

ANOTACIONES A LOS DECRETOS-LEYES DE CONVOCATORIA DE LOS REFERENDUMS AUTONOMICOS EN EL PAIS VASCO Y CATALUÑA: VIGENCIA DE LA CONSTITUCION Y RESERVA DE LA LEY ORGANICA

I

Cuando menos, existen motivos para mostrar cierta perplejidad ante las recientes convocatorias de *referéndums* autonómicos en el País Vasco y Cataluña mediante decretos-leyes (respectivamente, el número 13/1979, de 14 de septiembre, y el número 14/1979, de 14 de septiembre, publicados en el «Boletín Oficial del Estado» de 24 del mismo mes, y convalidados por el Congreso de los Diputados por acuerdo del 28 de septiembre, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 10 de octubre de 1979). Diremos inmediatamente que la extrañeza se justifica porque, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 92,3 de la Constitución: *Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución.*

Ciertamente, el supuesto que nos ocupa desborda el mero planteamiento jurídico que aquí vamos a afrontar. Efectivamente, la determinación del constituyente de que se regularan los referéndums por ley orgánica supone una elección política que se justifica, estimamos, más en el nivel de desacuerdo alcanzado que en la trascendencia de la materia que bien pudiera haberse encomendado a la ley ordinaria. Podría incluso explicarse la transferencia de la responsabilidad a la ley orgánica en la determinación del constituyente de excluir con rotundidad esta materia de la competencia de las Comunidades autónomas. Mas, con todo, la resolución de los problemas que suscitan los referidos decretos-leyes tiene un extraordinario interés, cuya actualidad va a presidir gran parte del desarrollo constitucional, a saber: la virtual vigencia de la Constitución en el marco de las materias reservadas a la ley orgánica.

En el supuesto que nos ocupa, iniciados los procesos autonómicos en el País Vasco y en Cataluña por la vía de la disposición transitoria segunda en relación con el artículo 151 de la Constitución, ni el Gobierno ni los grupos parlamentarios (tampoco los implicados directamente en los citados procedimientos autonómicos) tenían prevista la ley orgánica de *referéndum*. En este momento no nos interesa valorar los motivos que pueden explicar la falta de previsión. El caso es que la ley orgánica de referéndum no se dictó y el Gobierno convocó en el País Vasco y Cataluña los *referéndums* preceptivos pre-

vistos en el artículo 151 de la Constitución mediante sendos decretos-leyes. Esto, como decíamos anteriormente, suscita un problema de capital importancia, cual es: si es o no posible actuar mediante decreto-ley cuando no se ha cumplido una previsión constitucional de desarrollo legislativo; y si existen otras soluciones al margen de la utilización del decreto-ley.

II

Para abordar la respuesta a las preguntas formuladas es preciso aclarar previamente el significado de que una materia esté reservada a la ley orgánica; como es el caso de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución española, entre las que se encuentra la prevista en el artículo 151,2, apartados 3.º y 4.º (1). A nuestro juicio, la determinación del constituyente de que una materia sea regulada por ley orgánica implica constituir sobre la misma una *reserva absoluta de ley*. Hay que decir que esta conclusión a la que llegamos en otro lugar (2) no se deduce directa y expresamente de la Constitución, lo que, junto a la aparición de posiciones encontradas (3) con ésta y la emergencia de nuevos argumentos en favor de la tesis que sostenemos, hace recomendable que volvamos sobre el tema.

La reserva de las materias objeto de la ley orgánica se deduce expresamente en relación a la legislación delegada, a tenor de lo que dispone el artículo 82,1 de la Constitución, que prohíbe la legislación delegada en el marco del artículo 81. La conclusión, por el contrario, no se extrae del tenor literal del artículo 86,1, que al establecer el conjunto de materias prohibidas al decreto-ley, dice que éstos «no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, al régimen de las Comunidades autónomas ni al Derecho electoral general». La cuestión, a los efectos que ahora nos ocupan, radica en determinar si el ámbito prohibido a los decretos-leyes en el artículo 86,1, en el que no se hace referencia expresa a las materias reservadas a la ley orgánica, comprende y es más amplio que el de estas últimas o bien es diferente, en el sentido de que sólo algunas materias que debieran ser objeto de regulación por ley orgánica estarían prohibidas al decreto-ley, de modo que en relación a las demás, una vez producidas las circunstancias a que se hace referencia en el artículo 86 de la Constitución, el Gobierno podría entrar a regularlas,

(1) Vid. sobre el tema, Enrique LINDE y Miguel HERRERO: *El referéndum en la Constitución española de 1978*, en «Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político», UNED, núm. 3.

(2) Vid. *Ley y Reglamento en la Constitución*, en «Lecturas sobre la Constitución española», I, UNED, 1979.

(3) Vid. SALAS HERNÁNDEZ, J.: *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, en «Cuadernos Civitas», Madrid, 1979.

conclusión ésta que alcanza J. SALAS HERNÁNDEZ en un espléndido trabajo sobre los decretos-leyes (4).

En otro lugar postulábamos una amplia comprensión de los términos con que se produce el artículo 86 de la Constitución al establecer el conjunto de materias prohibidas al decreto-ley. Particularmente, a nuestro juicio, la interpretación de dicho artículo debe ser la de considerar que la expresión «Instituciones básicas del Estado» comprende la totalidad de las materias reservadas a la ley orgánica, pero que no se limita a éstas, sino que extiende su protección, o, más precisamente puede extenderse a otras instituciones en sentido orgánico o civil. La justificación de esta posición, lejos de todo formalismo, es coherente con la primacía del poder legislativo sobre el ejecutivo en un sistema parlamentario como el que se instaura en nuestra Constitución. Por el contrario, practicar una interpretación restrictiva de la expresión «Instituciones básicas del Estado», a la que, sin duda, se presta el texto constitucional, significa abrir descontroladamente la morada de las leyes orgánicas al decreto-ley, lo que en caso alguno puede deducirse de los debates parlamentarios constituyentes. De este modo y desde la perspectiva estructural, en que ahora nos situamos, la falta de concreción la resolvemos en favor del poder legislativo en cuanto representante del pueblo soberano, en vez de en favor del Gobierno.

Mas, una amplia comprensión de los límites de los decretos-leyes, se extrae de un análisis comparado del artículo 86,1 con el aludido artículo 82,1, que prohíbe la legislación delegada sobre las materias reservadas a la ley orgánica. Efectivamente, ley orgánica y ley de delegación se producen ambas en la esfera del poder legislativo y, sin embargo, se ha querido impedir siquiera la delegación al Gobierno de materias reservadas a la ley orgánica. Y sería una contradicción *in terminis* la prohibición de delegación al Gobierno contenida en el artículo 82,1 (con las garantías que ésta se reviste en la actualidad en la Constitución), y por otro lado, admitir la entrada franca del Gobierno en las mismas materias a través de la técnica del decreto-ley. A nuestro juicio, desde una perspectiva sistemática, esto es insostenible, inclinando el peso de los argumentos en favor de la amplia comprensión de las prohibiciones que pesan sobre los decretos-leyes que tienen que poder afectar a un círculo de materias más reducido que el que puede ser invadido por las leyes de delegación y, consiguientemente, por los decretos-legislativos.

A los aludidos argumentos se suma actualmente la interpretación dada por la Ley orgánica del Tribunal Constitucional en su artículo 28,2, que de no ser declarado inconstitucional por el citado Tribunal, cobra una especial relevancia. El citado artículo dice: *Asimismo el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un decreto-ley, decreto-legislativo, ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o*

(4) Op. cit., p. 52.

norma legislativa de una Comunidad autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a la ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido. Del precepto transcrito se obtienen dos conclusiones. De una parte, deja constancia de que las leyes orgánicas no tienen rango superior a las demás normas con rango de ley (5), porque la inconstitucionalidad de éstas en relación a las leyes orgánicas no se deduce en virtud del principio de jerarquía, al que se alude en el artículo 9.º de la Constitución, sino que la inconstitucionalidad es el resultado de la vulneración del principio de competencia, en cuanto que se fundamenta la inconstitucionalidad en el artículo 81,1 de la Constitución, que determina las materias reservadas a la ley orgánica. De otra parte, se confirma que las materias que deben ser reguladas por ley orgánica constituyen una reserva absoluta de ley, por cuanto ni los decretos-leyes, decretos legislativos, leyes sin forma de ley orgánica ni, por último, las normas legislativas de las Comunidades autónomas, pueden invadir el marco a aquéllas reservado, so pena de ser declaradas inconstitucionales.

La Ley orgánica del Tribunal Constitucional es, por consiguiente, concluyente: los decretos-leyes no pueden entrar en el ámbito reservado a las leyes orgánicas en los términos del artículo 81,1 de la Constitución. Esto trae a su vez como consecuencia, que haga comprensible el citado artículo 28,2, una interpretación amplia de los límites que operan sobre los decretos-leyes, que es de esperar reduzca a éstos a estrechos márgenes.

Por si los anteriores argumentos fueran insuficientes, en el supuesto que nos ocupa existe un argumento *ad hoc* en favor de la tesis que postulamos; a saber, que los referéndums autonómicos, en cuanto que forman parte del procedimiento de creación de las Comunidades autónomas, integran su régimen que ha sido excluido expresamente por el artículo 86,1 de la Constitución del ámbito de los decretos-leyes.

Por último, en apoyo de la tesis que se sustenta, puede hacerse referencia a que los propios decretos-leyes que comentamos en sus breves exposiciones de motivos no aluden a la posibilidad de que la Constitución permita la entrada de los mismos en el ámbito reservado a la ley orgánica; por el contrario, su legitimación la vienen a fundamentar en que dichos decretos-leyes no han irrumpido en la materia reservada a la ley orgánica.

III

A partir de las anteriores consideraciones, vamos a plantearnos si el régimen que hemos descrito para las materias reservadas a la ley orgánica puede verse excepcionado en determinadas circunstancias.

(5) Sobre este tema, puede consultarse el lúcido artículo de SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Las leyes orgánicas. Notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración*, en «Revista del Departamento de Derecho Público», núm. 4, UNED.

A tal efecto vamos a prestar atención al párrafo más significativo de la exposición de motivos que es común a los dos decretos-leyes que estudiamos; dice así: *El presente Real Decreto-ley se limita a fijar la fecha de la consulta y, dada la inexistencia de normas de desarrollo de la Constitución relativas al referéndum, a señalar la disposición de procedimiento aplicable para el caso concreto, sin introducir ninguna nueva regulación específica de la materia ni normas de carácter general.* Como decíamos antes, la fundamentación de los referidos decretos-leyes consiste en que no se ha vulnerado la prohibición de invadir las materias reservadas a la ley orgánica; a la ley orgánica de referéndum en este caso.

La tesis del Gobierno, a tenor del párrafo transcrito, serían, al menos, tres. En primer término se alude a que se trata de un mero acto de convocatoria, pero si aceptáramos que los citados decretos-leyes son tan solo actos de convocatoria, esto no les privaría de la protección que la ley orgánica proporciona a los elementos de su régimen jurídico. Desde esta perspectiva, el Gobierno no podría *fijar la fecha de la consulta*, porque para ello debiera estar habilitado expresamente por la correspondiente ley orgánica de referéndum. Y en su caso, la convocatoria se haría por decreto del Gobierno.

En segundo lugar se dice en la exposición de motivos transcrita, que *dada la inexistencia de normas de desarrollo de la Constitución relativas al referéndum*, en su artículo 4.º declara vigente la normativa que se dictara para la celebración del referéndum previsto en el artículo 3.º de la Ley para la Reforma Política, derogada expresamente por la Constitución de 1978.

Más atrás concluimos que el decreto-ley no puede entrar en el ámbito de la ley orgánica e igualmente tampoco puede prorrogar una normativa anterior que incida sobre el mismo ámbito, especialmente cuando la normativa que se pretende prorrogar debe entenderse derogada. Efectivamente, la normativa que se declara expresamente en vigor se dictó en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.º de la Ley para la Reforma Política, derogada expresamente por la Constitución de 1978. De modo y manera que hay que entender expresamente derogada la normativa relativa al desarrollo, regulación y aplicación de las instituciones o técnicas en aquélla expresamente contenidas, como es el caso del referéndum para la reforma constitucional. Conclusión que se obtiene en aplicación de un mínimo principio de coherencia, cual es el de que la derogación de la norma habilitante (Ley para la Reforma Política) alcanza a la norma habilitada (normativa de desarrollo y aplicación de dicha ley). En definitiva, la prórroga de legislación anterior (pretendidamente vigente o derogada) tiene que tener la misma forma que su normal regulación, lo que significa que sólo puede llevarse a cabo, en el supuesto que nos ocupa, mediante ley orgánica.

Por último, expresa la mencionada exposición de motivos que no se introduce regulación normativa alguna en la materia. Pero esto no

puede estimarse correcto por varias razones. En primer lugar, porque la prórroga o declaración de vigencia de normas derogadas no es sino una forma de legislar. Pero además, en virtud de lo dispuesto en los correspondientes artículos quintos de los decretos-leyes, se autoriza a la Presidencia del Gobierno para que dicte las disposiciones necesarias para la aplicación de los mismos, lo que ha tenido lugar en Reales Decretos 2363/1979 y 2364/1979, Ordenes de 15 y 19 de octubre de 1979 y Resoluciones de 20 de octubre del mismo año. Y, siendo evidente el contenido normativo de las referidas disposiciones, no sólo se contradice lo afirmado en la exposición de motivos de los decretos-leyes de convocatoria de referéndums, sino que, afirmándose la prohibición de entrar en el marco de las materias reservadas a la ley orgánica a los decretos-leyes, éstos posibilitan la entrada en dicho marco a disposiciones reglamentarias, lo que de todo punto es inadmisibile.

Las reflexiones anteriores nos hacen concluir que la argumentación del Gobierno contenida en la exposición de motivos de los referidos decretos-leyes no es susceptible de ser admitida como justificación de las convocatorias que contienen.

IV

Cabría desde otra óptica plantearse si la Constitución ofrece algún tipo de solución a la falta de desarrollo de la misma a través de la legislación correspondiente y al margen del decreto-ley. Esto es, si existe un único grado de vigencia de la Constitución o, por el contrario, puede establecerse una escala gradual para explicar la operatividad de la misma. Sin duda el tema tiene enormes dimensiones que trascienden los modestos límites de este trabajo, en el que tan sólo prestaremos atención a alguno de sus aspectos (6).

Al menos y desde los problemas interpretativos que nos suministran los supuestos de hecho que estamos analizando, es posible llegar a las siguientes distinciones:

1) Supuestos en que la Constitución deroga o modifica derecho anterior y se aplica directamente, a saber: organización y derechos y libertades públicas (7).

2) Supuestos en que la Constitución ni deroga ni modifica el derecho anterior, que permanece vigente en amplios sectores del ordenamiento. Bien porque no se han modificado los principios inspiradores de la referida legislación, o porque la Constitución proporcione un criterio o criterios lo suficientemente amplios como para permitir una

(6) Sobre este tema, y desde la perspectiva de derecho comparado, contamos en la actualidad con el interesante trabajo de VARELA, S., y SATRÚSTECUI, M.: *Constitución nueva y Leyes viejas*, en «Revista del Departamento de Derecho Político», número 4, UNED, así como la bibliografía citada.

(7) Sobre este tema es fundamental el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma jurídica*, en «Comentario sistemático a la Constitución española», dirigido por Predieri.

gama extensa de soluciones que posibiliten cambios de orientación futuros (como, por ejemplo, la iniciativa pública en la economía).

3) Supuestos en que no procede referirse a la eficacia derogatoria de la Constitución, en virtud de la operatividad de una *eficacia-innovativa* de la misma. Se trataría de innovaciones que no llevan implícitas derogaciones. Dentro de éstas podrían, teórica y prácticamente, diferenciarse las innovaciones de aplicación directa (como en el primero de los supuestos es posible concretarlas en el ámbito de los derechos fundamentales y en la organización), así como innovaciones cuya eficacia está prevista a través de las leyes.

En este lugar vamos a prestar atención a las innovaciones que tienen prevista su eficacia a través de una ley orgánica. A nuestro juicio está en ellas implícito que la Constitución, en *mayor o menor* grado, no suministra los elementos suficientes para que puedan ser eficaces sin la intermediación de la ley orgánica, porque en otro caso podría sustentarse la tesis de la eficacia de la innovación con anterioridad a su desarrollo legislativo, que, no obstante, no dejaría de plantear problemas. Precisamente este supuesto que contemplamos es diferenciable del primero de los mencionados (aplicación directa de la Constitución), en base a que no es posible aplicar directamente la Constitución, porque ésta ha transferido la determinación de elementos esenciales a la ley orgánica.

A la vista de las anteriores consideraciones, tendríamos que concluir que la regulación que la Constitución da a los referéndums autonómicos no se presta a ser aplicable directamente sin la intermediación de la correspondiente ley orgánica, porque a la misma ha transferido la Constitución la explicitación de partes importantes de su régimen jurídico, como hemos tenido oportunidad de precisar en otro lugar (8).

Pero en el caso de que se concluyera que en la Constitución están los elementos esenciales del régimen jurídico del referéndum autonómico a que nos hemos referido y, por consiguiente, se estimara que es posible la aplicación directa con anterioridad a la ley orgánica, lo que me resisto a aceptar por la suerte de argumentos aludidos, la eficacia de la Constitución no tendría lugar por la vía del decreto-ley que en supuesto alguno puede vulnerar la prohibición de entrar en el marco de las materias reservadas a la ley orgánica. Sino que debe utilizarse el procedimiento deducible del régimen constitucional que se instituye.

Enrique LINDE PANIAGUA

(8) Un análisis detenido del referéndum en *El referéndum...*, cit.

