

EVA SÁENZ ROYO

EL REFERÉNDUM EN ESPAÑA

Marcial Pons

Fundación Manuel Giménez Abad

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS	15
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	17
1. EL CONCEPTO DE REFERÉNDUM.....	17
2. ORIGEN DEL REFERÉNDUM Y SU FUNCIONALIDAD EN LAS DEMOCRACIAS REPRESENTATIVAS...	20
CAPÍTULO II. LA REGULACIÓN DEL REFERÉNDUM EN ESPAÑA	25
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	25
2. LA REGULACIÓN DEL REFERÉNDUM EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978.....	28
3. LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS MODALIDADES DE REFERÉNDUM PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN	36
4. EL REFERÉNDUM AUTONÓMICO.....	44
5. EL REFERÉNDUM LOCAL.....	55

	Pág.
CAPÍTULO III. LA PRÁCTICA DEL REFERÉNDUM EN ESPAÑA	61
1. LOS REFERENDOS DURANTE LA SEGUNDA REPÚBLICA Y DURANTE EL RÉGIMEN FRANQUISTA.	62
2. EL REFERÉNDUM SOBRE LA LEY DE LA REFORMA POLÍTICA EN 1976	64
3. EL REFERÉNDUM DE 6 DE DICIEMBRE DE 1978: LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA	65
4. LOS REFERENDOS DEL PAÍS VASCO Y CATALUÑA DE 1979.....	67
5. EL REFERÉNDUM ANDALUZ DE 28 DE FEBRERO DE 1980 SOBRE LA INICIATIVA AUTONÓMICA.....	68
6. LOS REFERENDOS ESTATUTARIOS DE GALICIA EN 1980 Y DE ANDALUCÍA EN 1981.....	71
7. EL REFERÉNDUM DE LA OTAN DE 1986.....	72
8. EL REFERÉNDUM SOBRE EL TRATADO DE LISBOA DE 2005	74
9. EL REFERÉNDUM DE REFORMA ESTATUTARIA EN CATALUÑA DE 2006	78
10. EL REFERÉNDUM DE REFORMA ESTATUTARIA EN ANDALUCÍA DE 2007	82
11. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CELEBRACIÓN DE REFERENDOS LOCALES	85
12. EL REFERÉNDUM SECESIONISTA Y LA CELEBRACIÓN DEL PSEUDO REFERÉNDUM DE CATALUÑA DE 1 DE OCTUBRE DE 2017	87
13. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA PRÁCTICA DE REFERÉNDUM EN ESPAÑA	93
14. LOS REFERENDOS DE NUESTRA DEMOCRACIA EN CIFRAS. PORCENTAJES DE PARTICIPACIÓN Y VOTO	95

	Pág.
CAPÍTULO IV. EL REFERÉNDUM EN EL DERECHO COMPARADO	107
1. EL RECONOCIMIENTO DEL REFERÉNDUM EN TODAS LAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÁNEAS...	107
2. LOS TIPOS DE REFERENDO Y SU INICIATIVA EN LA EXPERIENCIA COMPARADA.....	113
2.1. El referéndum constitucional.....	113
2.2. El referéndum legislativo.....	117
2.3. El referéndum sobre decisiones del Estado de especial trascendencia y el revocatorio o <i>recall</i> ...	122
3. LA REGULACIÓN DE LA DELIBERACIÓN EN EL REFERÉNDUM.....	125
3.1. La claridad de la pregunta.....	126
3.2. La participación de los diferentes actores políticos.....	128
3.3. Plazo para la campaña.....	131
4. LA REGULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN, DE LAS MAYORÍAS REQUERIDAS Y DE LOS POSTERIORES EFECTOS JURÍDICOS A LA APROBACIÓN POR REFERÉNDUM.....	132
4.1. La participación en los referendos.....	132
4.2. Los límites al referéndum y la exigencia de mayorías cualificadas.....	133
4.3. Los efectos jurídicos de la aprobación por referéndum.....	137
CAPÍTULO V. PROPUESTAS DE REFORMA	139
1. LAS PROPUESTAS DE REFORMA DEL REFERÉNDUM PLANTEADAS ANTE LAS CORTES GENERALES.....	139
1.1. Proposición de Ley Orgánica núm. 122/000075, de 27 de julio, planteada por los grupos parlamentarios Mixto e Izquierda Plural del Congreso para modificar el art. 6 LORDMR	140

	Pág.
1.2. Proposición de reforma constitucional para reforzar la participación política y el pluralismo en el régimen electoral planteada por los grupos parlamentarios Mixto e Izquierda Plural del Congreso.	143
1.3. Propuesta de reforma constitucional presentada por la Junta General del Principado de Asturias...	146
2. UNA PROPUESTA NORMATIVA DEL REFERÉNDUM EN ESPAÑA A LA VISTA DE LA EXPERIENCIA COMPARADA.....	148
2.1. Tipos de referéndum e iniciativa	150
2.1.1. Introducción del referéndum constitucional de iniciativa popular y de la iniciativa popular de reforma constitucional vinculada a referéndum	150
2.1.2. Introducción del referéndum legislativo (aprobatorio y abrogatorio) de iniciativa popular	153
2.1.3. Introducción de la iniciativa legislativa popular vinculada al referéndum	154
2.1.4. La posible introducción del revocatorio...	156
2.1.5. El referéndum autonómico.....	157
2.1.6. El referéndum local.....	160
2.2. Regulación legal del referéndum.....	160
3. REFLEXIÓN FINAL. UNA CRÍTICA A LAS CRÍTICAS SOBRE EL REFERÉNDUM	164
3.1. <i>The elite control syndrome</i>	164
3.2. <i>The deliberation deficit</i>	166
3.3. <i>The majoritarian danger</i>	168
3.4. El referéndum como elemento de debilidad para los partidos y para el Parlamento.....	169
BIBLIOGRAFÍA	173

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN*

1. EL CONCEPTO DE REFERÉNDUM¹

Si tuviéramos que dar un concepto de referéndum tendríamos que decir que es la consulta al conjunto del cuerpo electoral para que se pronuncie de manera afirmativa, negativa o en blanco sobre un texto normativo o una decisión política. Pero inmediatamente se hace necesario establecer algunas distinciones con otros conceptos con

* Este trabajo se incluye en el proyecto de investigación «Modelos de derecho comparado para una nueva regulación del referéndum y la iniciativa popular en España» (DER2016-75406-R9), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y cuyos investigadores principales son Eva Sáenz Royo y Carlos Garrido López.

¹ Sobre las cuestiones terminológicas y sobre el origen y la funcionalidad del referéndum en las democracias representativas ya me pronuncié en E. SÁENZ ROYO (2016), «La regulación del referendo en el derecho comparado: aportaciones para el debate en España», *REDC*, 108, pp. 125-126; y E. SÁENZ ROYO (2017), «Propuestas de una regulación adecuada del referéndum desde la teoría de la democracia representativa y desde la práctica del derecho comparado», en E. SÁENZ ROYO y C. GARRIDO LÓPEZ, *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 157-162.

los que se suele confundir o relacionar. En este sentido, se hace necesario aclarar la diferencia entre referéndum y otro tipo de consulta popular, si se puede distinguir en la práctica entre referéndum y plebiscito o si el referéndum puede relacionarse con la llamada iniciativa popular.

Como veremos a lo largo de estas líneas, la jurisprudencia constitucional en torno al referéndum autonómico ha sido muy importante para fijar un concepto preciso de lo que ha de entenderse por referéndum y lo que pueden ser consultas populares no referendarias. Pues bien, según el Tribunal Constitucional, solo se puede hablar de referéndum si los destinatarios son el cuerpo electoral en su conjunto, su procedimiento basado en el censo y gestionado por la Administración electoral y con garantía jurisdiccional *ex post*. En caso de no darse estos requisitos estaremos ante una consulta popular no referendaria, que es un instrumento de participación ciudadana dirigido a conocer la opinión de los ciudadanos o una parte de ellos, pero sin las garantías propias de un proceso electoral.

Por otra parte, desde la perspectiva teórica, han sido muchos los autores que han tratado de distinguir conceptualmente el referéndum del plebiscito. Biscaretti di Ruffia ha considerado que el término plebiscito se debería utilizar para el pronunciamiento del cuerpo electoral en relación con un hecho, acto político o medida de gobierno, reservando la denominación de «referéndum» para la «manifestación del cuerpo electoral respecto a un acto normativo» (BISCARETTI DI RUFFIA, 1982: 425). En sentido parecido, K. Loewenstein señala que la denominación de plebiscito debería «quedar reservada a votaciones sobre cuestiones no constitucionales y no legislativas» y específicamente señala como objeto de plebiscito la modificación de fronteras o el cambio de soberanía (LOEWENSTEIN, 1982: 331). En nuestro país y más recientemente, Presno Linera señala que el plebiscito es «una consulta sobre cuestiones políticas y cuyo resultado no es jurídicamente vinculante», mientras que «el referéndum sería una consulta sobre la aprobación, modificación o derogación de una norma —desde la Constitución a una ordenanza mu-

nicipal—, cuyo resultado es siempre vinculante en términos jurídicos» (PRESNO LINERA, 2017: 50). Otros autores establecen la distinción no en el contenido de la consulta, sino en el impulsor de la misma. En este caso, se reserva la consideración de referéndum cuando la consulta nace de los ciudadanos, mientras que el plebiscito se reservaría a las consultas iniciadas a discreción exclusiva de las autoridades, ya sea el gobierno, el presidente o el parlamento (KAUFMANN, BÜCHI y BRAUN, 2007: 11).

No obstante, la distinción entre referéndum y plebiscito es «históricamente reciente, geográficamente francesa e intelectualmente confusa» (LÓPEZ GONZÁLEZ, 2005: 9). Efectivamente, en Europa solo en Francia el ordenamiento jurídico reserva el concepto de «plebiscito» a consultas sobre hechos y personas. En el ámbito latinoamericano no se establece la distinción, salvo en Uruguay. En este país se utiliza el término plebiscito para las consultas sobre reformas constitucionales, y el término referéndum para consultas sobre leyes (SOTO BARRIENTOS, 2016: 292). La Constitución española utiliza el concepto de referéndum tanto para referirse a consultas sobre textos normativos (sobre la reforma Constitucional en los arts. 167 y 168; sobre las reformas estatutarias en los arts. 151.2 y 152.2) como a consultas sobre decisiones políticas de especial trascendencia (el caso del referéndum consultivo del art. 92, del referéndum de iniciativa autonómica del art. 151.1 y del referéndum para la incorporación de Navarra al País Vasco de la Disposición Transitoria cuarta). Solo hace referencia al concepto de plebiscito en la Disposición Transitoria segunda cuando se refiere a «los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía». Como se observa, refiriéndose a una consulta sobre un texto normativo. En España, por tanto, jurídicamente no se establece ninguna distinción entre los términos referéndum y plebiscito.

Por otra parte, también suele distinguirse conceptualmente entre iniciativa popular y referéndum. Mientras que la iniciativa popular tiene como objetivo introducir en la agenda de las instituciones nuevas cuestiones —funda-

mentalmente leyes o reformas constitucionales—, el referéndum es una consulta al conjunto del cuerpo electoral para que se pronuncie de manera afirmativa, negativa o en blanco sobre un texto normativo —o, como hemos señalado, una decisión—. Si bien en el caso español son dos instrumentos bien diferenciados y, por tanto, no será objeto de nuestro estudio la regulación de la iniciativa legislativa popular en España, en el Derecho comparado se trata de dos instrumentos que están muy ligados ya que, por ejemplo, la iniciativa popular en Suiza o en estados de Estados Unidos está concebida para iniciar un proceso de reforma constitucional o para iniciar un proceso legislativo y como tal será sometida a referéndum (CUESTA LÓPEZ, 2008: 193-290). De esta manera, en la práctica, se convierte en una propuesta de una fracción del cuerpo electoral para someter una cuestión a referéndum. Y es precisamente en esta virtualidad de impulso ciudadano de referéndum donde analizaremos también la iniciativa popular en el capítulo dedicado al Derecho comparado.

2. ORIGEN DEL REFERÉNDUM Y SU FUNCIONALIDAD EN LAS DEMOCRACIAS REPRESENTATIVAS

Si bien el referéndum entendido como consulta puede encontrar algunos antecedentes históricos en el llamado plebiscito o decreto de la plebe en tiempos de la República romana o en la forma en la que en las dietas medievales los delegados de las mismas sometían *ad referendum* las cuestiones no incluidas en los términos del mandato (LÓPEZ GONZÁLEZ, 2005: 12-13), no es hasta la democracia de masas y la crisis del parlamentarismo del siglo XX cuando se generaliza su uso.

En los orígenes del Estado constitucional la idea liberal de que el gobierno tendría que ser necesariamente representativo mantenida por el abate Sièyes se impuso en la práctica a la idea de Rousseau de ser la consulta directa la más depurada expresión de la «voluntad general». De hecho, la experiencia francesa en materia de referéndum en los años posteriores a la Revolución francesa hizo que

el referéndum perdiera todo su atractivo, incluso en Francia, a lo largo de todo el siglo XIX. Aunque en los años 1840 y 1860 el referéndum fue usado para conseguir la reunificación de Italia (QVORTRUP, 2014: 4), solo en Suiza se comenzó a incorporar la institución del referéndum como elemento de contrapeso de la representación parlamentaria (SÁNCHEZ FÉRRIZ y GARCÍA SORIANO, 2002: 82). A salvo de este caso, el triunfo de la participación del pueblo a través de la representación política fue un hecho durante el siglo XIX. Desde entonces todas las democracias son representativas. Y no puede ser de otra manera. Como expuso ya Benjamin Constant, la imprescindibilidad de la representación (ayer y hoy) deriva de ser la traducción política del principio de división del trabajo:

De ahí, señores, la necesidad del sistema representativo. El sistema representativo no es otra cosa que una organización en cuya ayuda una nación descarga en algunos individuos lo que ella no puede o no quiere hacer por sí misma. [...] El sistema representativo es una procuración dada a un cierto número de hombres por la masa del pueblo que quiere que sus intereses sean defendidos y que no obstante no tiene tiempo de defenderlos él mismo (CONSTANT, 1819).

Por eso el referéndum, cuyo uso se empieza a generalizar en el siglo XX, solo puede ser un instrumento complementario en las democracias representativas llamado a cumplir diferentes funciones. Así, por ejemplo, puede reforzar la legitimidad de una decisión parlamentaria. También puede servir de elemento para reforzar la estabilidad constitucional, al ser una exigencia más para las reformas constitucionales. Según cómo se regule, puede servir de integración de minorías territoriales en el ámbito nacional. O como instrumento para fomentar la participación de los ciudadanos en la vida pública. No obstante, la función que lo hará imprescindible en las democracias representativas es su función de control y contrapeso. Como advirtió CARRÉ DE MALBERG a comienzos del siglo XX (1931: 233-234), no puede defenderse la idea de la representación como forma de hacer presente la voluntad popular a través de los elegidos y no reconocer «el derecho de los

ciudadanos a manifestar un sentimiento contrario a aquel que, sobre una cuestión determinada, ha sido manifestada en su nombre por los representantes». En caso contrario, la relación representativa se vacía de contenido y deja de ser tal para convertirse en una mera ficción. Y es que si el fundamento y justificación del parlamentarismo y de las democracias representativas en general es el concepto de la ley como expresión de la voluntad popular y la soberanía popular, resulta incoherente rechazar la participación directa de los depositarios últimos de esa voluntad popular, es decir, de los ciudadanos.

De ahí que, en la práctica, el referéndum como instrumento complementario de las democracias representativas se generalizara en el siglo xx. Esta complementariedad, ya introducida en Suiza, será reconocida en los estados de Estados Unidos a principios de siglo xx y se generalizará en todo el constitucionalismo democrático de la segunda posguerra.

A comienzos del siglo xx diversos estados de Estados Unidos introdujeron la iniciativa popular y el referéndum a sus estructuras de democracia representativa: Dakota del Sur (1898), Utah (1900), Oregón (1902), Arizona (1911), California (1911) y Washington (1912). Los instrumentos de democracia directa se entendían como una forma de limitar el poder de los dos grandes partidos y de sus líderes y de aprobar eficazmente leyes contra prácticas corruptas. Más tarde les seguirían Wyoming (1968), Illinois (1970), Florida (1972) y Misisipi (1992) (DONOVAN, 2014: 123-124; MATSUSAKA, 2016: 307).

En Europa, con la llegada de la democracia de masas y la profunda crisis del parlamentarismo de comienzos del siglo xx, el referéndum se comienza reconociendo en los sistemas democráticos no como alternativa a la democracia representativa, sino como complemento de la misma. Ejemplo paradigmático de esta tendencia fue la Constitución de Weimar de 1919.

Como pone de relieve PRESNO LINERA (2017: 52-53), la Constitución de Weimar reconoció ampliamente la figura

del referéndum. En primer lugar, el referéndum para que el cuerpo electoral se pronunciara sobre una modificación territorial interna a propuesta de un tercio de los habitantes del territorio que aspirase a la autonomía (art. 18). También se incorporó el sometimiento a referéndum, antes de su promulgación, de las leyes votadas por el Reichstag si el presidente del Imperio, en el plazo de un mes, así lo acordaba (art. 73.1). Igualmente se previó que en casos de suspensión de la publicación de una ley a instancia de una tercera parte, por lo menos, de los miembros del Reichstag, se convocaría un referéndum si así lo solicitaba una vigésima parte de los electores (art. 73.2). También cabía que el presidente convocara una consulta sobre la aprobación de una ley cuando no se pudieran solventar las diferencias entre el Reichstag y el Reichsrat (art. 74). Por último, esta Constitución también incluía la iniciativa legislativa popular promovida por, al menos, el 10 por 100 de los votantes en el último proceso electoral, con posibilidad de referéndum si el texto no era aprobado o resultaba modificado el Reichstag (art. 73.3). La iniciativa popular también cabía en materia de reforma de la Constitución (art. 76).

La incorporación del referéndum como instrumento complementario de las democracias representativas se generalizaría en las constituciones de la segunda posguerra. En definitiva, hoy el concepto de democracia exige el reconocimiento de las dos formas de participación del pueblo en la decisión política: la directa y la indirecta a través de los representantes. El dilema hoy no es entre una u otra forma de participación, sino cómo las actuales democracias representativas deben acabar incorporando a sus esquemas institucionales los instrumentos de democracia directa para, precisamente, reforzar la relación de representación.

En línea con el constitucionalismo democrático de la segunda posguerra, nuestra Constitución en el art. 23 asume ambas formas de acceso de los ciudadanos a las decisiones públicas (directamente o por medio de representantes). Pero, tal y como abordaremos a lo largo del libro,

el tratamiento dado después por nuestra Ley Fundamental a los supuestos de participación directa hace que estos sean «excepcionales» (STC 119/1995) y carentes de toda funcionalidad práctica. En general, podría señalarse que la participación directa prevista en la Constitución queda sometida a exigencias superiores a las normales en Derecho comparado, no incluye alguna de sus versiones más interesantes (por ejemplo, el referéndum legislativo) y queda bajo el control de la propia clase política, al ser solo ella la que puede activarla en el caso del referéndum. Pero no adelantemos acontecimientos y procedamos a analizar a continuación la regulación y la práctica del referéndum en España.