

LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL 2008

Marc Carrillo
Hèctor López Bofill
Aida Torres

Consideraciones generales

El año 2008 ofrece la singularidad en materia de jurisprudencia constitucional sobre controversias competenciales de no registrar ningún caso al respecto. Pueden destacarse, no obstante, cuatro sentencias relacionadas con la descentralización del poder político, que tienen que ver con la participación de las Comunidades Autónomas en los órganos centrales del Estado y las relaciones específicas entre una Comunidad Autónoma y el Estado, con motivo de una Ley que autoriza la convocatoria de una Consulta Popular, pero en ninguna de ellas se tratan litigios materialmente competenciales.

A pesar de que como se apuntaba en el *Informe* de 2007, la STC 247/2007, sobre la reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana, se presentaba como una resolución jurisdiccional con la mirada puesta en otra reforma estatutaria pendiente de decisión, la esperada sentencia sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña que tampoco se ha producido en 2008. Una circunstancia que parece que ha pesado lo suyo hasta el punto de enervar la atención del Tribunal Constitucional hacia otros litigios competenciales pendientes.

Las cuatro sentencias que son objeto de comentario son las relativas a los siguientes asuntos: la STC 47/2008, que versó sobre un caso relativo al procedimiento constitucional en defensa de la autonomía local, pero que no llegó a ser enjuiciado al declararse extinguido por pérdida sobrevenida del objeto; la STC 49/2008, que desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo único, apartados seis y siete, de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional; la STC 103/2008, que estimó el recurso y declaró la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Ley del Parlamento Vasco 97/2008, 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 negociación para alcanzar la paz y la normalización política, y, finalmente, la STC 101/2008, complementaria de la STC 49/2008, que en una resolución de carácter interpretativo, desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el apartado 7 del art. 184 del Reglamento del Senado.

A) *Dos sentencias sobre la reforma de la LOTC. a) La STC 49/2008, sobre la participación de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas en la elección por el Senado de magistrados del Tribunal Constitucional, establecida en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional: la constitucionalidad de una forma*

*de articular la participación de las Comunidades Autónomas en los órganos centrales del Estado*¹. b) *La STC 101/2008, una decisión interpretativa que enerva dicha participación.*

a) La reforma que prescribe la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional establece una nueva redacción al art. 16.1 LOTC (participación de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en el procedimiento de elección por el Senado de los candidatos a Magistrado del Tribunal Constitucional).

El recurso de inconstitucionalidad cifra sus motivos de inconstitucionalidad en tres ámbitos normativos: desde una perspectiva material se considera infringido el art. 159.1 CE; por otro lado, en relación al sistema de fuentes, se estiman vulnerados los arts 72.1 y 165 CE; y, por último, además de estos dos motivos, también se esgrimen diversas infracciones constitucionales relacionadas con la posición institucional del Senado (arts. 67, 69, 70 a 80, 82, 87, 89, 90 y 91 y, en especial, arts. 66.1 y 2 CE), con las facultades de los senadores (arts. 67.2, 23.2 y, por extensión, art. 23.1 CE) y con la estructura territorial del Estado. (art. 81.1 CE). Sus argumentos son los que siguen.

Una primera observación merece ser destacada en relación a algunas expresiones de los recurrentes para justificar la inconstitucionalidad del precepto impugnado. Es la que pone de relieve la sentencia en el sentido de que lo primero que debe señalarse es que no es posible hablar –como, por el contrario, sí lo hace el recurso– de alteración de la Constitución. Pues si bien toda inconstitucionalidad puede contemplarse de algún modo como un intento de alterar la Constitución, desde una perspectiva estrictamente jurídica, la Norma suprema sólo puede respetarse, pudiendo el legislador orgánico únicamente cumplirla, pero nunca alterarla (FJ 7).

Adentrándose ya en el objeto específico del recurso, el Tribunal argumenta que desde una perspectiva material la opción del constituyente en relación a la composición del Tribunal Constitucional fue la de otorgar un fuerte protagonismo a las Cortes Generales, que eligen a ocho de los doce Magistrados que lo componen. Añade, también que ambas Cámaras se encuentran en cuanto al número de magistrados a elegir en una posición idéntica, pero no así en cuanto al concreto modo de ejercer tal facultad, que puede estar influido por las propias características constitucionales de cada Cámara, lo cual fue tenido en cuenta en el proceso constituyente para la elaboración de del art. 159.1 CE. Pero además, la concreta participación de cada órgano constitucional en dicha elección también debe interpretarse a la luz de las normas constitucionales que los regulan, así como del sistema institucional que se deriva del texto constitucional (FJ 7.b).

Es evidente, pues, que la sentencia apela una vez más a la necesidad de inter-

1. Una parte de este comentario a la STC 49/2008, procede del apartado 1.3, del Cap. II de mi colaboración al libro M. CARRILLO (Coord.), G. FERNÁNDEZ FARRERES, E. FOSSAS ESPADALER y A. GARRORENA MORALES, *Hacia una nueva jurisdicción constitucional (Estudios sobre la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo de reforma de la LOTC)*. Tirant lo Blanch. Valencia 2008. Agradezco a la Editorial la autorización para hacer uso del mismo en este *Informe*.

pretar el precepto impugnado, no sólo de acuerdo con su específica formulación literal sino también en función del contenido general de la Norma suprema. Como se exponía al principio, los recurrentes imputan a la nueva redacción dada al art. 16.1 LOTC el desapoderamiento de las competencias del Senado, haciendo de su intervención en la elección de magistrados un acto meramente formal y debido, ya que la Cámara se ve impelida a asumir las propuestas que hayan hecho las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, la sentencia rechaza este planteamiento. Para ello expone que de acuerdo con lo establecido con el precepto legal reformado, resulta necesario distinguir dos fases o momentos en la elección de los miembros del Tribunal Constitucional que corresponden al Senado: una primera, la que se refiere a la facultad de los Parlamentos autonómicos de presentar candidatos a magistrados; y una segunda, que se corresponde con la elección final de los mismos, una elección que corresponde en exclusiva al Senado, aunque deba realizarse «entre» los candidatos propuestos por las Asambleas autonómicas. Pero, según la sentencia, la nota más destacada de la nueva regulación legal es la amplitud de la remisión que se hace al Reglamento parlamentario. Porque el régimen jurídico de la presentación de candidaturas por parte de los parlamentos autonómicos y de la elección de los magistrados entre dichos candidatos, lejos de concretarse, se remiten íntegramente a «los términos que determine el reglamento de la Cámara», lo cual abre necesariamente las puertas a múltiples desarrollos.

La amplia apertura a lo que determine la regulación reglamentaria, lleva a la sentencia a sostener que el régimen jurídico aplicable a las propuestas de candidatos a magistrado por parte de las Asambleas autonómicas no se agota en el art. 16.1 LOTC y en todo caso abre necesariamente las puertas a múltiples desarrollos. Por esta razón, y a fin de rechazar los argumentos de los recurrentes que imputan un desapoderamiento del Senado en el proceso de elección de los magistrados, la sentencia sostiene (FJ 9) que la expresión «entre los candidatos» no tiene, que ser interpretada necesariamente en el sentido que excluya cualquier posible margen de maniobra por parte del Senado en este sentido. Es decir, que tal y como está redactado el precepto, no deja totalmente en manos de los Parlamentos autonómicos la libre determinación de los candidatos elegibles por el Senado. Pues, aún en el caso de que sea interpretado en el sentido más estricto, el art. 16.1 LOTC presupone necesariamente la existencia de diversos candidatos y, por lo tanto, una posibilidad de elegir a unos y descartar a otros. Asimismo, –insiste la sentencia– en los términos que se establece la remisión al Reglamento parlamentario, nada excluye que el propio Senado pueda velar por el ejercicio constitucionalmente correcto de su función en el sentido de verificar si, por ejemplo, el número de candidatos presentados es insuficiente, o si los propuestos no cumplen con los requisitos exigidos constitucionalmente, o si la elección de algunos de los magistrados se frustra por no alcanzarse la mayoría requerida, etc. En consecuencia, a la espera de las futuras previsiones reglamentarias, un pronunciamiento en sentido distinto al desestimatorio no sólo sería preventivo, sino que llevaría a desconocer que el control de la LOTC obliga a reservar tales pronunciamientos a infracciones evidentes e insalvables.

Por tanto, no se puede aceptar la premisa de los recurrentes según la cual la facultad del Senado es absoluta e ilimitada. Y aunque la regulación del art. 159.1 CE

es extensa, la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional por parte del Senado es un aspecto que requiere desarrollo normativo y que, por tanto, puede verse limitada tanto material como procedimentalmente.

Hasta ahora, las normas que han desarrollado el citado precepto constitucional han tenido origen parlamentario y se han reducido a regular aspectos básicamente procedimentales. Pero la propia existencia de estas normas revela que no es posible partir, como pretenden los recurrentes, de que la norma constitucional sobre la elección de los magistrados impide un ulterior desarrollo normativo, que incluya condicionamientos materiales y de procedimiento (FJ 9 y 10).

Pero es en el FJ 11 donde la sentencia se adentra en la cuestión central que ha de servir para determinar la constitucionalidad o no del precepto impugnado. El punto de partida es el que constituye el nudo gordiano, el elemento cualitativamente diferente de esta reforma de la LOTC: la participación de órganos ajenos al Senado en la elección de magistrados. Ante esta reforma legislativa, el Tribunal se plantea tres cuestiones de relevancia: 1ª) ¿Está constitucionalmente prohibida?; 2ª) ¿tiene fundamento constitucional?; y 3ª) ¿resulta compatible con el modelo de jurisdicción constitucional que se deriva de la Constitución?.

En relación a la primera pregunta, la sentencia señala que ningún precepto constitucional impide una previsión del tenor de la contemplada en la nueva redacción dada al art. 16.1 LOTC. En este sentido, y acorde con la concepción de la interpretación conjunta de la Norma constitucional, esto es, entendida como un ámbito normativo general interrelacionado que se reseñaba anteriormente, la sentencia señala que la Comunidad Europea no se limita a ser un conjunto de normas que deban ser ejecutadas o un programa a desarrollar, sino un marco de coincidencias lo suficientemente amplio como para que dentro del mismo quepan opciones políticas de signo distinto. Por esta razón, no puede deducirse que la única participación autonómica posible en la elección de los miembros del Tribunal Constitucional sea la existencia de senadores designados por los Parlamentos autonómicos o, lo que es lo mismo, que exista una prohibición constitucional absoluta de cualquier otro mecanismo de participación, como es la posibilidad de presentar candidatos a través de los Parlamentos autonómicos (FJ 12).

En relación al fundamento constitucional que pueda presentar la reforma legislativa que se planteaba en la segunda pregunta, como no podía ser de otra manera, lógicamente, la sentencia invoca y subraya el carácter que la CE atribuye al Senado de Cámara de representación territorial. Sin duda, éste ha de ser el argumento decisorio para encontrar legitimidad constitucional en la reforma legal, en la medida que esta prescripción constitucional atribuida al Senado no puede quedar como afirmación retórica y vaciada de contenido normativo. Es cierto que por sí misma constituye una formulación genérica pero en ningún caso nada aséptica en términos constitucionales. Puesto que con esta habilitación constitucional, y así lo ponen de relieve los debates constituyentes— el Senado devino desde 1978 en la representación que las Comunidades Autónomas tienen en el Estado. Y nada impide que la misma se pueda proyectar también sobre otros órganos estatales con los que el Senado se relaciona en el ejercicio de sus funciones constitucionales. Es lógico, pues, que en su respuesta afirmativa a la segunda pregunta que la sentencia se formulaba, sostenga para justificarla que «no

debe perderse de vista que el carácter de Cámara de representación territorial puede expresarse y desarrollarse no sólo en la organización y funciones del Senado, sino en el ejercicio de todas sus facultades y, concretamente, de la elección de los miembros del Tribunal Constitucional que le corresponden» (FJ 13). En definitiva, con esta interpretación el Tribunal atribuye un significado jurídico más concreto a la expresión «cámara de representación territorial», que se concreta en una forma de participación autonómica en una institución central del Estado. En este sentido, la reforma de la LOTC aparece como una forma de implicar a las Comunidades Autónomas con el Estado compuesto del que forman parte. Porque no es ya que las Comunidades Autónomas sean una parte del Estado, sino que son Estado.

Finalmente, acerca de la compatibilidad de la reforma con el modelo de jurisdicción constitucional, la sentencia se pronuncia también en sentido positivo. Niega que se produzca desapoderamiento alguno de las funciones del Senado. La participación autonómica en este proceso se limita a la fase de presentación de candidatos, sin que en ningún momento se ponga en cuestión la condición del Senado como órgano titular que *decide* sobre su elección. Por otra parte, se rechazan los argumentos *ad absurdum* empleados en el recurso de inconstitucionalidad para cuestionar la técnica jurídica utilizada para la reforma legislativa, recordando al respecto que los recurrentes no pueden desconocer que la Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio, modificó el sistema de designación de los doce vocales del Consejo General del Poder Judicial elegidos entre jueces y magistrados, introduciendo precisamente un procedimiento contemplado en el art. 112 LOPJ, por el cual la elección de vocales por parte del Congreso y del Senado se realiza entre los candidatos presentados por las asociaciones profesionales de jueces y magistrados y las candidaturas respaldadas por un determinado número de firmas. Y aunque el art. 123.3 CE se remite expresamente a la ley orgánica para establecer los términos de dicha elección, no es adecuado poner el ejemplo de los vocales del Poder Judicial para denunciar sin mayor precisión el absurdo constitucional a que –según los recurrentes– conduce el traslado de las designaciones de segundo grado a otros órganos (FJ 14).

El recurso también imputa tacha de inconstitucionalidad al art. 16.1 LOTC en relación al sistema de fuentes que afectan a los arts. 72.1 y 165 CE. Más concretamente, por violar la reserva de Reglamento Parlamentario contenida en el primer precepto citado y por exceder las materias que el art. 165 CE reserva a la LOTC. En relación al art. 72.1 CE, la sentencia niega que la violación de la autonomía parlamentaria se haya producido. Puesto que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional (por todas la STC 234/2000), la autonomía reglamentaria de las Cámaras siempre se ha relacionado con la propia autonomía parlamentaria. Y en este caso, la vulneración se ha producido porque el contenido de la reforma legislativa excede claramente de la vida interna del Senado. Es decir, no se trata de un supuesto que forme parte de los llamados actos *interna corporis*. Por otra parte, la amplia remisión al propio Reglamento parlamentario que prevé la reforma garantiza que sea la Cámara Alta la que, en el ejercicio de su autonomía parlamentaria pueda concretar el régimen jurídico de la participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de elección de Magistrados (FJ 15). Y tampoco viola el art. 165 CE, que según la sentencia es un precepto que tiene una

vocación de *complitud*, siendo la LOTC un cauce idóneo para introducir una participación en la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional. En la medida que dicha participación excede la esfera interna del Senado y precisa del concurso de los Parlamentos autonómicos, es dicha Ley, que no está vinculada positiva sino negativamente a la CE, la única fuente del Derecho –excepto la propia Constitución– que puede introducirla (FJ 16).

Rechazados los motivos de inconstitucionalidad principales argüidos por el recurso, lógicamente también los son las tachas de inconstitucionalidad que por conexión y de forma secundaria recaen sobre otros preceptos constitucionales relacionados con el Senado. Así, no puede considerarse infringido el art. 66.1 CE, porque no se vulnera el principio de representación nacional que se deriva de dicho precepto ni se produce una discriminación del Senado respecto del Congreso del Congreso de los Diputados, Cámara ésta que carece del carácter de representación territorial que define la posición constitucional del Senado (art. 69 CE). Argumento que hace bien la sentencia en recordar de nuevo a fin de ubicar de la manera más idónea, la posición constitucional de la Cámara alta respecto del Congreso.

Tampoco es vulnerado el art. 81.1 CE puesto que con la formula participativa propuesta por la reforma, no se ha alterado el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Ni los arts. 23.2 y 67.2 CE en relación con el estatuto constitucional de los senadores: en primer lugar, porque dicho estatuto es de configuración legal y por la tanto, admite que se regule y se limite el ejercicio de funciones parlamentarias; y en segundo lugar, porque la regulación legal no vulnera el principio del mandato imperativo al atribuir a los Senadores la facultad de elegir a los magistrados del Tribunal Constitucional al final de un procedimiento en el que se ha previsto la participación autonómica. Finalmente, en la medida que no se ha infringido el art. 23.2 CE, tampoco puede considerarse vulnerado el art. 23.1 CE que solo se hubiese visto afectado por extensión (FJ 17).

Esta sentencia que fue dictada por un Pleno del Tribunal Constitucional integrado por ocho magistrados (tras los singulares episodios de abstención y recusación registrados) dio lugar a tres votos particulares. El primero correspondió al Magistrado Conde Martín De Hijas, cuya discrepancia se basó, en esencia, en los siguientes argumentos: después de afirmar que el recurso debía de haber sido estimado, afirma que el art. 159 CE que regula la composición del Tribunal Constitucional, deja perfectamente agotados los extremos esenciales del régimen jurídico de la misma. En un ámbito como éste definido y cerrado por la CE no cabe disponibilidad alguna sobre esta materia por el legislador. Pero dicho esto, sostiene, sin embargo, un criterio –similar al argumentado por el Grupo Parlamentario del PP recurrente de la ley– que podría resultar paradójico: la composición del Tribunal Constitucional es algo anterior y distinto a las materias a que el art. 165 CE se refiere. Para afirmar seguidamente, que se trata de una materia que corresponde al área funcional del Senado, razón por la cual entra dentro del ámbito constitucionalmente reservado al Reglamento del Senado. No se comprende como ello puede ser así cuando las relaciones de la Cámara alta con otros órganos del Estado, no forma parte de un *interna corporis*. Asimismo, este magistrado considera que se ha producido un desapoderamiento del Senado, ya que se restringe

desde un plano infraconstitucional la amplia libertad que le atribuye la CE para ejercer las atribuciones que el art. 159.2 CE establece para la propuesta de magistrados. Y la razón es que, tras la reforma legal, el Senado no podrá elegir magistrados para el Tribunal Constitucional que no hayan sido previamente propuestos por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas.

Por su parte, el Magistrado Delgado Barrio se alinea en la misma línea argumental según la cual la inconstitucionalidad del art. 16.1 de la Ley impugnada se basa en que los órganos constitucionales recogidos en el art. 159.1 CE puede elegir magistrados con absoluta libertad entre juristas que cumplan los requisitos señalados en el apartado del mismo artículo. En la medida que la Ley establece esta forma de participación de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, está cercenando el margen de actuación del Senado que la CE le atribuye en el art. 159.2 CE. Es decir, con la nueva regulación se ha producido un desapoderamiento en sus atribuciones del Senado.

Finalmente, el Magistrado Rodríguez Arribas insiste de forma más sintética en parecidos argumentos que los anteriores, afirmando que la sentencia desarrolla una interpretación innovadora o aditiva de la Ley impugnada, situándose en una órbita *contra legem* al pretender hacer decir a la reforma legal lo que, evidentemente no dice. La reforma legal ha producido una mutación constitucional, ya que ahora la Cámara Alta ha de limitarse a elegir candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional entre los que previamente han propuesto las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

b) El sentido de la STC 49/2008 que desestimó el recurso planteado contra la reforma de la LOTC, queda –sin embargo– enervado con el criterio interpretativo sostenido en STC 101/2008 dictada en relación al recurso de inconstitucionalidad planteado contra el nuevo apartado 7 del art. 184 del Reglamento del Senado (RS).

En dicho apartado se establece el procedimiento de la elección por el Senado de los cuatro magistrados, en los términos siguientes: «a) *El Presidente del Senado comunicará a los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas la apertura del plazo para la presentación de las candidaturas. Cada Asamblea Legislativa podrá, en ese plazo, presentar hasta dos candidatos, resultando aplicable lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de este artículo.* b) *La Comisión de nombramientos elevará al Pleno de la Cámara una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir, que deberán haber comparecido previamente en la Comisión. Si no se hubieran presentado en plazo candidaturas suficientes, la propuesta que se eleve al Pleno podrá incluir otros candidatos.*».

Pues bien, para el Tribunal Constitucional no puede negarse que la referencia del precepto impugnado a la falta de candidatos «suficientes» es susceptible de ser interpretada en un sentido literal o meramente numérico, esto es, relativo a la presentación por las instancias autonómicas de candidatos bastantes en relación con los puestos a cubrir. Pero también puede ser interpretada en un sentido cualitativo o de mérito, de forma que solamente serán consideradas suficientes las candidaturas de aquellas personas, sobre las que pueda recaer el apoyo de la Cámara expuesto en la exigencia de que obtengan el voto favorable de, al menos, tres quintos de los senadores.

Argumenta el Tribunal Constitucional que, en principio, tales candidatos serán los que hayan presentado las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, pero la libertad institucional del Senado, no puede llevar a la Cámara a la imposibilidad de cumplir con su obligación constitucional de designar Magistrados del Tribunal Constitucional. Imposibilidad que podría darse si las Comunidades Autónomas no atendieran a la invitación del Senado para presentar candidatos o los presentados no reunieran los requisitos necesarios, incluso, no merecieran la confianza del Senado. Por tanto, en coherencia con la libertad última de la que goza la Cámara en relación con el juicio de idoneidad que merezcan las distintas candidaturas, no puede descartar que sean los senadores, a través de la Comisión de Nombramientos los que decidan que los candidatos no son suficientes en mérito, sin que sea preciso llegar al acto final de elección por el Pleno de la Cámara. Si esta última circunstancia se produce, habrá de conducir a una nueva selección de candidatos por la Comisión de Nombramientos para someterla al Pleno, «esta vez proponiendo candidaturas surgidas del propio seno de la Cámara».

Y es aquí, donde surgen los problemas de incoherencia del criterio que la STC 101/2008 presenta en relación con la 49/2008. En efecto, no otra es la consecuencia de una sentencia que, en buena lógica, debería haberse pronunciado en un sentido expresamente desestimatorio para ser coherente con la decisión anterior. Sin embargo, no ha sido del todo así, puesto que introduce una interpretación del precepto reglamentario que viene a aguar la participación de las Comunidades Autónomas en el nombramiento de los magistrados que corresponde elegir al Senado. El criterio de la STC es el considerar que el apartado 7 del art. 184 del RS es constitucional siempre que se entienda que «*el supuesto reglamentario se referiría, no solamente a la inexistencia de candidaturas en número suficiente en relación con los magistrados a designar sino también a la eventual inidoneidad de los candidatos presentados, entendido esto último relativo no ya al incumplimiento de los requisitos formales sino al juicio subjetivo que la Cámara, a través del procedimiento reglamentariamente previsto, ha de formarse sobre los candidatos presentados y que se expresará en términos de aceptación o de rechazo de los mismos*». Con lo cual, el Senado ha de acudir a nuevas propuestas de candidatos.

En principio, cabría entender que éstas habrían de ser las que correspondan otros candidatos que ya hayan sido propuestos por las Comunidades Autónomas, lo que –hasta aquí– sería coherente con el criterio sentado en la STC 49/2008. Pero si ello no es así –por ejemplo– porque se han presentado los mismos candidatos en diversas Comunidades Autónomas, –como ya ha ocurrido con algunas Comunidades Autónomas en el proceso que actualmente se encuentra varado– y no hay más candidatos, en el caso de que no se alcance la mayoría requerida sobre los inicialmente propuestos, se abre la puerta a que los nuevos candidatos ya no procedan de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas sino del propio Senado. Lo cual supone una contradicción con el sentido de la primera sentencia relativa a la reforma de la LOTC.

Al igual que la STC 49/2008, la STC 101/2008, también ha dado lugar a votos particulares por parte de los magistrados que –salvo uno, que estaba recusado– entonces ya formularon su discrepancia. También como entonces, el más extenso ha sido el emitido por el Magistrado Conde Martín De Hijas, quien –partir de

su radical discrepancia de la STC 49/2008— subraya sobre el tema controvertido, la apreciable discontinuidad entre la primera y la segunda sentencia, manifestando su rechazo a aceptar que, «*cuando dos preceptos legales de textos normativos distintos pero íntimamente conectados están sometidos a su enjuiciamiento constitucional en sendos recursos simultáneamente pendientes, argumentos de la Sentencia del primero que no tuvieron un significado determinante del fallo (como lo evidencia en él de reservas interpretativas, que quizás pudieran haberse hecho), en la Sentencia posterior se transmiten en claves para el enjuiciamiento del recurso que en ella se resuelve, y en soporte de unas reservas interpretativas del precepto a la sazón enjuiciado*». Para este Magistrado, el apartado 7 del art. 184 del RS, se refiere inequívocamente al número de las candidaturas presentadas y no puede entenderse referido a la idoneidad de los candidatos, y mucho menos puede considerarse susceptible de albergar en él la hipótesis planteada de que los candidatos propuestos por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y los seleccionados entre ellos por la Comisión de Nombramientos para su elevación al Pleno no sean elegidos por éste. Concluye que la sentencia supone una recreación manipulativa.

En este último sentido, en su voto discrepante, el Magistrado Delgado Barrio considera que la interpretación dada por la mayoría es una manifiestamente *contra legem* hasta el punto de imputar al Tribunal Constitucional estar ejerciendo una función de legislador positivo. Y a una conclusión semejante llega el Magistrado Rodríguez Zapata, incluyendo —*singularmente*— para fundamentarla una cita de su propia obra académica, cuando juzga que el fallo es manipulativo y aditivo, en la línea de la técnica interpretativa italiana.

B) *STC 103/2008, sobre la Ley del Parlamento Vasco 972008, 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 negociación para alcanzar la paz y la normalización política: el principio de autonomía, el sujeto de la soberanía y la supremacía de la Constitución.*²

a) Consideraciones previas acerca del informe del Consejo de Estado sobre la pertinencia del Recurso de Inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno, en relación a la fundamentación de la STC 103/2008

Según el Informe de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, la impugnación de la Ley vasca se fundamenta en dos tipos de reproches de inconstitucionalidad. Uno, relativo a la falta de competencia de la Comunidad Autónoma para llevar a cabo la convocatoria y otro a la inconstitucionalidad de las decisiones que se proponían a someter a consulta.

En síntesis, los argumentos del Consejo de Estado favorables a la presentación del recurso se basan en considerar que; el procedimiento legislativo seguido (de lectura única) para la tramitación del Proyecto de Ley no fue el idóneo, de

2. El comentario a la STC 103/2008 que aquí se incluye es una parte sustancial de mi colaboración (M. CARRILLO) a la Encuesta sobre *Ley 9/2008 del Parlamento Vasco, de Convocatoria y Regulación de la consulta popular* publicará el próximo número de la Revista Teoría y Realidad Constitucional. Agradezco a la dirección de dicha revista la autorización para utilizar el texto para el *Informe Comunidades Autónomas 2008*.

acuerdo con lo previsto por el Reglamento del Parlamento Vasco (RPV); el País Vasco carece de competencia para la convocatoria de la consulta y por consiguiente vulnera lo dispuesto en los arts. 92 y 149.1.32ª CE y en la *Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre modalidades de referéndum*, tanto en lo relativo a la convocatoria de la consulta como en lo concerniente a las normas reguladoras de su desarrollo; finalmente, el Consejo de Estado añade también argumentos acerca del objeto de la consulta, considerando que la Ley vasca «trasciende el ámbito de interés y de competencias de la Comunidad Autónoma, afecta al interés del Estado y de los demás territorios de España» y concluye que la «admisión de la iniciativa vasca, en suma, supondría aceptar que una fracción del electorado pudiera, en hipótesis, abrir un auténtico proceso constituyente, expresándose, con crudeza, no sólo la tensión entre una democracia representativa y los instrumentos de participación directa, sino también entre el pueblo español como titular de la soberanía y un parte del mismo a la que se reconocería en la práctica una capacidad exorbitante de las competencias de ámbito territorial limitado y afectantes al orden constitucional establecido».

La decisión de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, en el ejercicio de la función que le corresponde como alto órgano consultivo del Gobierno, de dictaminar con carácter previo a la interposición del recurso, sobre la impugnación de la *Ley 9/2008 del Parlamento Vasco, de Convocatoria y Regulación de la consulta popular* (art. 22.6ª LCE), de abordar los aspectos formales y materiales que subyacen a la norma objeto de dictamen es adecuada. En efecto, habida cuenta de las argumentaciones contenidas en la informes de los Ministerios de Interior y de Administraciones Públicas, así como en el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se solicita del Presidente del Gobierno que promueva un recurso de inconstitucionalidad, resulta coherente que el Consejo de Estado aporte en su dictamen los fundamentos jurídicos que crea más pertinentes que vengan referidos a todos los aspectos que los órganos activos de la Administración central del Estado han expuesto en relación a la procedencia del recurso de inconstitucionalidad y que aparecen reflejados en el expediente administrativo. Cuestión distinta es si en otro orden institucional y, más concretamente, en el ámbito jurisdiccional protagonizado por el Tribunal Constitucional, procedía abordar también en toda su dimensión todas las cuestiones relativas a la adecuación al bloque de la constitucionalidad del contenido de la *Ley 9/2008 del Parlamento Vasco, de Convocatoria y Regulación de la consulta popular*.

El Informe de la Comisión Permanente versa sobre los aspectos formales, competenciales y materiales de la Ley 9/2008. La pertinencia del recurso de inconstitucionalidad deriva sobre todo de la competencia ejercida por el Parlamento Vasco por la que autoriza al Lehendakari para someter a consulta de todos los ciudadanos y ciudadanas del País Vasco con derecho de sufragio activo y, con carácter no vinculante, dos preguntas que aparecen en el apartado 1 letras a) y b) del artículo único de la citada ley, sobre las que el electorado vasco debía pronunciarse el 25 de octubre de 2008.

En efecto, la convocatoria de la consulta se inserta en el ámbito de la competencia exclusiva del Estado de «autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum» (art. 149.1.32ª CE). Se trata de una consulta que se proyecta sobre unas cuestiones de indudable calado político e institucional: la

primera de ellas, acerca del apoyo a un proceso dialogado de la violencia, siempre que previamente el grupo terrorista ETA manifieste de forma inequívoca su voluntad de poner fin a la misma de una vez y para siempre; en la segunda se pregunta si la ciudadanía está 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.

La trascendencia política del objeto de la consulta y su eventual incidencia institucional parece fuera de toda duda razonable, como se encarga de poner de relieve la Exposición de Motivos de la Ley, cuando se afirma que el objetivo es «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». Por un lado, el apoyo que se reclama del electorado a un proceso político para el fin del terrorismo de ETA implica a los poderes públicos y la ciudadanía del País Vasco y del conjunto del Estado. Y por otro, la expresión normativa que –forzosamente– debiera tener en el futuro el «Acuerdo Democrático sobre el ejercicio del derecho a decidir del Pueblo Vasco», parece obvio que, más allá de los términos ambiguos en los que en este aspecto se expresaba la segunda pregunta, la trascendencia no sólo *ad intra* sino también *ad extra* del País Vasco, habían de ser una lógica consecuencia del sentido de aquella. Sobre todo, si el proceso político iniciado con la Ley de la Consulta pretendía tener –como es obvio en toda ley– alguna finalidad política y jurídico-institucional. Dicho sea esto desde la lógica que preside el uso del sentido común y al margen del cualquier proceso de intenciones al respecto.

Se trata, por tanto, de una consulta a la ciudadanía en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sobre decisiones de especial trascendencia tanto para dicha Comunidad como para el conjunto del Estado. De acuerdo con los términos empleados por la Constitución en el art. 92.1, la especial trascendencia es un presupuesto previo para que aquellas decisiones puedan ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos. Y dicha convocatoria de referéndum corresponde ser formalmente convocada por el Rey a propuesta –preceptiva– del Presidente del Gobierno, siempre que previamente haya sido autorizada por el Congreso de los Diputados (art. 92.2 CE).

La cuestión más relevante que justifica la pertinencia del recurso de inconstitucionalidad, que el dictamen del Consejo de Estado aconseja presentar al Gobierno, es la ausencia de competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco para aprobar una ley de la naturaleza de la Ley 9/2008, en la medida que ignora la preceptiva autorización de la consulta que para llevarse a cabo, requeriría la intervención de los únicos órganos competentes para hacerlo, que no son otros que el Presidente del Gobierno y el Congreso de los Diputados. En este sentido, el Parlamento vasco carece de competencia para autorizar al Lehendakari a que éste someta la consulta a la consideración del electorado vasco, porque el art. 149.1.32ª CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre «autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum», y, asimismo, el art. 92 CE determina que en el referéndum consultivo sobre decisiones de especial trascendencia, la propuesta de la consulta corresponde al Presidente del Gobierno, mediando previamente la autorización del Congreso de los Diputados.

Un segundo argumento acerca de la pertinencia del recurso de inconstitucionalidad es el referido a la ausencia en el Estatuto de Autonomía del País Vasco, de una explícita previsión de un título competencial en materia de consultas populares. En este ámbito, los nuevos Estatutos aprobados recientemente contemplan una previsión al respecto en relación con las consultas populares que puedan llevarse a cabo en el ámbito autonómico o local. El Estatuto de Autonomía de Cataluña lo prevé en su art. 122, cuando establece que «*Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la misma Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, fóruns de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, teniendo en cuenta lo que dispone en el art. 149.1.32ª CE*», lo cual remite a la preceptiva autorización por el Estado para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, pero no excluye su realización en el ámbito autonómico. En términos relativamente parecidos pero no idénticos se expresan el art. 78 del Estatuto de Autonomía de Andalucía y el art. 71.27ª del Estatuto de Autonomía de Aragón, en los que el referéndum queda expresamente excluido.³ Distinto es el supuesto que ofrecen los Estatutos Autonomía de las Islas Baleares y de Castilla y León.⁴ Pero en todo caso, con una u otra formulación, en todos ellos existe una previsión estatutaria al respecto. Cosa que no ocurre en el Estatuto Vasco de 1979.

Pero no es el caso del Estatuto Vasco de 1979, sin que la competencia sobre esta materia pueda derivarse, de forma implícita, de la invocación a los derechos históricos de la Disposición Adicional Primera de la CE o de la Disposición Adicional Única del Estatuto, en la medida que la actualización del régimen foral se ha de entender enmarcada en el ámbito de lo establecido por el ordenamiento jurídico, esto es, de acuerdo con la CE y el Estatuto. Quedaría no obstante la posibilidad, aún sin la explícita previsión estatutaria de un título competencial expreso, que la competencia en materia de consultas populares se entendiese como una derivación implícita de la competencia exclusiva del País Vasco para la organi-

3. Por ejemplo, el art. 78 del Estatuto de Andalucía de 2007: «*Corresponde a la Junta de Andalucía la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y convocatoria por ella misma o por los entes locales en el ámbito de sus competencias de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con la excepción del referéndum*». El art. 71.27ª del Estatuto de Aragón de 2007 se expresa en parecidos términos al caso andaluz, prescribiendo en su parte final «... *con excepción del referéndum y de lo previsto en el art. 149.1.32ª de la Constitución*».

4. El art. 31.10ª del Estatuto de las Islas Baleares de 2007 establece que: «*En el marco de la legislación básica del Estado, corresponden a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias: Sistemas de consultas populares en el ámbito de las Islas Baleares, de conformidad con las leyes a que se refieren el apartado 3 del art. 92 y el núm.32 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución*» Y el art. 71.15ª del Estatuto de Castilla y León de 2007 establece que «*En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que ella establezca, es competencia de la Comunidad de Castilla y León el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias: «Sistema de consultas populares en el ámbito de Castilla y León, de conformidad con lo que disponga la ley a la que se refiere el art. 92.3 de la Constitución y demás leyes del Estado, correspondiendo a éste la autorización de su convocatoria*».

zación de sus instituciones de autogobierno (art. 148.1.1ª CE y 10.2 EAPV). Sin embargo, ésta es una interpretación que comportaría otorgar una notoria *vis expansiva* al alcance que debe tener la autoorganización de la propias instituciones, en la medida que su ámbito material ha de quedar delimitado por la regulación del entramado orgánico de la institución, pero no a la regulación de la participación de los ciudadanos en los procesos de decisión de los entes públicos. Dicha participación ciudadana constituye uno de los principios constitucionales de funcionamiento de las administraciones públicas que presenta suficiente grado de especificidad –la expresión de voluntad del ciudadano titular de derechos sobre un tema concreto– como para reducirla al estricto ámbito de la competencia exclusiva en materia de organización de las instituciones de autogobierno.

En este sentido, parece que queda fuera de duda que la Ley del Parlamento vasco 9/2008, de Consulta popular se proyecta sobre el ejercicio del derecho de participación política de la ciudadanía vasca sobre un tema de especial trascendencia, como es su futura relación con el resto del Estado y no sobre la regulación de la organización institucional de la Comunidad Autónoma. Asimismo, procede recordar que respecto al alcance del título competencial de las Comunidades Autónomas, referido a la organización de sus instituciones de autogobierno (art. 148.1.1ª CE) la STC 132/89, FJ 21, precisa que «(..) tal título se extiende exclusivamente a la organización política fundamental de la Comunidad Autónoma, sin afectar a la simple organización administrativa (STC 76/1983, FJ 38)...». Razón por la que resulta muy forzado incluir en el ámbito material de la organización política autonómica, el ejercicio del derecho de los ciudadanos a participar directamente en los asuntos públicos, sin que exista una previa previsión en el Estatuto.

b) El pronunciamiento por unanimidad del Tribunal Constitucional: la relación entre supremacía constitucional y principio democrático

Objetivamente, que una decisión jurisdiccional se tome por unanimidad constituye un elemento positivo que, en principio, refuerza la *auctoritas* del órgano jurisdiccional que la ha acordado. Pero esta cualidad exige que la resolución haya abordado con precisión y suficiencia todas las posibilidades interpretativas que razonablemente ofrezca el caso sometido a su jurisdicción. Y, probablemente, no es seguro que la STC 103/2008 lo haya conseguido en todos sus términos.

El Tribunal fundamenta su decisión de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del contenido íntegro de la Ley del Parlamento vasco 9/2008 en tres razones: 1) la incompetencia del Parlamento vasco para aprobar una ley de esta naturaleza, por vulneración del art. 149.1.32ª CE; 2) el objeto o contenido de la Ley supone una infracción de los arts. 1.2 y 2 CE, en la medida que supone una 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 3) la inadecuación del procedimiento parlamentario de lectura única por el que fue aprobada la ley supone incurrir en un vicio de inconstitucionalidad, dado que, atendido el contenido de la Ley, se ven afectadas materias expresamente excluidas por el art. 119.3 de RPV, como es el caso del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos en el art. 23 CE.

Se trata de una resolución jurisdiccional que en su estructura interna resulta en buena parte tributaria del informe del Consejo de Estado. Los tres elementos

de inconstitucionalidad que sirvieron al alto órgano consultivo para justificar la pertinencia del recurso de inconstitucionalidad, han sido tenidos en cuenta por el Tribunal Constitucional para fundamentar su decisión. Y es en este primer aspecto de la STC 103/2008, que cabe considerar que el *modus operandi* del Tribunal no tiene por qué coincidir con el seguido por el Consejo de Estado. En la función consultiva del Gobierno que le corresponde, resulta lógico que en su análisis de la Ley del Parlamento vasco, el Consejo de Estado, para mejor asesorar al Gobierno, se extendiese sobre todos los posibles aspectos de su inconstitucionalidad, tanto los que resultaban evidentes por razón de la competencia ejercida, como los que pudiesen derivarse de su aplicación en el futuro más inmediato. Pero éste no es exactamente el caso del Tribunal Constitucional, cuyo juicio de constitucionalidad ha limitarse materialmente a los vicios de inconstitucionalidad del todo punto evidentes, sin perjuicio de las alegaciones que las partes (en este caso, los fundamentos impugnatorios del recurso presentado por el Abogado del Estado) hayan tenido a bien exponer en el procedimiento contradictorio que precede a la sentencia. Sobre todo cuando, como ocurre en este caso, ya se daba *–ab initio–* una manifiesta causa de inconstitucionalidad basada en la falta de competencia del Parlamento vasco para autorizar al Lehendakari a someter a consulta de los ciudadanos las dos preguntas descritas en la Ley.

Atendido el contenido de la Ley del Parlamento vasco 9/2008, su inconstitucionalidad se deriva *–sobre todo–* de la manifiesta incompetencia para autorizar una consulta popular como la descrita, sin el proceso previo de autorización previsto en el art. 92.2 CE. El Tribunal Constitucional define el referéndum como una especie de consulta popular que responde a los siguientes requisitos: 1) a través del mismo no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera procedimientos; 2) se trata de una consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral expresivo de la voluntad del pueblo; 3) ello, conformado y exteriorizado a través de procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral; 4) este proceso ha de quedar asegurado con garantías jurisdiccionales específicas; 5) en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos constituye el objeto del derecho fundamental participación política del art. 23 CE; 6) por tanto, 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^a 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, estaremos ante una consulta referendaria.

En este sentido, las razones de la incompetencia han sido expuestas en el apartado anterior: el Parlamento vasco carece de competencia para autorizar al Lehendakari para que éste someta la consulta a la consideración del electorado vasco, porque el art. 149.1.32^a CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre «autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum», y, además, el art. 92 CE determina que en el referéndum consultivo sobre decisiones de especial trascendencia, la propuesta de la consulta corresponde al Presidente del Gobierno, previa autorización del Congreso de los Diputados.

Siendo ello así, probablemente hubiese sido suficiente que el Tribunal se hubiese limitado a declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Ley 9/2008, por razones de competencia, sin necesidad de entrar en las cuestiones de relativas al procedimiento parlamentario empleado por la Cámara autonómica para su aprobación ni, especialmente, tampoco en las referidas al objeto de Ley. La razón fundamental para que el Tribunal hubiese limitado su decisión a este aspecto de la Ley 9/2008 se cifra en que la ausencia de competencia para autorizar dicha consulta, es el contenido normativo de la Ley que ofrece una concreción jurídica sin fisuras. Se trata de una competencia estatal que la Comunidad Autónoma ejerce con manifiesta carencia de título competencial.

Ahora bien, ello no empece para poner de manifiesto una eventual confusión existente en el razonamiento del TC entre el art. 92 CE y el art. 149.1.32ª CE. Puesto que, mientras que el art. 149.1.32ª CE reserva la competencia para la autorización de los referéndums al Estado, el art. 92 regula el referéndum consultivo como un tipo determinado de referéndum. Y de acuerdo con alguno de los Estatutos de Autonomía aprobados (Cataluña), se reconoce que las Comunidades Autónomas pueden regular consultas por la vía de referéndum, lo cual supone la posibilidad de una regulación diferente en el ámbito autonómico, sin perjuicio de la previa autorización reservada al Estado.

El objeto de la Ley se concreta en las dos preguntas y en la finalidad perseguida que se expresa en la Exposición de Motivos, que como tal no forma parte del contenido dispositivo de la norma pero es evidente que permite interpretar su finalidad. En este caso, no ofrece dudas: «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». Pero más allá de la competencia estatal (art. 149.1.32ª CE) que infringe la Ley vasca, el contenido específico de las preguntas se ubica en un terreno de concreción jurídica más genérico: sobre todo, en la primera, «...apoyar un proceso de final dialogado de la violencia...»; y en la segunda, si bien se pueden razonablemente presuponer futuras consecuencias jurídico constitucionales de especial relevancia, es lo cierto que la ley se refiere también con una cierta dosis genérica al inicio por parte de los partidos vascos sin exclusiones de «...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». Pero en la primera pregunta, no se especifica en qué consiste, *grosso modo*, el contenido de dicho Acuerdo democrático. Ni tampoco, en la segunda se delimita el alcance del llamado «derecho a decidir» del pueblo de la Comunidad Autónoma, aunque sin especial esfuerzo hermenéutico pueda presuponerse que el objeto del mismo se enmarque en el contexto de la relación del País Vasco y el conjunto de España. En este sentido, parece lógico pensar que la ley respondía a una iniciativa política que de haberse llevado a cabo la consulta, debía de aparecer –según fuese su resultado– como instrumento para instar a la propuesta de convocatoria de un referéndum por aquél órgano que únicamente está legitimado para hacerlo, el Presidente del Gobierno. Y, ciertamente, el trasfondo constitucional de esta más que probable y calculada ambigüedad de la parte dispositiva de la Ley 9/2008 resultaba indudable. Pero justamente porque una parte del alcance de esta Ley, se situaba en el terreno más genérico del análisis

de los efectos de sus potencialidades jurídicas sobre el marco de la Constitución y del bloque de la constitucionalidad, es la razón por la que no era del todo necesario que el Tribunal llegase a pronunciarse, más si la manifiesta ausencia de competencia del Parlamento vasco ya permitía declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Ley, sin necesidad de entrar en el fondo de la cuestión. La supremacía de la Constitución era argumento suficiente para llegar a la citada conclusión.

El Tribunal ha entrado en las cuestiones de fondo, optando por dar congruente respuesta a los argumentos expuestos por el Abogado del Estado y, quizás algo menos, a algunos de los argumentos del Parlamento y del Gobierno vasco, relativos a la justificación de la competencia con base en el título competencial relativo a la autoorganización de sus instituciones de autogobierno y en los derechos históricos. En su argumentación aporta unos razonamientos que en algunos casos resultan discutibles. A modo de ejemplo, cabría evocar el relativo a un posible o eventual referéndum de reforma estatutaria al que se refiere el Tribunal, como consecuencia de la Ley 9/2008, en el marco de una nueva relación entre el País Vasco y el Estado. El Tribunal sostiene que «...si esa nueva relación se tratara de alcanzar únicamente mediante la reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco el referéndum no tendría sentido ni cabida en este momento inicial, pues la consulta popular sólo es posible para la ratificación de la reforma una vez aprobada por las Cortes Generales» (FJ. 4). Pues bien, este argumento es en exceso categórico, porque el referéndum de ratificación no es la única posibilidad factible. Si bien el referéndum de reforma estatutaria del art. 147.3 CE y del art. 46.1 d) del EAPV tiene por objeto –ciertamente– la ratificación de la misma y, por tanto, se produce en la fase final del proceso de revisión estatutaria, nada impide –en principio– que el Presidente del Gobierno, en uso del referéndum consultivo del art. 92 CE, pueda tomar la opción de oportunidad política, consistente en plantear en el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma un referéndum consultivo sobre una decisión política de especial trascendencia a los ciudadanos de la citada Comunidad (por ejemplo el País Vasco). En todo caso, la Constitución, *a radice*, no establece una prohibición explícita en razón del ámbito territorial que pueda tener la consulta popular vía referéndum. En este sentido, lo que por las razones competenciales no puede hacer el Parlamento vasco y por esta razón la Ley 9/2008 es inconstitucional, no hay impedimento constitucional explícito ni implícito para que lo pueda hacer el Presidente del Gobierno para el País Vasco, con el contenido que, desde el ámbito de la decisión política, crea más oportuno atribuir al objeto del referéndum. Lo cual permite sostener que el referéndum de ratificación no es la única posibilidad –como sostiene el Tribunal– de referéndum. Lo que, por otra parte –en un contexto de reflexión metajurídica– quizás algún día quepa evaluar la posibilidad de que el Presidente del Gobierno pueda hacer uso de ese instrumento constitucional de democracia directa en el País Vasco y, probablemente, también en el conjunto de España.

El tratamiento que el pronunciamiento del Tribunal ofrece a la relación entre supremacía constitucional y principio democrático, parte de la base de la relación existente y que difícilmente puede ser negada entre la finalidad de la Ley vasca de Consulta, por la que se establezcan «las bases de una nueva relación entre la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Estado español» (Exposición de Motivos)

y el ejercicio del derecho decidir del Pueblo vasco, en relación a un Acuerdo democrático (parte dispositiva, art. 1.b). En función de este punto de partida, el alto Tribunal considera que ello significa una infracción de los arts. 1.2 y 2 de la CE, porque en realidad el contenido de la consulta supone una reconsideración del orden constituido que requeriría una reforma constitucional ya que afecta al fundamento del orden constitucional vigente (art.2 CE), en la medida que supone la reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano o, cuando menos, de la relación que únicamente la voluntad de éste –el conjunto del pueblo español– puede establecer entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Es evidente que la supremacía jurídica de la Constitución impide que por razones de competencia la Ley 9/2008 pueda permitir que el Parlamento vasco autorizase a que el Lehendakari –por cierto, en una singular posición institucional intermedia entre la asamblea legislativa y la ciudadanía– convocase al pueblo vasco a pronunciarse. Pero como hemos visto, el Tribunal no sólo reconoce esto sino que va más allá y considera que las previsiones de la Ley únicamente tendrían sentido a través de una reforma constitucional. En la medida que la identidad del sujeto soberano era modificada por la Ley de Consulta. Luego, desde esta lógica, que no hay duda que de alguna manera avanza acontecimientos, es parcialmente coherente, porque queda afectado el Título Preliminar (art. 1.2 y 2 CE) en relación con el Título VIII CE, que el Tribunal sostenga que la supremacía de la Constitución obligaría, para dar cabida a las previsiones que subyacían en la Ley 9/2008, a una apelación al procedimiento de reforma y con él al pronunciamiento directo del pueblo soberano, integrado por el conjunto del pueblo español, a través de la vía reforzada de revisión constitucional del art. 168 CE. Pero justamente, porque el Tribunal Constitucional se adentra –es preciso reiterarlo– sin necesidad jurisdiccional de hacerlo en el fondo de la cuestión que plantea el contenido de la consulta, esta coherencia ya no es plena. Porque, sentada la cuestión insalvable en la Ley vasca 9/2008 de la ausencia de competencia del Parlamento vasco para autorizar al Lehendakari a plantear la consulta, resulta, sin embargo, menos coherente que se excluya una pregunta en referéndum cuyo objeto requeriría una reforma de la Constitución. Pues parece obvio que aunque el contenido de la pregunta fuese contrario a la Constitución, éste no sería un motivo suficiente para impedirlo, porque la Constitución española, al carecer de causas expresas de intangibilidad, es reformable en todos sus extremos, siempre que los fundamentos de la forma democrática de gobierno queden incólumes.

Por otra parte, resulta un cierto exceso argumentativo que el Tribunal a la hora de exponer las relaciones entre principio democrático y supremacía de la Constitución, en relación a los instrumentos de participación en ella previsto, se explique afirmado que «nuestra Constitución garantiza (...) (...) uno de los sistemas democráticos más plenos que caben encontrarse en Derecho Constitucional comparado».

c) La relación entre Constitución, Soberanía Nacional y Principio de Autonomía

Al igual que se exponía con anterioridad, el Tribunal parte de la base que ofrece la interrelación existente entre el derecho a decidir del art. 1.b) de la Ley 9/2008 y la finalidad de la ley consistente en establecer las bases de una nueva relación entre la Comunidad autónoma del País Vasco y el Estado español, para sostener

que ello supone «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». Por esta razón el Tribunal decide entrar en el fondo de la cuestión que podría derivarse de la Ley, que efectivamente no es otra que la relación entre la Constitución y el principio de autonomía, en el marco del principio de soberanía que corresponde al conjunto del pueblo español.

En coherencia con su reiterada doctrina, el Tribunal establece que el principio de autonomía no significa soberanía. Sostiene que a través del reconocimiento del derecho a decidir, la Ley recurrida presupone la existencia de un sujeto, el «Pueblo Vasco» titular de este derecho que es susceptible de ser ejercitado (art. 1.b de la Ley impugnada); y que dicho sujeto es equivalente al titular de la soberanía que es el Pueblo Español. Esta duplicidad de sujetos soberanos conduce a «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». Dado que la Constitución se basa en la unidad de la nación española, el Tribunal, obviamente, niega que el sujeto al que la ley se refiere como titular del derecho a decidir sea un sujeto soberano. Y añade que el ejercicio de ese derecho no puede dejar de afectar al conjunto de los ciudadanos, ya que supone una redefinición de la identidad y unidad del sujeto soberano en el orden constitucional constituido. En consecuencia, el único cauce para que ello sea posible son los procedimientos de revisión constitucional y no una consulta aunque carezca de carácter vinculante, «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».

Parece evidente, pues, que con su pronunciamiento el Tribunal decide levantar el velo de la ambigüedad que pudiese presentar la Ley 9/2008, en cuanto al alcance constitucional que podría tener el establecimiento del –en principio– genérico derecho a decidir de la ciudadanía vasca. Y en este sentido, se pronuncia explícitamente acerca de las cuestiones básicas que delimitan el debate jurídico que subyace al contenido de la Ley recurrida: autonomía política, soberanía y Constitución.

En este contexto destinado a determinar el alcance posible la Ley, no hay duda que si el derecho a decidir de la ciudadanía conduce a alcanzar un Acuerdo de normalización política en el que se establezcan las bases de una nueva relación entre la Comunidad Autónoma y el Estado, ello supone una alteración de las previsiones constitucionales. En efecto, la autonomía política de la que gozan las Comunidades Autónomas se regula, de acuerdo con la Constitución, en el Estatuto como norma institucional básica de la Comunidad. El título VIII de la Constitución fija unas reglas generales de relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas en las que la excepción referida a los derechos históricos del País Vasco como territorio dotado de régimen foral, ha de ser interpretada en el marco del bloque de la constitucionalidad (Disposición Adicional 1ª CE). No hay derechos ni competencias implícitas a los que fija el citado bloque.

No es posible, por tanto, una regulación de las relaciones con el Estado a partir de un Acuerdo que haya sido fruto de una decisión previa tomada exclusiva-

mente por la ciudadanía del País Vasco, a través de los partidos políticos de ese ámbito territorial y después sometida a referéndum. El vicio de origen se centra en que el procedimiento diseñado no es el previsto en la Constitución ni en el Estatuto del País Vasco para la reforma del mismo. Razón por la cual la ley impugnada no respetaría este requisito formal y, por tanto, la supremacía normativa de la Constitución.

De acuerdo con su argumentación basada en razones de competencia pero también de fondo, el Tribunal Constitucional es, en principio, coherente también cuando afirma que la aplicación de la Ley 9/2008, supone una modificación del orden constitucional vigente, a través de la atribución de un «derecho a decidir» sobre las relaciones del País Vasco con el Estado, a un sujeto político –la ciudadanía vasca– distinto del sujeto soberano –la ciudadanía española en su conjunto–. El ejercicio de ese derecho, afectaría no sólo a los primeros sino también a todos los ciudadanos españoles. En consecuencia, la unidad del principio de soberanía del art. 1.2 CE, quedaría alterada lesivamente al atribuir una capacidad de decisión a un sujeto no legitimado para ello. Sin embargo, cabe insistir en el argumento expuesto con anterioridad, por el que, salvadas las cuestiones de competencia (que la Ley vasca 9/2008 no ha tenido en cuenta) el contenido de una pregunta –en sí mismo– contrario a la Constitución porque demanda su reforma no ha de impedir su formulación.

d) El procedimiento de lectura única empleado por el Parlamento Vasco para la aprobación de la Ley 9/2008, de Consulta

Como el propio Tribunal recuerda, el art. 28.1 de la LOTC no menciona a los Reglamentos Parlamentarios entre aquellas normas cuya infracción puede acarrear la inconstitucionalidad de la ley. Pero, asimismo, invoca su jurisprudencia (STC 99/1987) para poner de relieve que no obstante ello, «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 unos de los valores superiores del 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». Es lo cierto, sin embargo, que ni en ésta ni en ninguna otra resolución (por ejemplo, la STC 97/2002) del Tribunal, la declaración de inconstitucionalidad se basa en los vicios de procedimiento.

El art. 119.1 del RPV establece que la aprobación de proyectos de ley por el procedimiento de lectura única, podrá ser acordado en los siguientes términos: «cuando la naturaleza del Proyecto de Ley lo aconseje o su simplicidad de formulación lo permita, el Pleno de la Cámara, a propuesta unánime de la Mesa oída la Junta de portavoces, podrá acordar que se trate directamente en lectura única ante el Pleno, o ante una Comisión». Y en el apartado 3 del citado artículo, se añade que «cuando circunstancias de carácter extraordinario y razones de urgente necesidad lo exijan, el Gobierno podrá hacer uso, sin requerir para ello la previa autorización de la Cámara, del procedimiento de lectura única (...) para la tramitación de proyectos de ley que no afecten al ordenamiento de las Instituciones de la Comunidad Autónoma, al Régimen Jurídico de las Instituciones Forales, Ré-

gimen Electoral, ni Derechos y Deberes, o Libertades de los ciudadanos (...)». Y ésta fue la previsión normativa que el Gobierno vasco aplicó.

Pues bien, parece asentado que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, una declaración de inconstitucionalidad basada en vicios formales no ha de ser habitual sino excepcional. Pasando al contenido de la Ley 9/2008 y al referente normativo que junto a la CE ha de ser tenido en cuenta, es decir, el art. 119 del RPV, es preciso poner de relieve que la simplicidad de la Ley recurrida es evidente por lo que se refiere a su extensión, un artículo, acompañado, eso sí, de una detallada Disposición Adicional por la que se regula el régimen electoral de la convocatoria. Pero ahí se acaba su simplicidad, porque en razón a su explícita formulación normativa, basada en el ejercicio del derecho a decidir de la ciudadanía vasca, respecto del fin de la violencia y el inicio de un proceso de negociación para alcanzar un acuerdo democrático, que habría de ser sometido posteriormente a referéndum, la naturaleza de la Ley 9/2008 es notoriamente compleja. Dado que, como se ha puesto de relieve anteriormente, el contenido del artículo único pone sobre el tapete el alcance jurídico de la autonomía como principio de integración constitucional, así como la unidad del principio de soberanía y la jerarquía normativa de la Constitución. Y ello en el contexto del ejercicio del derecho de participación política de los ciudadanos vascos que subyace al sentido de la consulta, que viene reconocido en el art. 23 CE.

En este sentido, no es constitucionalmente procedente –por imaginativo que inicialmente pueda parecer– insertar la consulta regulada por la Ley 9/2008 en la previsión del art. 9. 2, e) del Estatuto del País Vasco, que se establece un principio de actuación de los poderes públicos (que no el derecho fundamental, según la errónea concepción que le otorga la Exposición de Motivos de la Ley) por el que, «los poderes públicos vascos, en el ámbito de su competencia: e) facilitarán la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social del País Vasco». Porque, en efecto, se trata de un principio jurídico de fomento o promoción de la participación ciudadana, sin valor jurídico autónomo sino es complementando a una norma jurídica de contenido más sustantivo, que no es otra que el derecho de participación política a través de un instrumento de democracia directa.

En consecuencia, parece más que razonable considerar que más allá de su brevedad, la naturaleza de Ley 9/2008 es de un alcance institucional ambicioso, en tanto que objetivamente incide sobre todo, en el ejercicio de un derecho fundamental en relación con los principios constitucionales del art. 1.1 y 2 CE, que forma parte de las causas de excepción a la aplicación del procedimiento de lectura única establecidas en el art. 119.3 RPV. Lo que habría de haber coadyuvado a un debate en sede legislativa acorde con el procedimiento legislativo ordinario y no al muy restringido del procedimiento de lectura única, cual si se tratase de un contrato de adhesión. Ciertamente, el procedimiento legislativo empleado fue inadecuado.

C) *Otras cuestiones*

Este año se ha producido una nueva sentencia relacionada con el procedimiento del conflicto en defensa de la autonomía local. Sin embargo, el significado de la STC 47/2008 acerca de la controversia competencial que suscitó el recur-

so es muy limitado, porque el Tribunal Constitucional ha declarado extinguido el conflicto por pérdida sobrevenida del objeto, que no era otro que el art.2 y la disposición transitoria de la Ley de la Generalidad valenciana 8/1999, de 3 de diciembre, por la que se suprimió el Área Metropolitana de l'Horta.

La razón esgrimida por el TC es que la Generalidad aprobó la Ley 2/2001, de 11 de mayo, de creación y gestión de áreas metropolitanas de servicios hidráulicos en la Comunidad Valenciana, cuya disposición derogatoria se refería expresamente a la Ley 8/1999 que había generado la controversia. No obstante, la STC 47/2008, contiene un voto particular (Rodríguez Zapata) en el que se sostiene que la Ley 8/1999 impugnada continuaba produciendo efectos que permiten deducir la vigencia del conflicto, ya que la Comisión Mixta paritaria creada por la Ley derogada no quedaba extinguida por la nueva normativa.