación expresa del efecto suspensivo previsto en el artículo 161.2 CE. Las partes solicitaron, y el tribunal acordó, habilitar los lunes, martes, miércoles, jueves y viernes del mes de agosto de 2008 para la tramitación de este procedimiento dado el interés de que fuera resuelto (como efectivamente lo fue) con anterioridad al 15 de septiembre.

La Exposición de Motivos, nos explica que el objeto de la ley es una consulta «habilitadora para el inicio de negociaciones» (cuyo planteamiento es «subsidiario para el supuesto de no alcanzarse un pacto político con el Gobierno español»), con la que se pretende «recabar la opinión de los ciudadanos y ciudadanas vascas con derecho de sufragio activo sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política», entendida ésta como «una negociación entre todos los partidos políticos con el objetivo de alcanzar un Acuerdo de normalización política en el que se establezcan las bases de una nueva relación entre la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Estado español». Desde esta perspectiva, la Ley se configura como «un instrumento legal y democrático para que el pueblo vasco pueda ejercer libremente el derecho fundamental de participación ciudadana en los asuntos de trascendencia que son de su incumbencia». Su fundamento sería el art. 9.2 e) del Estatuto de Autonomía del País Vasco (en adelante EAPV).

Con esa hipotética cobertura estatutaria, el legislador autonómico se considera habilitado para dictar una ley que regula una consulta popular que no puede considerarse un referéndum. Por ello el Parlamento Vasco entiende que «al no tratarse de una consulta popular por vía de referéndum en cualquiera de sus modalidades ni ser jurídicamente vinculante, a dicho proceso consultivo no le resulta de aplicación la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, ni tampoco precisa, por tanto, la previa autorización del Estado para su convocatoria». Obsérvese, que de ello se deduce que el legislador vasco reconoce expresamente que en el supuesto de que la consulta fuese un auténtico referéndum precisaría de la autorización del Estado.

Con estas premisas, el artículo único de la Ley impugnada dispone lo siguiente: «1. En virtud de la presente autorización del Parlamento Vasco, el Lehendakari somete a Consulta de todos los ciudadanos y ciudadanas del País Vasco con derecho de sufragio activo, y con carácter no vinculante, las siguientes preguntas: a) ¿Está Usted de acuerdo en apoyar un proceso de final dialogado de la violencia, si previamente ETA manifiesta de forma inequívoca su voluntad de poner fin a la misma de una vez y para siempre? b) ¿Está Usted de acuerdo en que los partidos vascos, sin exclusiones, inicien un proceso de negociación para alcanzar un Acuerdo Democrático *sobre el ejercicio del derecho a decidir del Pueblo Vasco*, y que dicho Acuerdo sea sometido a referéndum antes de que finalice el año 2010?. 2. La Consulta se celebrará el sábado 25 de octubre de 2008 en la Comunidad Autónoma del País Vasco y se tendrá por convocada por el Lehendakari el día 15 de septiembre de 2008»<sup>2</sup>.

2 La disposición adicional de la Ley remite «el desarrollo y realización de la Consulta» a la Ley del Parlamento Vasco 5/1990, de 15 de junio, de elecciones al Parlamento Vasco, «con las adecuaciones necesarias derivadas de la naturaleza de la consulta». La disposición final primera habilita al Gobierno Vasco y al Consejero de Interior para el desarrollo y aplicación de la Ley, la segunda ordena al Departamento de Hacienda y Administración Pública la cobertura financiera de la celebración de la consulta y la tercera dispone que la Ley entre en vigor el día de su publicación. Los dos anexos de la Ley incluyen el modelo de la «papeleta de votación» y el «calendario electoral».

Vamos a dejar de lado las numerosas singularidades que la Ley presenta desde el punto de vista de la técnica jurídica para centrarnos en los tres vicios de inconstitucionalidad (competenciales, procedimentales y materiales) que condujeron al Tribunal a declarar la nulidad de la Ley. Como veremos, en los tres casos, el Tribunal hace suyos los argumentos de la Abogacía del Estado y rechaza, por inconsistentes, las tesis de los defensores de la constitucionalidad de la ley (Parlamento y Gobierno Vascos). Veamos cuáles eran las posiciones de unos y otros.

### III. LOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

#### III.1. LA EXTRALIMITACIÓN COMPETENCIAL: LA CONSULTA ES UN REFERÉNDUM

La primera cuestión controvertida en este proceso no es otra que determinar cuál es la verdadera naturaleza jurídica de la consulta regulada en la Ley. Y, respecto a ella, sólo caben dos posiciones: o es un referéndum o se trata de una consulta no referendaria.

Para el Abogado del Estado, la consulta es un referéndum. A esta conclusión llega a partir de un análisis del concepto constitucional de referéndum entendido como «modalidad de ejercicio del derecho fundamental de los ciudadanos a la participación directa en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), distinta de otros títulos de participación que, configurados como derechos subjetivos, puedan también crearse en el Ordenamiento, pero que no están ordenados a servir de cauce a la participación política en sentido propio, es decir, al ejercicio de la soberanía popular»<sup>3</sup>. Lo que define al referéndum como tal es el hecho de constituir un instrumento de participación política directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, al margen del grado de vinculación jurídica de su resultado.

Así, las regulaciones previstas en los nuevos Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía parten de esta distinción entre consultas referendarias sujetas a autorización estatal, y formas no referendarias de consulta popular que pueden llevarse a cabo sin autorización del Estado. Lo relevante, en todo caso, es precisar los elementos que deben concurrir en una consulta para ser considerada un referéndum. Estos vendrían dados por el hecho de que los destinatarios de la consulta referendaria son los ciudadanos (los electores), a través de un procedimiento riguroso, basado en el censo y gestionado por la Administración electoral, con garantía jurisdiccional *ex post* y que sirve tanto para exteriorizar la voluntad política del electorado (referéndum consultivo) como para constituirse en acto formal determinante de ciertos procedimientos normativos (así, en la reforma constitucional).

Con estas premisas, el Abogado del Estado tiene claro que la consulta contemplada en la Ley es un referéndum consultivo por sus destinatarios, su

3 SSTC 63/1987, de 20 de mayo, y 119/1995, de 17 de julio.

procedimiento y la trascendencia política de su objeto. Y si la consulta es un referéndum la existencia de vicio competencial es manifiesta. Se fundamenta en la infracción del art. 149.1.32 CE, en relación con el art. 92.1 y 2 CE. El art. 149.1.32 CE reserva al Estado la competencia exclusiva para autorizar la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum<sup>4</sup>.

Frente a ello, y contra toda evidencia, el Gobierno y el Parlamento de la Comunidad Autónoma vasca sostienen que la consulta no es un referéndum. Su defensa de la constitucionalidad de la ley se basa en que la consulta, por su ámbito autonómico y por su carácter no vinculante, no es un referéndum, y por tanto no es de aquéllas a las que resultan de aplicación el art. 92 CE y la Ley Orgánica 2/1980, razón por la cual no precisaría la autorización del Estado.

Para el Gobierno Vasco otros son los rasgos esenciales definidores de las consultas por vía de referéndum. En primer lugar, su objeto que debe consistir en la ratificación de una decisión previamente adoptada; y, en segundo lugar, su carácter vinculante. Ninguna de estas notas concurre, en opinión del Gobierno Vasco, en la consulta convocada en la Ley impugnada: «No se apela al pueblo para que decida sobre una concreta opción política provisionalmente adoptada por los órganos autonómicos, sino que se pretende recabar el estado de opinión sobre dos cuestiones presentes en el debate político autonómico, sin que el resultado de la consulta pueda, por su propia naturaleza, vincular jurídica ni políticamente a nadie».

Ahora bien, aunque la consulta no fuere un referéndum —que lo es—, habría que determinar además en qué título competencial se fundamenta su convocatoria y regulación. En este contexto, el Parlamento Vasco descubre la categoría de «las competencias autonómicas implícitas». Esto es, pese a que el EAPV no contempla de modo explícito competencia alguna en materia de consultas populares, se trataría de una «competencia implícita en toda estructura democrática representativa», como son las Comunidades Autónomas. Desde esta perspectiva, «habría de reconocerse a las Comunidades Autónomas la competencia implícita para someter a consulta asuntos de interés autonómico»<sup>5</sup>. En todo caso, y a mayor abundamiento, la competencia autonómica

<sup>4</sup> El precepto constitucional citado encuentra su principal desarrollo en el art. 2 y en la disposición adicional de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum. Estos preceptos, puestos en relación con el art. 92.1 CE, llevan a la conclusión de que los referendos consultivos autonómicos son una modalidad referendaria constitucional y legalmente admisible, pero requieren en todo caso la autorización del Estado en los términos que disponen el art. 92.2 CE y los arts. 2 y 6 de la Ley Orgánica 2/1980. En el caso examinado, por tanto, la naturaleza referendaria de la consulta supone que la Ley incurre en infracción del art. 149.1.32 CE, pues aquélla sólo podría celebrarse previa autorización del Congreso de los Diputados y en virtud de convocatoria por Real Decreto expedido por el Rey, acordado en Consejo de Ministros y refrendado por el Presidente del Gobierno.

<sup>5</sup> Tal competencia implícita —continúa el Parlamento Vasco— resultaría corroborada por el reconocimiento en el EAPV de la facultad de disolución del Parlamento y la convocatoria al cuerpo electoral para resolver una situación política de mayor trascendencia que la que se somete a consulta no vinculante.

en materia de organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno (art. 10.2 EAPV) aportaría el anclaje estatutario de esta «facultad implícita» de convocar consultas populares no vinculantes. El Gobierno Vasco llega incluso a calificar de «trivial» la discusión sobre si el EAPV contiene algún título expresamente habilitante de la competencia autonómica para promover consultas populares, pues dicha competencia resultaría inherente al principio democrático.

A partir de esta afirmación de que la consulta regulada en la Ley impugnada no es un referéndum, Gobierno y Parlamento Vascos deducen la no aplicación a la misma de la reserva de ley orgánica prevista en el art. 92.3 CE y del título estatal referido a la autorización de consultas por vía de referéndum previsto en el art. 149.1.32 CE.

El Tribunal Constitucional se enfrenta a esta primera y crucial cuestión, subrayando que las partes están de acuerdo en que la Ley sería inconstitucional si su objeto fuera la celebración de una consulta referendaria. Pues, en ese caso, se estaría invadiendo la competencia reservada con carácter exclusivo al Estado por el art. 149.1.32.

Desde esta perspectiva, el Tribunal realiza una labor de clarificación conceptual importante señalando cuáles son las verdaderas diferencias existentes entre las consultas referendarias y las no referendarias. Las primeras son siempre «instrumento de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, esto es, para el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE». No son cauce para la instrumentación de cualquier derecho de participación, sino «específicamente para el ejercicio del derecho de participación política, es decir, de aquella participación que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo<sup>6</sup>. El referéndum —añade el Tribunal, y esto resulta fundamental— es, por tanto, una especie del género «consulta popular» con la que no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos, sino aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas<sup>7</sup>.

6 STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 3.

7 El cuerpo electoral expresivo de la voluntad del pueblo: STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 10. El Tribunal recuerda también, y hace bien en subrayarlo, el carácter excepcional de los institutos de democracia directa. Carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de los mismos. Por lo que carece de fundamento la simple pretensión de deducir una competencia implícita sobre la materia (celebración de consultas populares) del principio democrático. «En tanto que instrumento de participación directa en los asuntos públicos, el referéndum es, junto con el instituto de la representación política, uno de los dos cauces de conformación y expresión de la voluntad general. Pero conviene destacar que se trata de un cauce especial o extraordinario, por oposición al ordinario o común de la representación política, pues no en vano el art. 1.3 CE proclama la Monarquía parlamentaria como forma de gobierno o forma política del Estado español y, acorde con esta premisa, diseña un sistema de participación política de los ciudadanos en el

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

Establecido esto, resulta fácil enjuiciar si la consulta regulada en la Ley impugnada se ajusta o no a la definición constitucional de referéndum anteriormente expuesta. Con la Ley 9/2008 se llama a consulta sobre un asunto de manifiesta naturaleza política a los «ciudadanos y ciudadanas del País Vasco con derecho de sufragio activo», esto es, al cuerpo electoral de la Comunidad Autónoma del País Vasco, pretendiendo conocer la voluntad de una parte del pueblo español a través de la voluntad del cuerpo electoral de esa Comunidad Autónoma. Siendo indiscutibles el objeto de la consulta, la voluntad requerida y que ésta ha de manifestarse mediante un procedimiento electoral dotado de las garantías propias de los procesos electorales, para el Tribunal Constitucional resulta meridianamente claro que la consulta es un referéndum. La circunstancia de que no sea jurídicamente vinculante resulta de todo punto irrelevante, pues es obvio que el referéndum no se define frente a otras consultas populares por el carácter vinculante de su resultado.

Una vez afirmado, en el Fundamento Jurídico 2, que la consulta objeto de la Ley impugnada es —constitucionalmente— un referéndum, el Tribunal va a declarar, en el Fundamento Jurídico 3, la manifiesta falta de competencia del Parlamento Vasco.

El Tribunal Constitucional, aceptando sustancialmente los argumentos del recurrente, declara, en primer lugar, que la concreta convocatoria del cuerpo electoral que realiza la Ley del Parlamento Vasco 9/2008 se lleva a cabo sin apoyo en un título competencial expreso. Y, en segundo lugar, que, tal convocatoria, que sustituye la autorización del Estado por la dispensada inmediata y exclusivamente por el Parlamento autonómico, tampoco puede basarse en inexistentes títulos implícitos. Aunque el Tribunal podría haber desarrollado más este argumento, (con objeto de neutralizar para siempre la doctrina de las competencias autonómicas implícitas, y ello por la razón evidente —aunque no explicitada por el Tribunal—, de que con arreglo a la lógica y a las bases constitucionales del Estado Autonómico, las competencias —o poderes— implícitas sólo pueden predicarse de los poderes centrales) no lo hace. Le basta con afirmar que, frente a una competencia explícita del

que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa... los mecanismos de participación directa en los asuntos públicos quedan restringidos a aquellos supuestos en los que la Constitución expresamente los impone (caso de la reforma constitucional por la vía del art. 168 CE y de los procedimientos de elaboración y reforma estatutarios previstos en los arts. 151.1 y 2 y 152.2 CE) o a aquellos que, también expresamente contemplados, supedita a la pertinente autorización del representante del pueblo soberano (Cortes Generales) o de una de sus Cámaras.» (FJ 2),



Estado, no cabe nunca esgrimir una presunta competencia implícita del poder autonómico: La convocatoria de la consulta, afirma el Tribunal, «no puede ampararse en genéricas potestades implícitas vinculadas al principio democrático, al entrar éstas en colisión con competencias expresamente atribuidas a otro ente, como ocurre en el presente caso con la que al Estado atribuye el art. 149.1.32 CE». Finalmente, y en tercer lugar, el art. 9.2 e) EAPV y su referencia a la obligación de los poderes públicos vascos de facilitar «la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social del País Vasco», tampoco sirve como título habilitante de la convocatoria prevista en la Ley impugnada puesto que, como tempranamente había señalado ya el Tribunal<sup>8</sup> dicho precepto «no atribuye una específica competencia a los poderes públicos vascos, sino que se limita a subrayar una obligación que deben observar todos los poderes públicos, centrales y autonómicos, en el ejercicio de las atribuciones que a cada uno de ellos reconoce el ordenamiento jurídico».

El Tribunal concluye, por tanto, afirmando con rotundidad y contundencia, e insistimos una vez más, por unanimidad, que la competencia controvertida en este procedimiento es, por cuanto se lleva dicho, exclusiva del Estado: «No cabe en nuestro ordenamiento constitucional, en materia de referéndum, ninguna competencia implícita, puesto que en un sistema, como el español, cuya regla general es la democracia representativa, sólo pueden convocarse y celebrarse los referendos que expresamente estén previstos en las normas del Estado, incluidos los Estatutos de Autonomía, de conformidad con la Constitución».

La conclusión de todo lo anterior es que la Ley recurrida vulnera el art. 149.1.32 CE. Se trata de una invasión competencial, esto es, de una violación del orden de distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma Vasca, que por sí sola, ya implica la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Ahora bien, la ley había sido también impugnada por razones procedimentales y materiales, que el Tribunal va a valorar. Subrayo esto para poner de manifiesto que no estamos, como algunos pretenden, ante una mera controversia competencial. Esto es, que aunque hubiéramos aceptado que la consulta no era un referéndum. O incluso que el País Vasco era competente para celebrar ese tipo de consultas, la ley hubiera sido igualmente declarada inconstitucional. Y ello porque, como vamos a ver, la Ley impugnada implica una doble violación del principio democrático. La primera violación se produjo durante el procedimiento de aprobación de la ley, esto es, en la forma (inconstitucional) en que fue aprobada; la segunda violación del principio democrático venía determinada por la segunda pregunta objeto de la consulta.

8 En la STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5,



### III.2. LA INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL: LA INFRACCIÓN DEL REGLAMENTO DEL PARLAMENTO VASCO

Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que la inobservancia de los preceptos reguladores del procedimiento legislativo puede viciar de inconstitucionalidad una ley cuando de ello se siga una alteración sustancial del proceso de formación de la voluntad de la Cámara<sup>9</sup>.

En el caso que nos ocupa, el Abogado del Estado va a sostener que la Ley impugnada adolecería también de un vicio de inconstitucionalidad, de naturaleza procedimental, consistente en la violación por parte del Parlamento Vasco del artículo 119.3 de su propio Reglamento.

El proyecto que dio lugar a la Ley impugnada, fue tramitado en lectura única, de acuerdo con la especialidad del procedimiento legislativo prevista en el art. 119 del Reglamento del Parlamento Vasco (RPV), reservada para aquellas iniciativas gubernamentales que por su «naturaleza» o su «simplicidad de formulación» consientan ser tramitadas directamente ante el Pleno o ante una Comisión, bien por acuerdo del propio Pleno («a propuesta unánime de la Mesa, oída la Junta de Portavoces» —art. 119.1 RPV), bien a instancia del Gobierno, sin necesidad de autorización de la Cámara, «cuando circunstancias de carácter extraordinario y razones de urgente necesidad lo exijan» y siempre que no se vean afectadas determinadas materias (art. 119.3 RPV). En ambos casos «se procederá a un debate sujeto a las normas establecidas para los de totalidad, sometiéndose seguidamente el conjunto del Proyecto a una sola votación» (art. 119.2 RPV).

Se trata, por tanto, de un procedimiento que supone una restricción radical de los derechos de examen, debate y enmienda de los parlamentarios, pues los proyectos tramitados conforme a él se discuten sujetándose a las normas establecidas para los debates de totalidad y, a continuación, el conjunto de los proyectos se somete a una sola votación (art. 119.2 RPV). Por esa razón, el artículo 119.3 citado establece dos importantes requisitos o restricciones a la utilización del mismo. Así, sólo puede utilizarse en «circunstancias de carácter extraordinario», por «razones de urgente necesidad» y para la tramitación de proyectos que «no afecten al ordenamiento de las Instituciones de la Comunidad Autónoma, al Régimen Jurídico de las Instituciones Forales, Régimen Electoral, ni derechos, deberes o libertades de los ciudadanos».

Con estas premisas, el recurrente sostiene que el art. 119.3 RPV ha sido infringido básicamente por dos razones: en primer lugar, porque no se dan las circunstancias extraordinarias ni concurren las razones de urgente necesidad contempladas por el art. 119<sup>10</sup>; Y, en segundo lugar, porque la Ley impugnada afecta a derechos y libertades de los ciudadanos, concretamente a

9 SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 1, y 97/2002, de 25 de abril, FJ 2.

10 Las únicas razones que alegó el Gobierno Vasco fueron el «hastío de la sociedad vasca y la hipotética «situación de bloqueo que preside la relación entre la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Estado español».

los reconocidos en el art. 23.1 CE.. Esa violación del Reglamento Parlamentario ha impedido la correcta formación de la voluntad de la Cámara, por lo que nos encontramos —según el Abogado del Estado— ante una de las inconstitucionalidades formales que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, dan lugar a la inconstitucionalidad de una ley por vicios de procedimiento.

Frente a esta grave acusación, el Parlamento Vasco comienza expresando su sorpresa por el hecho de que «el Gobierno del Estado y unos miembros del Congreso de los Diputados se erijan en defensores, respectivamente, de la propia Cámara Vasca y de algunos de sus integrantes, inmiscuyéndose así en el juego de las relaciones políticas entre el Parlamento Vasco y su Gobierno». Pero al margen de esta sorpresa, pocos argumentos hay para desmontar la acusación de violación del procedimiento parlamentario. La defensa del Parlamento Vasco de la corrección del procedimiento y de la constitucionalidad formal de la ley se basa en dos afirmaciones de escasa consistencia. La primera consiste en rechazar, «más allá del paralelismo en la redacción», que puedan establecerse otros paralelismos entre los requisitos constitucionalmente habilitantes de la utilización del decreto-ley (extraordinaria y urgente necesidad y convalidación posterior o tramitación por el procedimiento de urgencia) y los previstos en el art. 119.3 RPV para la tramitación de proyectos de ley por el procedimiento de lectura única. Efectivamente son casos y supuestos distintos. Pero la redacción idéntica algo querrá decir salvo que queramos vaciar de contenido a las palabras. El Parlamento Vasco no sólo no justifica que en el caso de la ley impugnada concurren circunstancias extraordinarias y razones de urgente necesidad, sino que ni siquiera aporta una interpretación constitucional y estatutariamente adecuada de dichos sintagmas. En definitiva, lo que el Parlamento Vasco parece insinuar es que dichos términos no significan nada. Esto es, que el Parlamento puede recurrir al procedimiento de lectura única cuando quiera, y sin necesidad de un acuerdo unánime de la Mesa, sólo por decisión del Gobierno. El Parlamento Vasco y el Gobierno Vascos tampoco alegan ningún argumento consistente en relación a las materias excluidas, en todo caso —esto es aunque concurrieran circunstancias de urgencia o necesidad— de dicho procedimiento, a saber, los derechos de los ciudadanos y el régimen electoral. Con respecto a estos límites el Gobierno Vasco considera que no resultaron superados por la Ley impugnada dada la necesidad de interpretar tales límites en sentido estricto. Se trata de una premisa discutible y que hubiera requerido un mayor desarrollo: ¿Son los límites o la utilización del procedimiento de lectura única, la que debe interpretarse restrictivamente?

Sea de ello lo que fuere, la segunda alegación del Parlamento Vasco en relación con este vicio de inconstitucionalidad de la ley, consiste en recordar que el Tribunal Constitucional ha rechazado que las irregularidades reglamentarias determinen por sí mismas un vicio de procedimiento determinante de inconstitucionalidad de una ley, siendo necesario para que tal consecuencia se produzca que el vicio en cuestión haya alterado de modo sustan-

cial el proceso de formación de la voluntad en el seno de las Cámaras. El Parlamento Vasco entiende que, en el escrito de planteamiento del recurso, no se ha concretado en qué medida tal alteración se ha producido.

El Tribunal Constitucional afronta esta cuestión en el Fundamento Jurídico 5, recordando, una vez más, su doctrina sobre la relación existente entre el procedimiento legislativo y el principio democrático. Relación que determina que la violación del primero, pueda, en determinadas ocasiones, implicar también la infracción del segundo: «Aunque el art. 28.1 de nuestra Ley Orgánica no menciona los Reglamentos parlamentarios entre aquellas normas cuya infracción puede acarrear la inconstitucionalidad de la Ley, —recuerda el Alto Tribunal— no es dudoso que, tanto por la invulnerabilidad de tales reglas de procedimiento frente a la acción del legislador como, sobre todo, por el carácter instrumental que esas reglas tienen respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político (art. 1.1 CE), la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras»<sup>11</sup>.

En el supuesto que nos ocupa, el Tribunal, en el Fundamento Jurídico 5, asume la tesis del recurrente y declara que sí se ha alterado, de forma sustancial, el proceso de formación de voluntad de la Cámara, y ello porque, «con infracción del Reglamento del Parlamento Vasco<sup>12</sup>, se ha impuesto a la Cámara la tramitación de la Ley impugnada a través de un procedimiento en el cual resultan notablemente limitadas las posibilidades de participación de las minorías en el proceso de elaboración de la norma, no por acuerdo unánime de la Mesa del Parlamento, sino en virtud de una decisión del Gobierno Vasco».

11 STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 1 a).

12 La infracción es manifiesta. Implícitamente la reconoce el propio legislador vasco en la Exposición de Motivos de la Ley, al declarar que la misma afecta a una materia excluida de ese tipo de procedimiento legislativo. En este sentido, el Tribunal Constitucional entiende que la facultad del Gobierno Vasco de hacer uso del procedimiento de lectura única y con ello excepcionar, sin previa autorización del Pleno de la Cámara, la posibilidad de presentación de enmiendas, es, obviamente una facultad limitada. Sea o no cuestionable la concurrencia en el caso de «circunstancias de carácter extraordinario» o problemas que precisen de un remedio legislativo por vía de urgencia, resulta indiscutible que, atendido el contenido de la Ley recurrida, esta afecta de forma clara a materias expresamente excluidas por el art. 119.3 RPV. Es evidente la incidencia de la Ley sobre el derecho fundamental a participar en los asuntos públicos garantizado a los ciudadanos vascos por el art. 23 CE. La misma exposición de motivos de la Ley 9/2008 subraya que la consulta que pretende celebrarse «constituye un instrumento legal y democrático para que el pueblo vasco pueda ejercer libremente el derecho fundamental de participación ciudadana en los asuntos de trascendencia que son de su incumbencia». Aunque para el legislador autonómico, aparentemente, el derecho afectado es el reconocido en el art. 9.2 e) EAPV, lo cierto es que las previsiones de la propia Ley en materia de régimen electoral ponen de manifiesto que el derecho concernido es en realidad el proclamado en el art. 23 CE. Tales previsiones evidencian una directa afectación de otra de las materias excluidas por el art. 119.3 RPV: el régimen electoral.

En conclusión, en la medida en que la ley fue aprobada mediante un procedimiento inconstitucional (infringiendo el propio Reglamento de la Cámara se atentó contra el principio democrático), también desde un punto de vista formal, la Ley de Consulta, es inconstitucional.

Insistimos, una vez más, que sólo por esta causa, la Ley ya puede y debe ser anulada. Ahora bien, el Tribunal va a declarar un tercer motivo de inconstitucionalidad, este de carácter sustantivo o material, y que consiste en otra violación del principio democrático. Esta violación es imputable al objeto de la segunda de las dos preguntas a las que se refiere la consulta, la relativa al derecho a decidir, eufemismo bajo el que subyace el derecho a la autodeterminación.

### III.3. LA INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL DEL OBJETO DE LA CONSULTA: DERECHO A DECIDIR Y DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN

La inconstitucionalidad material de la Ley reside en el contenido de la segunda pregunta objeto de la consulta en ella prevista. La redacción literal de la pregunta supone el reconocimiento de un supuesto derecho de autodeterminación del Pueblo Vasco, y en la medida en que implica una reforma constitucional subrepticia, del artículo 1 y 2 de la Constitución, el Abogado del Estado «alega que la segunda pregunta de la consulta infringe los arts. 1.2 y 2, en relación con el art. 168 CE».

El Abogado del Estado afirma que la reforma del art. 2 CE pasa indefectiblemente por el procedimiento del art. 168 CE, esto es, por una decisión del pueblo español, titular de la soberanía. Por tanto, el reconocimiento de un nuevo sujeto soberano en el País Vasco (un sujeto con capacidad para autodeterminarse políticamente, sea mediante «asociación» o «nueva relación» con el Estado Español, sea incluso mediante desmembración del Reino de España) requiere una previa decisión constituyente, políticamente imputable al soberano constitucional («el pueblo español», art. 1.2 CE) y encauzada a través del procedimiento del art. 168 CE, sin que pueda dilucidarse en «un proceso de negociación» entre «los partidos políticos vascos, sin exclusiones» y culminada en un referéndum en el que sólo participarían los electores de la Comunidad Autónoma del País Vasco, como presupone la pregunta b) del apartado 1 del artículo único de la Ley impugnada.

Según el Abogado del Estado, la segunda pregunta de la consulta incurriría, por tanto, en la infracción material expuesta, y su invalidación por inconstitucional privaría de sentido al resto de la Ley, de manera que toda ella debiera ser declarada inconstitucional y nula. En nuestra opinión, este vicio sólo afecta a la segunda pregunta y no a la primera objeto de la Consulta. Otra cosa es que, por los motivos competenciales y formales ya expuestos, la ley en su conjunto incurra en inconstitucionalidad.

Frente a esta tesis, la defensa del Parlamento Vasco se aferra, como hizo antes, al nominalismo. Si antes el referéndum no era un referéndum, ahora el

derecho a decidir del pueblo vasco, nada parece tener que ver con el reconocimiento de un sujeto soberano con capacidad para autodeterminarse políticamente. Según el Parlamento Vasco «en la segunda pregunta no cabe ver el reconocimiento del derecho de autodeterminación del País Vasco», tal interpretación «parte de una lectura distorsionada de las mismas, muy alejada de su verdadero significado»<sup>13</sup>. Por ello, se niega que la pregunta suponga o equivalga a una iniciativa popular que, directa o indirectamente, plantee la reforma constitucional. En el mismo sentido se pronuncia el Gobierno Vasco: «ni de la literalidad de la Ley impugnada ni del contexto en que se inserta cabe deducir que pretende o prefigura un nuevo sujeto constituyente dispuesto a reformar la Constitución».

La defensa de la constitucionalidad de la ley se centra en este caso, una vez más, en el carácter no vinculante de la consulta, esto es, en la ausencia de efectos jurídicos: «La norma impugnada no pone en cuestión que los órganos estatales puedan resultar competentes para la toma de decisiones relativas a hipotéticas reformas constitucionales, ni que corresponda la ratificación de las mismas al conjunto del electorado español. Tampoco puede advertirse ningún tipo de invasión competencial, dado que el resultado de la consulta carece de efecto jurídico sobre los órganos estatales, pues, al carecer de naturaleza vinculante, la orientación manifestada por el cuerpo electoral autonómico carece de virtualidad jurídica». Desde esta perspectiva, según el Gobierno y el Parlamento Vascos, el recurso presentado por el Abogado del Estado presenta una naturaleza preventiva, que el Tribunal Constitucional no admite<sup>14</sup>.

13 Para el Parlamento Vasco, el Abogado del Estado incurre en el prejuicio de hacerle decir a la pregunta lo que literalmente no dice, pues en ella no se parte del reconocimiento del derecho de autodeterminación, sino que, partiendo de un contexto en el que son necesarias soluciones que, como la representada por la Ley de la claridad canadiense, den respuesta al problema de las minorías estructurales en el seno de una comunidad política soberana, se inquiere sobre si se está de acuerdo en apoyar un proceso de negociación para alcanzar un acuerdo sobre el ejercicio del derecho a decidir del pueblo vasco, esto es, negociar un acuerdo que estipule los requisitos, límites, procedimiento y demás circunstancias que harían jurídicamente viable tal derecho. La pregunta, en términos estrictos, se centra en esta primera etapa y no prejuzga los pasos posteriores, esto es, qué papel jugaría el pueblo español en su conjunto en el supuesto de que el 'Acuerdo Democrático' se alcanzara, de modo que esta primera etapa, al referirse sólo a los partidos políticos vascos, limita su incidencia al ámbito autonómico sin cuestionar la soberanía del pueblo español en este momento. Aun cuando es cierto que en la pregunta se alude a un referéndum a celebrar antes de que finalice el año 2010, se trata de un futuro que depende de que el resultado de la consulta sea favorable, de que los partidos políticos vascos emprendan tal proceso negociador y de que éste llegue a una conclusión. A esto cabe objetar que si bien es cierto que el ejercicio del derecho de autodeterminación se plantea en varias etapas, y no se puede prejuzgar el resultado final del proceso, lo cierto es que el sujeto titular de ese supuesto derecho se afirma ya en la primera etapa. Esto es, la que sólo afecta al ámbito autonómico. Es precisamente el reconocimiento de esa titularidad (aunque no llegara a ejercerse nunca) lo que resulta incompatible con el principio democrático plasmado en el artículo 1. 2 de la Constitución.

14 Con cita de la doctrina sentada en al ATC 135/2005, de 20 de abril, insiste el Gobierno Vasco en que de lo que se trata es de consultar sobre la conveniencia de abrir un proceso cuyo contenido es incierto y que, en su caso, habrá de plasmarse posteriormente en normas o actos con eficacia jurídica, pero que hasta que no se produzca esa eventualidad ninguna vulneración

El Gobierno Vasco va más allá, y advierte que incluso si la consulta hubiera planteado la reforma constitucional (lo que expresamente rechazan), no habría habido en ello violación del artículo 168 de la Constitución. El hecho de que el Parlamento vasco consultase la opinión pública de su ciudadanía previamente a plantear una posible iniciativa de reforma constitucional sería una cuestión ajena al proceso formal de reforma y no tendría ninguna repercusión jurídica externa. Como mucho podría orientar al órgano representativo autonómico sobre la procedencia u orientación de su proposición de reforma, pero el mayor o menor grado de influencia de tal opinión popular alcanzaría exclusivamente al órgano representativo vasco, que sería a quien correspondería el ejercicio de la facultad que le atribuye el art. 166, en relación con el art. 87.2, CE, y no a los órganos parlamentarios estatales ante los que discurriría el procedimiento de reforma una vez que la iniciativa fuera presentada.

Por todo ello, los defensores de la ley impugnada entienden que la respuesta a la consulta autonómica convocada en ningún caso podría ser considerada como propia de un cuerpo soberano que abre un proceso constituyente<sup>15</sup>. Ahora bien, importa subrayar que, en todas las objeciones planteadas al recurso se prescinde, intencionadamente, del hecho de que, con independencia de las fases o etapas previstas en la segunda pregunta, así como con independencia también de los efectos jurídicos atribuibles a cada una de ellas, lo cierto es que el presupuesto de todas ellas es «el derecho a decidir» del pueblo vasco, y que, en definitiva, el efecto jurídico inmediato de la Ley impugnada no es otro que el reconocimiento o inclusión de ese presunto derecho en el ordenamiento jurídico. Y es ahí, precisamente, donde la Ley incurre en inconstitucionalidad material, puesto que con un tal reconocimiento se viola, de forma directa, (en nuestra opinión, sin intermediación del artículo 168) el artículo 1. 2 de la Constitución.

Veamos cómo entiende el Tribunal el significado y alcance de la segunda pregunta contenida en la Ley impugnada. En este sentido, el Tribunal en el Fundamento Jurídico 4 de la sentencia que nos ocupa hace dos afirmaciones de interés:

actual de la Constitución se habrá producido. Lo que se discute es la viabilidad de que se debata sobre determinadas cuestiones haciendo participar a los ciudadanos mediante su consulta para orientar la acción de las fuerzas políticas. De este modo la demanda prevendría contra hipotéticas vulneraciones constitucionales que por el simple debate político en ningún caso pueden entenderse producidas, siendo éste un modo de proceder (el de los recursos preventivos) reiteradamente censurado por el Tribunal Constitucional.

15 Primero, porque nada semejante es deducible de la lectura de las preguntas formuladas; segundo, porque no es objeto de la consulta ninguna decisión política concreta que deba ser ratificada por los órganos convocantes o por otros, sino un mero instrumento de orientación; y, tercero, porque en cualquier caso se recabaría la opinión de los ciudadanos vascos, si se quiere del cuerpo electoral vasco, que actuaría, en su caso, como órgano constituido, y no como una fracción desgajada del pueblo soberano cuya manifestación de voluntad pueda resultar una amenaza para los órganos representativos.

a) La primera, que la pregunta en cuestión afecta al orden constituido. Y ello por varias razones. En primer lugar, porque parte del reconocimiento de un nuevo sujeto soberano: «La Ley recurrida —afirma el Tribunal— presupone la existencia de un sujeto, el «pueblo vasco», titular de un «derecho a decidir» susceptible de ser «ejercitado» [art. 1 b) de la Ley impugnada], equivalente al titular de la soberanía, el pueblo español, y capaz de negociar con el Estado constituido por la Nación española los términos de una nueva relación entre éste y una de las Comunidades Autónomas en las que se organiza. La identificación de un sujeto institucional dotado de tales cualidades y competencias resulta, sin embargo, imposible sin una reforma previa de la Constitución vigente». En segundo lugar porque, en realidad «el contenido de la consulta no es sino la apertura de un procedimiento de reconsideración del orden constituido que habría de concluir, eventualmente, en «una nueva relación» entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco; es decir, entre quien, de acuerdo con la Constitución, es hoy la expresión formalizada de un ordenamiento constituido por voluntad soberana de la Nación española, única e indivisible (art. 2 CE), y un sujeto creado, en el marco de la Constitución, por los poderes constituidos en virtud del ejercicio de un derecho a la autonomía reconocido por la Norma fundamental. Este sujeto no es titular de un poder soberano, exclusivo de la Nación constituida en Estado».

b) La segunda, y como conclusión lógica de la anterior es que, la cuestión afecta al conjunto de los españoles: «El procedimiento que se quiere abrir, —afirma el Tribunal— con el alcance que le es propio, no puede dejar de afectar al conjunto de los ciudadanos españoles, pues en el mismo se abordaría la redefinición del orden constituido por la voluntad soberana de la Nación, cuyo cauce constitucionalmente no es otro que el de la revisión formal de la Constitución por la vía del art. 168 CE, es decir, con la doble participación de las Cortes Generales, en cuanto representan al pueblo español (art. 66.1 CE), y del propio titular de la soberanía, directamente, a través del preceptivo referéndum de ratificación (art. 168.3 CE).

Por su trascendencia, reproduzco íntegra la meridiana y clara conclusión que de todo lo anterior extrae el Tribunal:

«La cuestión que ha querido someterse a consulta de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma del País Vasco afecta (art. 2 CE) al fundamento del orden constitucional vigente (en la medida en que supone la reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano o, cuando menos, de la relación que únicamente la voluntad de éste puede establecer entre el Estado y las Comunidades Autónomas) y por ello sólo puede ser objeto de consulta popular por vía del referéndum de revisión constitucional. Es un asunto reservado en su tratamiento institucional al procedimiento del art. 168 CE. La que aquí nos ocupa no puede ser planteada como cuestión sobre la que simplemente se interesa el parecer no vinculante del cuerpo electoral del País Vasco, puesto que con ella *se incide sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la*



*decisión de los poderes constituidos.* El respeto a la Constitución impone que los proyectos de revisión del orden constituido, y especialmente de aquéllos que afectan al fundamento de la identidad del titular único de la soberanía, se sustancien abierta y directamente por la vía que la Constitución ha previsto para esos fines. No caben actuaciones por otros cauces ni de las Comunidades Autónomas ni de cualquier órgano del Estado, porque sobre todos está siempre, expresada en la decisión constituyente, la voluntad del pueblo español, titular exclusivo de la soberanía nacional, fundamento de la Constitución y origen de cualquier poder político».

En definitiva, la Ley es inconstitucional por su incompatibilidad tanto con el artículo 1 como con el 2 CE. Aunque se aceptara (que es mucho aceptar) el argumento de los poderes públicos vascos de que la ausencia de carácter vinculante de la consulta no pone en cuestión la integridad del principio de unidad del Estado y como tal consulta no infringe el artículo 2 CE, lo que resulta indiscutible es que la pregunta viola directamente el artículo 1 CE (soberanía del pueblo) y ello porque lo que no tiene cabida en la Constitución es el reconocimiento de la posibilidad de que alguno de los 19 «pueblos» autonómicos reconocidos se pronuncie sobre cuestiones que afectan a la totalidad del pueblo español, y eso y no otra cosa es «el derecho a decidir». Y ahí radica la inconstitucionalidad de la pregunta, no en el reconocimiento del Pueblo Vasco, cuya existencia fue admitida por la Ley Orgánica del Estado que aprobó el Estatuto de Autonomía del País Vasco, *sino en que a ese pueblo se le atribuya el derecho a decidir el futuro de España como Estado constitucional unitario*. El objeto de ese derecho es inconstitucional por infringir el principio democrático, esto es, por infringir, ante todo y sobre todo, el artículo 1.2 CE. El reconocimiento de ese derecho a decidir el futuro del pueblo (español) a una fracción del mismo (electorado vasco) es incompatible con la Constitución y ello con independencia de que nunca llegara a ejercerse.

De lo expuesto se deduce con claridad que, desde un punto de vista material, la ley es manifiestamente inconstitucional por su incompatibilidad con el principio democrático (art. 1 CE). Y ello porque admitiendo el derecho «a decidir del pueblo vasco» se destruye —en ese mismo momento— el principio democrático según el cuál «quod omnes tangit ab omnibus approbatur»<sup>16</sup>. El Tribunal Constitucional así lo ha entendido.

Y aquí podríamos poner fin a este comentario. Pero ocurre, sin embargo, que en los razonamientos contenidos en el Fundamento Jurídico 4 de la sentencia anteriormente reproducidos, el Tribunal confirma su doctrina sobre

<sup>16</sup> Es cierto que no queda tan claro que el reconocimiento de la titularidad de ese derecho destruya —per se (y mientras no se ejerza)— la unidad del Estado (art. 2 CE). Es claro que su propósito es hacerlo, pero ese resultado se producirá en el futuro mediante otro acto o decisión. En este sentido conviene recordar la necesidad de diferenciar entre titularidad y ejercicio del derecho a decidir (autodeterminación) del pueblo vasco o de cualesquiera de los otros dieciocho pueblos autonómicos. El mero reconocimiento de la titularidad de ese derecho atenta contra el principio democrático, pero el principio de unidad del Estado como tal sólo se ve afectado en el momento en que dicho derecho se pretende ejercitar.

el significado y alcance de Reforma Constitucional previsto en el artículo 168. Y dicha doctrina merece también ser examinada.

#### IV. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 168 CE

Desde un punto de vista material, acabamos de ver cómo el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de la segunda pregunta objeto de la consulta. Y lo ha hecho porque la misma parte del reconocimiento de un presunto «derecho a decidir del Pueblo Vasco» que en la medida en que contradice el artículo 1 y 2 de la Constitución, sólo podrá tener cabida en nuestro ordenamiento mediante la activación del procedimiento del artículo 168 de la Constitución.

Con relación a la ley impugnada, en el Fundamento Jurídico 4 de la sentencia que comentamos el Tribunal ha dicho lo siguiente: «resulta indudable que plantea una cuestión que afecta al orden constituido y también al fundamento mismo del orden constitucional. Una afectación de esa naturaleza y con tal alcance es desde luego factible en nuestro Ordenamiento, toda vez que, en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, según recordamos en la STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7<sup>17</sup>, «siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales», *no hay límites materiales a la revisión constitucional...*».

El Tribunal reitera así su tesis relativa a la inexistencia de límites materiales a la revisión constitucional. Ahora bien, pese a lo que aquí se dice y a la jurisprudencia que se cita, en concreto y por su trascendencia la sentencia sobre la ley de partidos, lo cierto es que la doctrina del Tribunal dista mucho de ser clara. Baste a estos efectos recordar su Decisión relativa a la conformidad con la Constitución del proyecto de Tratado Constitucional europeo. En dicha Decisión subyacía la idea de un núcleo duro inmune al poder de reforma<sup>18</sup>.

El interés de la sentencia que hoy nos ocupa, la STC 103/2008, es que en ella, el Tribunal Constitucional expresamente reconoce que el artículo 1. 2, fundamento del orden constitucional, que establece el principio político democrático que se identifica con el principio de soberanía popular, también puede ser modificado por el artículo 168.

Llegados a este punto, me gustaría dejar constancia en este comentario de mi radical discrepancia con la doctrina del Tribunal. Coincido plenamente con él en que «el derecho a decidir del Pueblo Vasco», como derecho de autode-

17 Para un análisis detallado de la misma remito a mi trabajo, TAJADURA, J.: Partidos Políticos y Constitución, Civitas, Madrid, 2004. Págs. 125-168.

18 Véase el comentario de la Decisión 1/2004 realizado por Josu de Miguel en el que inci- de sobre esta cuestión: DE MIGUEL BARGENA, J: «España» en Justicia Constitucional y Unión Europea, (TAJADURA, J y DE MIGUEL, J, coord.) CEPC, Madrid, 2008. Págs. 162 a 166.

terminación no puede ser deducido del Texto Constitucional vigente. Discrepo de su afirmación de que cabría incluirlo en él mediante una operación de reforma constitucional llevada a cabo según el artículo 168 CE.

El Tribunal Constitucional, (y un amplio sector doctrinal<sup>19</sup>), al interpretar el artículo 168, entiende el Poder de reforma constitucional como un poder que sólo está limitado procedimentalmente, pero que en cuanto al contenido material de su voluntad carece de límites<sup>20</sup>. Se trata de una tesis que, en mi opinión, resulta incompatible con el concepto mismo de Constitución racional-normativa.

La idea misma de Constitución normativa nos obliga a configurar al Poder de reforma como un poder limitado no sólo procedimentalmente sino también materialmente. Y ello con independencia de que dichos límites hayan sido expresamente dispuestos por el constituyente en las denominadas cláusulas de intangibilidad. Como ha escrito Pedro de Vega en una obra ya clásica, y difícilmente superable, sobre este tema:

«Si el principio jurídico de supremacía constitucional impone el reconocimiento de unos límites implícitos formales que se centran, básicamente, en las propias normas reguladoras del procedimiento de reforma, el principio político de soberanía popular condicionará, por su parte, la obligada aparición de unos límites implícitos materiales, cuya fundamentación y desarrollo han de ser deducidos, desde la lógica de la legitimidad, como necesario correlato de los valores materiales y los supuestos políticos en que se inspira y se vertebra el moderno Estado constitucional»<sup>21</sup>.

En este sentido, no merece la pena discutir sobre si los principios y los valores legitimadores del ordenamiento constitucional forman parte o no de la realidad jurídica y tienen, por tanto, un valor normativo o no, en la medida en que, con frecuencia, y así ha ocurrido en el caso español, dichos principios y valores han sido expresamente recogidos por el constituyente (artículos 1 y 10). Por ello, lo que importa es subrayar que «lo que resulta incuestionable es

19 Por todos, ARAGON, M.: Constitución y democracia. Tecnos, Madrid, 1990.

20 Tal concepción del Poder de Reforma como un poder materialmente ilimitado es expresión de una concepción procedimental de la democracia. Concepción que subyace en la sentencia objeto de este comentario: «Nuestra democracia constitucional —afirma el Tribunal— garantiza, de manera muy amplia, la participación de los ciudadanos en la vida pública y en el destino colectivo, decidiendo éstos, periódicamente, a través de las elecciones de representantes en las Cortes Generales (arts. 68 y 69 CE), en los Parlamentos autonómicos (art. 152.1 CE y preceptos de todos los Estatutos de Autonomía) y en los Ayuntamientos (art. 140 CE), acerca del destino político de la comunidad nacional en todas sus esferas, general, autonómica y local. Más aún, la Constitución incluso asegura que sólo los ciudadanos, actuando necesariamente al final del proceso de reforma, *puedan disponer del poder supremo, esto es, del poder de modificar sin límites la propia Constitución* (art. 168 CE). *Nuestra Constitución garantiza, de esa manera, a través de los procedimientos previstos en ella, en los Estatutos de Autonomía y en las demás leyes, uno de los sistemas democráticos más plenos que cabe encontrar en el Derecho constitucional comparado*».

21 DE VEGA, P.: La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente, Tecnos, Madrid, 1991. Pág. 283-284.

que, bien cuando aparecen como elementos claramente definidos en los textos constitucionales o en los preámbulos de los mismos, o bien cuando se presentan como supuestos indiscutibles de la ideología social imperante, esos principios y valores legitimadores del ordenamiento, *tendrán por fuerza que configurarse como zonas exentas al poder de revisión, y adquirir, por tanto, el indudable carácter de límites materiales implícitos a todo poder de reforma*.<sup>22</sup>.

Entender que el artículo 168 otorga al poder de reforma la facultad de modificar totalmente el ordenamiento conduce a consagrar un despropósito que, jurídicamente, repugna a la lógica global del Estado Constitucional. Por ello, dicho precepto, en el marco de una Constitución normativa, sólo puede ser interpretado en el sentido de que el poder de reforma puede alterar toda la literalidad de la Constitución siempre y cuando respete los mencionados principios y valores legitimadores del Estado Constitucional en general, y los de la fórmula política del Estado español, en particular.

Ahora bien, que la existencia de estos límites materiales implícitos al poder de reforma, sea una consecuencia obligada del concepto político de Constitución y de la lógica interna del Estado constitucional, no impide que la enumeración y la especificación de los mismos sea una tarea compleja. Tarea, que innecesario es recordarlo, desborda con creces el propósito de este necesariamente breve comentario jurisprudencial. En todo caso, y para nuestro tema, baste constatar la existencia de unos límites materiales implícitos que operan en el seno de todo Estado Constitucional y son comunes, por tanto, a todos los ordenamientos. Dichos límites vienen configurados por los tres principios esenciales e inherentes a esta forma histórica de Estado: el primero de ellos, es el principio democrático según el cual la soberanía reside en el pueblo, titular indiscutido e indiscutible del poder constituyente; los otros dos encuentran su fundamento en aquél, y son el principio político liberal que se manifiesta en la garantía de la libertad mediante el reconocimiento de los derechos y las libertades fundamentales de los individuos y en la organización del Estado conforme al principio de separación de poderes; y el principio jurídico de supremacía constitucional, que se traduce en la existencia de un procedimiento específico de reforma constitucional y de control de constitucionalidad de las normas.

En la Sentencia que nos ocupa, el Tribunal Constitucional rechaza todo lo anterior, y niega expresamente que el principio democrático de soberanía popular sea un límite material implícito al poder de reforma. Frente a la tesis sostenida por el Tribunal, entiendo que el principio democrático según el cual

22 DE VEGA, P.: La reforma constitucional... ob. cit. Pág. 285. En el mismo sentido se pronuncia el profesor Balaguer, uno de los más cualificados estudiosos de nuestro sistema de fuentes: «Existen límites materiales a la reforma que se derivan de la interdicción de desnaturalizar el orden constitucional vigente. La falta de explicitación de los mismos no impide su eficacia jurídica que se manifiesta en la imposibilidad de aceptar, bajo el régimen constitucional vigente y desde una perspectiva jurídica, determinadas reformas que desfiguren el núcleo esencial de la Constitución». BALAGUER, F.: Fuentes del Derecho, Tecnos, Madrid, 1992. Vol. II. Pág. 39.

la soberanía reside en el pueblo (art. 1. 2 CE), titular indiscutido e indiscutible del poder constituyente, se configura como un límite material implícito a la reforma constitucional. La supresión del mismo, ha escrito el profesor Pedro de Vega, no podría interpretarse como una operación de revisión, «sino como un acto revolucionario de destrucción de la Constitución existente»<sup>23</sup>.

## V. DERECHO A DECIDIR (DE AUTODETERMINACIÓN), REFORMA CONSTITUCIONAL Y NUEVO PROCESO CONSTITUYENTE.

En su citada obra sobre la problemática de la Reforma, el profesor Pedro de Vega advierte que tres son los aspectos o dimensiones que la Reforma Constitucional presenta: a) en primer lugar es un instrumento para adecuar la realidad jurídica a la realidad política; b) en segundo lugar es un mecanismo para articular la continuidad histórica del Estado, c) y, finalmente, en tercer lugar es una institución básica de garantía<sup>24</sup>.

Porque esto es así, no hace falta demasiada agudeza para concluir que si la reforma sirve para articular la continuidad del Estado que es tanto como para preservar la continuidad del Constituyente, para lo que nunca podrá ser utilizada es para la destrucción del Estado y del Constituyente. Este acto reventará por fuerza, siempre, la naturaleza de un acto revolucionario.

Y es que no otra cosa puede deducirse de una distinción básica para el correcto y cabal entendimiento de cualquier proceso constituyente: la diferencia conceptual entre pacto social y acto constitucional. Por el pacto social se crea la sociedad, mientras que mediante el acto constitucional se organiza. La reforma podrá afectar al acto constitucional pero para lo que no podrá nunca ser utilizada es para la destrucción o transformación del pacto social<sup>25</sup>. En definitiva, la soberanía del pueblo se configura como uno de los más claros límites al poder de Reforma.

Por ello, y, tal y como ha subrayado el profesor Ruipérez en sus diversos y meritorios trabajos sobre el particular «el reconocimiento del *ius secessionis* (exigiría) que hiciese su entrada en escena un nuevo Constituyente como poder revolucionario, fáctico, político-existencial, absoluto, soberano e ilimitado en el contenido de su voluntad que es, en definitiva, el único sujeto que puede realizar la hipótesis de lo que Carl Schmitt denominó “cambio de constitución” o en su caso proceder a la aprobación de un nuevo Texto Constitucional»<sup>26</sup>.

23 DE VEGA, P.: La reforma constitucional... ob. cit. pág. 286.

24 DE VEGA, P.: La reforma constitucional...ob.cit. pág. 67. «Si frente al poder constituyente y soberano, el poder de reforma aparece como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado, frente al resto de los poderes constituidos se presenta como la institución básica de garantía». Pág. 69.

25 Para una exposición detallada de esta tesis remito a mi trabajo TAJADURA, J.: «El Pacto social como límite a la reforma del acto constitucional» en La Reforma Constitucional (Roura, S., Y TAJADURA, J, Dirs.) Biblioteca Nueva, Madrid, 2005. Págs. 365-400.

26 RUIPEREZ, J.: Proceso Constituyente, Soberanía y Autodeterminación, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003. Pág. 321.

Si lo anterior tiene algún fundamento, resulta claro que «el derecho a decidir» del pueblo vasco (esto es el derecho de autodeterminación política y como tal de secesión) no puede ser incluido en nuestra Constitución mediante la reforma de la misma en virtud del artículo 168 tal y como sostiene el Tribunal —erróneamente en nuestra modesta opinión— en su sentencia 103/2008.

Ahora bien, esto no debe interpretarse en el sentido de que se niegue la legitimidad ideológica y política de aquellas propuestas tendentes a reconocer «el derecho a decidir» del pueblo vasco. Lo que se rechaza es la forma en que según el Tribunal Constitucional resultaría legítimo constitucionalmente incluir tal derecho. Porque está claro que, desde un punto de vista democrático, debemos tener presente las observaciones de Rousseau sobre la posibilidad de sustituir un pacto social por otro, aunque eso sí, debiendo observar los mismos requisitos y formalidades que se exigieron para la celebración del primero: «Va contra la naturaleza del cuerpo político darse leyes que luego no pueda revocar, pero no va contra la naturaleza ni contra la razón que no pueda revocarlas más que con la solemnidad puesta en práctica al establecerlas»<sup>27</sup>.

Rousseau se refería así no sólo a la posibilidad de realizar cambios *en* la Constitución, sino también cambios *de* Constitución. Efectivamente, todo pueblo conserva el derecho imprescriptible de variar el pacto social, y con ello de dotarse de una nueva Constitución. Por ello, a los que, por asumir la ideología de la nación aspiran a la disolución del pacto social de 1977-78, hay que reconocerles siempre el derecho a solicitar la apertura de un nuevo proceso constituyente, lo que, llegado el caso, no podría hacerse de forma unilateral, sino que debería ser aceptado por la mayoría del cuerpo electoral de España como conjunto unitario. Porque fue el pueblo español en su conjunto el que aprobó la vigente Constitución habrá de ser también el pueblo español en su conjunto y no una fracción minoritaria de este el que deba decidir *el cambio de aquella por otra*. En ese nuevo proceso constituyente, los españoles podríamos bien mantener el pacto social actual, bien romperlo, sustituyéndolo por otros. Ahora bien, el resultado de dicho proceso sería lógicamente una (o más) nueva Constitución.

La pretensión de considerar el Texto Constitucional con el artículo 1.2 suprimido o sustituido por otro que excluyera la unidad de la soberanía del pueblo español, como el Texto reformado de la CE de 1978 resultaría, por todo lo anterior, un fraude. No se trataría de la *misma Constitución reformada*, sino de *otra* Constitución distinta. Esta distinción entre cambio *de* Constitución y cambio *en* la Constitución, exigida desde un punto de vista lógico y conceptual, es la que el Tribunal Constitucional no reconoce con la claridad debida.

27 ROUSSEAU, J. J.: Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma (1775).

## VI. CONCLUSIONES

El Tribunal ha dictado una sentencia muy bien fundamentada y la ha dictado, además, con rapidez. En ella ha ejercido su papel de defensor de la Constitución, y para ello ha rechazado el nominalismo con el que los defensores de la ley pretendían justificar su constitucionalidad. El Tribunal ha dejado claro lo que, para muchos, siempre fue evidente, la consulta sobre el derecho a decidir no es otra cosa que el referéndum sobre el derecho de autodeterminación. Ciertamente es que la ley no se refería al ejercicio del mismo, pero no menos cierto es que su objeto era incluir su reconocimiento en el ordenamiento jurídico. En este sentido, la ley se configuraba como una pieza de un proceso de más largo alcance, como la primera etapa de un procedimiento cuyo final aunque no puede prejugarse, cierto es que por su apertura y ambigüedad podría implicar la destrucción de España como Estado Constitucional unitario.

La sentencia dictada por unanimidad es rotunda y contundente. Los once Magistrados del Alto Tribunal, declararon la inconstitucionalidad de la ley por razones, competenciales, procedimentales y materiales. De todas ellas, como hemos visto, las últimas son las más relevantes. Aunque la ley se hubiera aprobado sin infringir el Reglamento Vasco, la ley hubiera sido inconstitucional. Aunque hubiéramos aceptado que la consulta no tenía naturaleza referendaria y que el Parlamento Vasco era competente para regularla, la ley hubiera resultado igualmente inconstitucional. No estamos pues ante unos vicios meramente formales o procedimentales. La inconstitucionalidad de la Ley de Consulta es más profunda y grave. Y, básicamente reside en su pretensión de que decisiones políticas de especial trascendencia para todos los ciudadanos españoles sean consultadas exclusivamente a los electores vascos en virtud de una decisión del Parlamento territorial. Eso y no otra cosa es lo que hubiera supuesto la inclusión —mediante una ley autonómica— en el ordenamiento jurídico del «derecho a decidir» del pueblo vasco.

Desde esta perspectiva, el Tribunal ha dejado claro que el reconocimiento del derecho de autodeterminación sólo es posible mediante la reforma constitucional por el procedimiento del artículo 168. Por las razones que brevemente he expuesto, considero que dicho reconocimiento sólo sería posible mediante la apertura de un nuevo proceso constituyente, en la medida en que el Texto Constitucional que lo recogiera sería una Constitución nueva y distinta de la vigente.

En el momento de redactar este comentario, están pendientes de celebración las elecciones autonómicas vascas por lo que no sabemos cuál será el futuro político del artífice del Plan que el Tribunal Constitucional ha truncado en esta sentencia. Sea de ello lo que fuere, creo bastante probable que en el futuro habremos de enfrentarnos a nuevos intentos de incluir en nuestro ordenamiento jurídico «el derecho a decidir». En este sentido, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional permite ya anticipar, sin ninguna duda, que dichos intentos, de la misma forma que sus precedentes, están irrevoca-



blemente condenados al fracaso por la manifiesta inconstitucionalidad de sus premisas, de sus planteamientos y de sus efectos. La posibilidad de que una fracción del pueblo español se pronuncie sobre algo que afecta a la totalidad del mismo, —con independencia de la forma jurídica con la que se quiera revestir ese reconocimiento— es manifiestamente contraria al artículo 1.2 CE.

Por otro lado, y en la medida en que en los nuevos Estatutos de Autonomía de Andalucía y Cataluña, estas Comunidades han asumido competencias en materia de consultas, quedan muy claros también, los límites de estas. De hecho, en el momento de publicarse la sentencia, el Parlamento de Cataluña estaba elaborando su propia Ley de Consultas en un contexto en que uno de los partidos integrantes del Gobierno de Cataluña había anunciado ya la celebración de un referéndum sobre la independencia en 2014. No es por ello errado entender que la sentencia es también un aviso para navegantes.

\* \* \*

TITLE: *Referendum in the Basque Country (Commentary to the judgment 103/2008).*

ABSTRACT: *The Law 9/2008 of the 27th June, of the Basque Parliament, established the possibility that the President of the Basque Government realized a referendum with two questions. The first one was referring to the negotiation with the terrorist group ETA. The second foresaw a possible recognition of the right of self-determination of the Basque People. The Sentence of the Spanish Constitutional Court 103/2008, of the 11th September, declared the unconstitutionality of the regional Law, from a competential, procedural and material perspective. The pretension of this work is to analyze critically the content of the Sentence, specially in relation with its material and democratic arguments.*

RESUMEN: *La Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, autorizaba al Presidente del Gobierno Vasco a someter dos preguntas a consulta no vinculante de los ciudadanos del País Vasco el 25 de octubre de 2008. Las preguntas se referían al apoyo a un «proceso de final dialogado de la violencia» y al inicio de «un proceso de negociación para alcanzar un Acuerdo Democrático sobre el ejercicio del derecho a decidir del pueblo vasco», Acuerdo que habría de someterse a referéndum antes de que finalizase el año 2010. La Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2008, de 11 de septiembre, declaró la inconstitucionalidad de esa ley. El objeto de este comentario es analizar críticamente el contenido de esta sentencia. Sentencia en la que, de forma unánime, los once Magistrados del Alto Tribunal, declararon la inconstitucionalidad de la ley por razones, competenciales, procedimentales y materiales. Aunque cualesquiera de esos vicios de inconstitucionalidad, por sí solos, resultarían suficientes para declarar la nulidad de la ley, los vicios de inconstitucionalidad material son los de mayor trascendencia y en ellos se centrará también este comentario.*

KEY WORDS: *Referendum. Right of Self - Determination. Constitutional Reform. Basque Country Competences. Statute of Autonomy of the Basque Country.*

PALABRAS CLAVE: *Referéndum. Derecho de Autodeterminación. Reforma Constitucional. Competencias del País Vasco. Estatuto de Autonomía del País Vasco.*