

PRÓLOGO

I. Presentación

El presente texto tiene como principal propósito iniciar al lector en el tema central del presente libro que, básicamente, contiene la tesis doctoral elaborada por Daniel López Rubio para la obtención del grado de Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Trabajo, por otra parte, que fue valorado con la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad por la correspondiente comisión juzgadora, otorgándosele meses más tarde por el Excmo. Sr. Rector el Premio Extraordinario de Doctorado del curso 2018/19. Y trabajo igualmente premiado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales con el premio Nicolas Pérez Serrano a la mejor tesis doctoral de Derecho Constitucional defendida en las Universidades españolas el año 2018.

El objetivo de dicho trabajo —expresado con brevedad— es analizar la tensión/conflicto entre dos instituciones emblemáticas de los Estados constitucionales de nuestros días: la Justicia Constitucional y el Referéndum, haciéndolo básicamente desde las reflexiones realizadas por la más reciente teoría constitucional, complementada con las aportaciones que ofrece la perspectiva del derecho comparado. Dedicaré pues las primeras líneas a realizar unas breves consideraciones sobre una y otra categoría antes de entrar de lleno en los puntos de fricción de ambas, para concluir examinando algunos puntos/elementos que permiten «ponderadamente» su compatibilización.

II. Aproximación a la institución del referéndum

El referéndum es una problemática y controvertida institución cuyos orígenes se sitúan a finales del siglo XVIII coincidiendo con la cristalización de los primeros textos constitucionales a uno y otro lado del Atlántico.

Suele así afirmarse que el primer referéndum de la historia, aunque no con tal denominación, fue la convocatoria realizada por la Asamblea General del Estado de Rhode Island en marzo de 1788 para someter «a la consideración de todos los hombres libres del Estado» el proyecto de Constitución de EEUU elaborado por la Convención de Filadelfia. Consulta que, paradójicamente, tuvo como resultado una abrumadora mayoría en contra del texto sometido a consideración (A. Penadés. 2018), provocando que el citado Estado de Rhode Island fuera el último en ratificar la constitución estadounidense tras una nueva votación, ahora parlamentaria, celebrada en 1790.

Prácticamente coincidiendo con estos acontecimientos, como punto de inicio de las reflexiones y materialización de la institución referendaria en Europa se suele aludir a un opúsculo de Nicolas de Condorcet publicado en 1770 y titulado significativamente «*Sur la nécessité de faire ratifier la Constitution par les citoyens*», tesis que prenderá en el ideario girondino, que lo incluirá en el Proyecto de Constitución de febrero de 1793, y que será igualmente asumida por el grupo jacobino que controlará la elaboración de la Constitución de 1793 e incorporará dicha institución al texto finalmente aprobado el 24 de junio, celebrando incluso un referéndum para aprobar el propio texto constitucional.

En el curso del siglo XIX, sin embargo, la evolución de la institución referendaria en ambos continentes será muy diferente.

Así, en tanto que el reconocimiento de fórmulas de participación directa en numerosas constituciones estatales de EEUU (A. Rodés. 2010) permitirá e incluso potenciará la celebración de consultas populares a lo largo del siglo, en la vieja Europa, por el contrario, la inestabilidad político-institucional que caracteriza la evolución de los diversos países del continente, diluirá por completo la utilización de dicha institución. Ésta quedará reconducida i) bien a un debate de ideas en el seno del algunos sectores del socialismo utópico (Fourier, Considerant o Rittinhausen) que ven en la generalización de la participación directa de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos la piedra angular sobre la que asentar un ideal sistema de gobierno, o ii) bien a una frecuente instrumentalización y tergiversación de la sedicente participación directa para refrendar en el poder a generales victoriosos bajo lo que se denominará «plebiscito». La excepción en el solar europeo será la Confederación Helvética, donde las instituciones y mecanismos de participación directa se convertirán en la seña de identidad de su sistema de gobierno a lo largo de todo el siglo XIX, utilizándose éstas con

altos niveles de normalidad y cotidianeidad en el marco de un sistema institucional amplia y profundamente descentralizado.

La perspectiva sobre la institución referendaria en Europa variará sustancialmente, sin embargo, en el constitucionalismo de entreguerras, liderado por la Constitución de Weimar, no siendo extraño encontrar plasmadas diferentes variedades de referéndum en los textos de la época; entre ellos, por ejemplo, además de la citada constitución weimariana, la Constitución austriaca (art. 43 y ss.), la checoslovaca (art. 46 y ss) o la española de 1931 (arts. 12 y 66). En todo caso, su utilización, probablemente por la inestabilidad político-institucional que caracteriza al constitucionalismo europeo en ese periodo, es muy escasa.

La actitud hacia los mecanismos de democracia directa (en particular el referéndum) variará notablemente a partir de la finalización de la II Guerra Mundial. Especialmente, en los años que siguen a la finalización de la guerra (años 50 y 60) con ocasión de los procesos de descolonización y nacimiento de nuevos Estados, que emplean este tipo de institutos para consolidar las nuevas instituciones con el respaldo popular de la ciudadanía.

No sucede lo mismo, sin embargo, en la «vieja» Europa donde, aunque la institución referendaria aparezca en varios ordenamientos constitucionales de la época (Austria, Francia, Italia, Irlanda, Suecia... y sobre todo la Confederación Helvética), el recurso de los gobernantes a la convocatoria de consultas populares de tipo referendario es inicialmente escasa (salvo —obviamente— en la Confederación helvética, que hace de la participación directa una señal de identidad de su sistema institucional). La causa de ello hay que buscarla en el recelo que estas instituciones despertaban en Estados en los que la democracia constitucional y representativa se estaba consolidando y permitía notables posibilidades de participación política.

No obstante, en el curso del último tercio del siglo xx (años 70 y siguientes) la celebración de consultas populares de tipo referendario cambiará de sesgo e irá paulatinamente aumentando. Varios factores parecen explicar ese cambio de actitud. En primer lugar, el referéndum empieza (salvo en la España todavía franquista) a perder esa sombra del «plebiscito» que había pesado en amplios periodos en los responsables políticos de la época. En segundo lugar, los avances de la tecnología de las comunicaciones también facilitan y favorecen esa nueva tendencia. Finalmente, la excesiva rigidez de los mecanismos partitocráticos, que en cierta medida secuestran la intervención de la ciudadanía en los asuntos

públicos, terminan por propiciar dinámicas ciudadanas favorables a la convocatoria de consultas populares de tipo referendario. Así, aunque no puede hablarse de una radical transformación de los sistemas institucionales de las democracias parlamentarias, la herramienta pasa a normalizarse.

En Italia, por ejemplo, además de la convocatoria de referéndums de ámbito regional, son frecuentes las convocatorias de referendos abrogatorios, con un cierto grado de control a distancia por el Tribunal Constitucional. En España, amén de que el proceso de transición política en buena medida se canaliza a través de instrumentos referendarios, y de aparecer literalmente regulados en el texto constitucional en reiteradas ocasiones, el referéndum se ha empleado en dos ocasiones para consultas de ámbito nacional y varias más en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Asimismo, en otros varios estados europeos, al hilo de los procesos de reforma de las instituciones de la Europa comunitaria, también con frecuencia se han convocado consultas ciudadanas sobre los nuevos mecanismos de decisión (así, por ejemplo, en Francia y en Dinamarca). E incluso, por citar otro significativo ejemplo, en la mismísima Gran Bretaña, cuna del parlamentarismo, aunque con carácter un tanto excepcional, se ha recurrido a puntuales convocatorias de consultas referendarias.

III. Aproximación general a la noción de Justicia Constitucional

Bajo la expresión Justicia Constitucional se alude aquí al conjunto de mecanismos de carácter jurisdiccional que tienen por objeto prioritario velar por la superioridad normativa de la Constitución como norma jurídica suprema o superior del ordenamiento, con independencia de cuál sea la estructura o modo de organizarse tal labor en el seno de los regímenes constitucionales de nuestros días.

Dicho en otros términos, adelantaré de principio que -en buena medida- comparto la opinión vertida por escrito hace años por mi querido amigo y colega Pablo Pérez Tremps (2003), de que para definir en la actualidad el concepto de Justicia Constitucional solo tiene sentido abordar esta noción desde una perspectiva material o funcional, esto es, entendiendo que lo relevante para delimitar y comprender correctamente dicha expresión no son los rasgos orgánicos de quién

desempeña esta determinada labor, sino la naturaleza misma de dicha función estatal.

El origen histórico de este tipo de mecanismos, y de la función que desempeñan, se sitúa —como es sobradamente conocido— en el proceso de elaboración de la Constitución de EEUU con objeto de incorporar una pieza más al sistema de *check and balances* que caracteriza su sistema institucional. Y más concretamente, su primera formulación corresponde a James Madison, quien en el número 78 de El Federalista defenderá como tarea específica del Poder Judicial la de hacer posible prevalecer los contenidos de la Constitución frente a los legisladores estatales e incluso frente al Congreso como titular por excelencia del Poder legislativo de la Federación. Sobre tales premisas, que en cierta medida encuentran su materialización en el art. 3 de la Constitución Federal, bastarán tan solo 15 años para que el juez Marshall, en un temprano e histórico pronunciamiento de la Corte Suprema, la muy famosa sentencia *Marbury versus Madison* dictada en 1803, extraiga toda la potencialidad de tales ideas. Paradójicamente, coincidiendo en buena medida en el tiempo con la otra categoría que es objeto de reflexión en el presente libro.

No es cuestión aquí de narrar con demasiado detalle un fallo que marcará el inicio del constitucionalismo moderno, ni tampoco sus peripetias posteriores. Me limitaré tan solo, a los efectos que aquí interesan, a ofrecer un somero panorama de las muy diversas proyecciones que el constitucionalismo posterior ha realizado de esta novedosa función que terminará configurándose como una de las señas de identidad de los actuales Estados de Derecho, reconvirtiéndolos en Estados constitucionales de Derecho.

Existen dos puntos relevantes de lo que sucederá después que, a efectos del objeto de esta investigación, sí parece necesario recordar para abordar su objeto.

El primero, sin duda el más relevante avance y revisión en el terreno dogmático, es el que se produce en el periodo inmediatamente subsiguiente a la I Guerra Mundial, y que tiene como principal protagonista a Hans Kelsen: la extrapolación de este orden de ideas al constitucionalismo europeo de entreguerras, concentrando el control de constitucionalidad de las leyes en un específico órgano *ad hoc* al que denominó Tribunal Constitucional. Éste monopolizará tal función, autonomizando e identificando la misma en el Estado constitucional con la expresión de Justicia Constitucional. Primero en Austria, y tras la finalización de

la II Guerra Mundial, como se reiterará a continuación, en Alemania, Italia y un sinnúmero de países tanto europeos como iberoamericanos, por citar los culturalmente más cercanos.

El segundo es la renovación y reactualización que de los mecanismos de Justicia Constitucional realizan los constituyentes alemanes e italianos en la segunda mitad del siglo pasado (esto es, tras la finalización de la II Guerra Mundial), dando así tal espaldarazo a este tipo de instituciones, que en el último cuarto de siglo XX quedan prácticamente asociadas al núcleo duro de la noción de régimen constitucional como una función imprescindible del mismo. El instrumento potenciará, así, la dimensión jurídico-aplicativa de los textos constitucionales (muy en particular los derechos fundamentales que allí se consagran), y propiciará la proyección de sus principios y contenidos a toda la actividad jurídica (legislativa, ejecutiva, judicial y entre particulares).

El resultado de esta doble aportación a la creación de la Justicia Constitucional —y esto es lo que querría destacar del estatus actual de esta función/institución—, es que sea cual sea el modo concreto de estructurarse y materializarse la misma, la existencia de unos mecanismos al servicio de la Justicia Constitucional se ha convertido en una pieza vertebral de los Estados de Derecho de nuestros días, convirtiéndose en la máxima manifestación del imperio del Derecho. La Justicia Constitucional, en suma, se ha convertido en el cauce por excelencia para garantizar la subordinación de todos los poderes públicos —incluidos los que sean inmediata expresión del principio democrático— al Derecho, tanto en su estructuración como modelo de Justicia constitucional difusa, como a través de la Jurisdicción constitucional concentrada.

IV. La tensión entre Referéndum y Justicia Constitucional: a la búsqueda de respuestas

Los actores protagonistas del presente libro ya están presentados. Y la tensión entre ambas categorías también, en la medida en que uno (el Referéndum) y otra (la Justicia Constitucional) se proclaman como los institutos a través de los cuales se produce la suprema expresión del Derecho.

El Referéndum se reivindica como la encarnación inmediata del principio de soberanía popular, fundamento del régimen democrático y, por ello, también un cierto mayor nivel de incontrolabilidad. La Justicia

Constitucional, por su parte, es la máxima expresión del Estado constitucional de Derecho y está por tanto llamada a controlar y garantizar que la actuación de los poderes públicos sea conforme a los principios y reglas constitucionales, incluyendo en su ámbito de control los productos elaborados por el legislador democrático, por más que éstos vengan siendo tradicionalmente ungidos por un cierto plus de fuerza normativa en la medida en que son la más inmediata expresión de la voluntad general.

Este dualismo de funciones públicas sobre el mismo —o muy parecido— objeto produce como resultado obvio que entre la actuación de los procesos referendarios como vía para aprobar determinados textos legislativos, y la labor de control de la adecuación de las leyes a los principios y reglas constitucionales que desempeñan los mecanismos de Justicia Constitucional, se produzcan con frecuencia solapamientos, cruces y tensiones. Así lo confirma de modo paradigmático la práctica constitucional que se ha desarrollado en torno a esta cuestión en los últimos treinta años. O incluso más aun, porque el problema no es nuevo y viene de lejos.

En efecto, con una modernidad gratificante y sorprendente, ya en la II República española, con ocasión de la elaboración de la Ley Orgánica reguladora del Tribunal de Garantías Constitucionales, los diputados (al menos algunos de ellos) dejaron constancia de ser conscientes del problema. Fue concretamente en el debate de totalidad del citado Proyecto de ley, cuando en una intervención del diputado y catedrático de Filosofía del Derecho, D. Luis Recasens Siches, se abordó frontalmente dicha cuestión, incluso tomando posición contundentemente, al afirmar:

«El pueblo, en su unidad plena e indivisa, encarna la suprema soberanía estatal; pero estructura el modo de funcionar esta soberanía creando órganos y competencias, y nuestra Constitución, para la elaboración de las leyes ha creado dos órganos con competencias delimitadas, a saber: el Parlamento y el ‘referéndum’, o sea, el Cuerpo electoral. Pero las leyes votadas en ‘referéndum’ no son expresión directa de una democracia inmediata; son leyes sencillamente porque la Constitución ha establecido un procedimiento especial de elaboración, la consulta directa al cuerpo electoral. Prueba de ello es que ese órgano democrático, el Cuerpo electoral, tiene no una competencia ilimitada, sino, por el contrario, una competencia perfectamente delimitada, circunscrita. Y el art. 66 de la Constitución dice: ‘El pueblo podrá atraer a su decisión, mediante referéndum, las leyes votadas por las Cortes. Bastará, para ello, que lo solicite el

15 por 100 del Cuerpo electoral. No serán objeto de este recurso la Constitución, las leyes complementarias de la misma, etcétera'. Es decir, la Constitución no puede ser reformada por este referéndum. Luego si del referéndum, si de la consulta al Cuerpo electoral emana una ley en contradicción con los preceptos constitucionales, no será una ley que modifique la Constitución, será una falsa ley que viola o infringe la Constitución y contra la cual, naturalmente, deberá darse el recurso de inconstitucionalidad» (*Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes* del día 24 de mayo de 1933. Tomado de M. Bassols Comá. 2010).

No es mi propósito tomar partido a favor o en contra de la tesis preconizada por el citado ilustre diputado constituyente en 1931 y catedrático. Tan solo poner de manifiesto hasta dónde pueden remontarse en el tiempo los posicionamientos sobre esta cuestión que alcanzará su máxima expresión en los debates académicos en la doctrina jurídica estadounidense de los años 80 del pasado siglo XX con intervenciones señeras como las de A. Bickel o J. H. Ely.

El autor del presente libro se decanta, en mi opinión con buen criterio, por analizar el tema desde la perspectiva del derecho comparado. De modo que, tras plantear el problema en una primera parte llena de interrogantes y sugerencias («Entre la razón jurídica y la voluntad democrática: La objeción democrática a la Justicia Constitucional»), pasa revista en una amplia segunda parte a «El control judicial de las normas aprobadas en referéndum en la práctica», acudiendo para ello a cinco ordenamientos particularmente significativos para analizar esta cuestión: Estados Unidos, Francia, Suiza, Italia y España. Para concluir finalmente el grueso del libro con una tercera parte en la que analiza pros y contras, extensión y límites, de una teoría de la contención judicial. «Una primera intuición —escribe el autor— nos llevaría a afirmar la necesidad de que el control judicial de constitucionalidad emprendido sobre las leyes aprobadas por los ciudadanos fuera ejecutado siempre con altas dosis de contención judicial. En efecto, la contribución directa de todos los ciudadanos dotaría a la norma de una especial legitimidad, fruto de su especial respeto por la igual dignidad de cada uno de los electores y de su contribución a los componentes participativos de la variable epistémica. Considero, no obstante que el análisis ofrece mucho mayor recorrido».

Recorrido que el autor realiza distinguiendo «grosso modo» cuatro tipos distintos de referéndum, diferenciando en cada uno de ellos la

intensidad y singularidades con que ha de operar el principio general de contención judicial.

En un primer bloque, al que el autor denomina «referéndum complementario», la convocatoria a la ciudadanía se realiza cuando las instituciones parlamentarias correspondientes han intervenido previamente y han aprobado el texto normativo sometido a referéndum, texto que puede ser de rango legislativo o de rango constitucional. El autor, tras una cuidada disección de los elementos en presencia, se decanta en este primer bloque de consultas referendarias por una contención elevada: «cuando hablamos de referendos complementarios o de ratificación, la normativa finalmente aprobada no ha circunvalado en ningún momento el procedimiento parlamentario y, en consecuencia el producto final gozará de una legitimidad muy elevada, fruto del compendio de bondades deliberativas y participativas que ambos procedimientos habrán imprimido en él».

En el segundo bloque, al que el autor califica como «referéndum sustitutivo» y que igualmente desglosa a efectos analíticos atendiendo al rango normativo del texto sometido a consulta popular, esto es, legislativo y constitucional, la deferencia del órgano judicial competente hacia el legislador democrático debería ser, en líneas generales, inferior.

V. El autor y su relación con el prologuista

Conocí a Daniel López Rubio cuando, en los estudios de la Licenciatura combinada en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Carlos III de Madrid, le di clase en una asignatura titulada «Justicia Constitucional». Corría el curso 2009/2010, según creo recordar.

Sus calificaciones entonces fueron excelentes, de modo que cuando un par de años más tarde vino a mi despacho manifestando su interés por seguir la carrera académica, me sentí halagado ante la posibilidad de dirigirle su eventual tesis doctoral, aunque el tema objeto de investigación estaba todavía por determinar.

Entre las diversas opciones que surgieron en una segunda entrevista unos días más tarde, no recuerdo si fui yo o fue el propio futuro doctorando el que sacó a colación la institución del referéndum como eventual tema de investigación para la elaboración de su tesis.

Habían pasado casi cuarenta años desde la defensa de mi tesis doctoral que, precisamente, se había ocupado de esa misma institución.

Nunca había querido que ninguna de las numerosas tesis doctorales que he dirigido en mi ya larga trayectoria académica versara sobre dicho tema. Simplemente por pudor. Eran otros tiempos y otros modos de reflexionar sobre los temas de Derecho Constitucional, entonces Derecho Político. Pero el atrevimiento e ilusión que el doctorando ponía en la labor investigadora, la solvencia que se intuía en Daniel a la hora de defender el tema objeto de investigación y el enfoque que quería dar a su trabajo, me animaron a aceptar ahora el reto de dirigir una nueva tesis doctoral sobre la institución referendaria.

Como era de esperar Daniel superó todas mis expectativas y elaboró una tesis doctoral centrando la reflexión en uno de los aspectos nucleares de la institución referendaria: Cómo encajar un instituto que toca las raíces y límites últimos de lo que parecería ser la mayor expresión del principio democrático en los actuales sistemas constitucionales, con esa otra institución igualmente clave de las democracias constitucionales de nuestros días, y que constituye la garantía de subordinación de todos los poderes públicos (incluido el poder investido de las máximas vestes del poder democrático) a los principios y normas consagrados por la Constitución. Me refiero obviamente a la Justicia Constitucional.

El lector tiene la palabra.

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo consiste en el estudio de las tensiones existentes entre la Justicia Constitucional y el principio democrático, materializado este último en las decisiones adoptadas directamente por los ciudadanos a través de referéndum. Aunque hoy la Justicia Constitucional es una institución de fuerte arraigo en buena parte de los sistemas jurídicos occidentales, resulta difícil negar la complejidad de compatibilizar la misma con los valores puramente democráticos. Esta «dificultad contra-mayoritaria», ampliamente tratada en la literatura¹, gana intensidad cuando las leyes controladas han sido dictadas por el pueblo de un modo directo. Como escribiera el profesor Cruz Villalón hace algunos años, «sabido es que si hay dos cosas que se encuentran particularmente reñidas, éstas son la democracia directa y la justicia constitucional»².

¹ La expresión «dificultad contra-mayoritaria» proviene de BICKEL, A.: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the bar of politics*, Yale University Press, New Haven, 1986. Otras obras de gran relevancia en la materia son: ELY, J. H.: *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980; WALDRON, J.: *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999, y «The Core of the Case Against Judicial Review», en *Yale Law Journal*, vol. 115, n.º 6, 2006, pp. 1346-1406; CAPPELLETTI, M.: «El “formidable problema” del control judicial y la contribución del análisis comparado», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 13, 1980, pp. 61-104; FERRERES COMELLA, V.: *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª Edición reimp., Madrid, 2012; GARGARELLA, R.: *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2012; BAYÓN, J. C.: «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en VV.AA.: *Constitución y derechos fundamentales*, Ministerio de la Presidencia: Secretaría General Técnica, Madrid, 2004, pp. 67-138; LINARES, S.: *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008; MORENO RODRÍGUEZ-ALCALÁ, D.: *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011; RUIZ RUIZ, R.: *Discrecionalidad judicial, justicia constitucional y objeción contramayoritaria*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

² CRUZ VILLALÓN, P.: «El control previo de constitucionalidad», en *Revista de Derecho Público*, n.º 82, 1981, p. 20.

Reconociendo de manera constante el subyacente conflicto existente en los presupuestos de la Justicia Constitucional, ahondaremos igualmente en su carácter imprescindible dentro de las actuales estructuras estatales. Las bondades que puede ofrecer la figura justificarían no sólo su necesidad, sino también la obligación de encontrar formas de incrementar su compatibilidad con la democracia, evitando así indeseables tensiones que no harían más que afectar a la credibilidad y a la imagen pública de la institución.

Las razones que me llevaron a iniciar una investigación sobre esta temática conectan de forma clara con algunos importantes hitos acaecidos en el sistema jurídico-político español en los últimos años. En efecto, el proceso seguido ante el Tribunal Constitucional por el cual se controló la constitucionalidad del Estatuto de Autonomía de Cataluña generó en mí esta reflexión de fondo acerca de cuál ha de ser la conducta del juez constitucional cuando se encarga de verificar la regularidad de textos aprobados por la ciudadanía en referéndum. Aquel proceso evidenció las tensiones que un control de esta naturaleza puede acarrear, y puso sobre la mesa la necesidad de buscar fórmulas institucionales en virtud de las cuales aquellas pudieran ser superadas. Mi trabajo, pues, pretende ofrecer una respuesta general a esta necesidad, y ello en aras del mejor encaje del control judicial de constitucionalidad en el sistema político democrático.

La primera parte del trabajo se encargará de precisar los elementos que conducen a la formulación de una objeción democrática a la Justicia Constitucional, intentando adaptar en todo momento su estudio a las concretas coordenadas de las normas aprobadas en referéndum. Seguidamente analizaremos bajo un enfoque crítico las principales teorías que han tratado de negar la existencia de esta objeción, así como aquellas que, aceptándola, han pretendido su superación apelando a los beneficios que la institución podría implicar. Sobre esta base, reflexionaremos sobre su potencial como herramienta al servicio de una mayor deliberación en el proceso público de adopción de decisiones.

Afirmada la conveniencia de preservar el mecanismo del control jurisdiccional de constitucionalidad, incluso cuando tenga por objeto normas aprobadas de manera directa por los ciudadanos, dedicaremos la segunda parte al estudio del modo concreto en que los sistemas de Justicia Constitucional de cinco relevantes países —Estados Unidos, Francia, Suiza, Italia y España— vienen ejerciendo el control de constitucionalidad de este tipo de leyes. Aunque toda selección es reflejo de cierta discrecionalidad, se ha pretendido recoger países con modelos de Justicia Constitucional y

sistemas de democracia directa relativamente diversos. De este modo, y en aras de la riqueza del trabajo, se asegura la existencia de cierta variedad de visiones y esquemas de solución de la cuestión.

Siguiendo esta pauta, el caso de Estados Unidos resultaba de ineludible análisis. No sólo porque nos permite comprobar cómo afronta esta problemática un sistema difuso de control de constitucionalidad, sino también por el elevado nivel de uso que se hace de la figura referendaria en este país. En efecto, dado que cualquier juez puede entrar a ejercer el citado control sobre las leyes, y dado que en muchos de los estados de la Unión éstas pueden ser aprobadas por el cuerpo electoral de manera directa, la relación aquí estudiada se ha convertido en un fenómeno cotidiano.

La presencia de Francia se explica igualmente por contundentes motivos. Durante más de un siglo, el modelo nacido de la Revolución implicó un respeto casi sagrado a los textos legales. Los jueces, desprovistos de toda capacidad de control sobre su regularidad constitucional, no podían sino limitarse a su mecánica aplicación. Si la instauración del control de constitucionalidad en el siglo xx fue compleja por lo que implicaba de renuncia a una secular veneración del producto normativo de los representantes de los ciudadanos, es fácil imaginar la dificultad que en un sistema de estas características ha debido enfrentar el examen de la acción directa del pueblo.

En tercer lugar, en un estudio centrado en la figura de las consultas populares a través de referéndum no podía estar ausente el país más volcado con las técnicas de democracia directa: Suiza. Como veremos, la importancia de estas técnicas en el ordenamiento helvético es tan elevada que la Justicia Constitucional ha modulado en cierta medida su capacidad de intervención para evitar fricciones con los designios directos de la ciudadanía.

En cuarto lugar, se ha incluido también el caso de Italia por la amplitud que en su ordenamiento se otorga al referéndum, así como por la extensa implicación de la Corte Constitucional a la hora de concretar las condiciones de su empleo en el ámbito político nacional. Finalmente, dado que es España el lugar donde opera el autor de este trabajo, y dada la presencia, como se ha dicho, de episodios de inequívoca tensión entre la Justicia Constitucional y el referéndum en su práctica constitucional, su inclusión era inexcusable.

La tercera y última parte del trabajo retornará al campo teórico para preguntarse por el modo más conveniente de ejecutar el control

de constitucionalidad sobre las leyes dictadas por los ciudadanos. Teniendo muy presentes las enseñanzas extraídas de la práctica jurídico-constitucional de cada uno de los cinco países, apostaremos por dos remedios fundamentales para rebajar la tensión intrínseca a un control de esta naturaleza. En primer lugar, allí donde la intervención judicial esté prevista como sucesiva a la acción popular, defenderemos la conveniencia de que el juez constitucional afronte el control con ciertas dosis de contención. Será imprescindible en este punto, para afinar al máximo la recomendación, distinguir en función del tipo de referéndum empleado para aprobar la normativa, así como del contenido y rango de la misma. En efecto, veremos que estos tres elementos pueden aconsejar un incremento o una rebaja en la intensidad de la contención judicial, pues su configuración concreta plantea retos diversos bajo la óptica de la objeción democrática que asumimos como punto de partida.

En segundo lugar, y reconociendo que las pautas de contención pueden no ser siempre suficientes para evitar las tensiones comentadas, se apostará por los beneficios de introducir un control preventivo de constitucionalidad sobre las normas destinadas a constituir el objeto de una consulta popular. No se descuidarán, en todo caso, los posibles inconvenientes que esta opción pueda implicar en determinados escenarios, y muy especialmente allí donde los ciudadanos pretendan emplear el referéndum como vía para introducir mensajes políticos en el sistema representativo institucional.

En definitiva, y desde una firme posición de defensa de la relevancia de la Justicia Constitucional en un Estado democrático, este trabajo pretende aportar propuestas sobre cómo encarar el control de aquellas leyes respaldadas por los ciudadanos en referéndum con el menor coste posible para la institución y evitando tensiones que no harían más que minar su posición y, por consiguiente, el respeto a sus fallos.

Para cualquier institución estatal contar con un alto grado de respaldo popular resulta imprescindible de cara a la efectividad de sus cometidos. La Justicia Constitucional, surgida para garantizar el respeto a la norma suprema, y de vital importancia para la defensa de la democracia en muchos países, difícilmente podría sobrevivir si fuera percibida por los ciudadanos como un obstáculo desmedido a la voluntad democrática. Por ello, y dado su intrínseco carácter contramayoritario, es indispensable configurar su actuación del modo más armónico posible con las estructuras e ideales democráticos.

PARTE I

ENTRE LA RAZÓN JURÍDICA Y LA VOLUNTAD
DEMOCRÁTICA: LA OBJECCIÓN DEMOCRÁTICA
A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

PREMISA: ACOTACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE JUSTICIA
CONSTITUCIONAL Y REFERÉNDUM

El objeto del presente trabajo consiste en el análisis de la relación entre la Justicia Constitucional y el referéndum, en concreto centrando la atención en el control de constitucionalidad de las normas legales aprobadas por los ciudadanos de manera directa.

Se impone, como punto de partida, la necesidad de definir de manera clara ambas instituciones en aras de una más precisa delimitación de los contornos de nuestra investigación.

Comencemos por la Justicia Constitucional. A los efectos de esta investigación, entenderemos por tal aquel diseño institucional previsto para la revisión de la constitucionalidad de los productos normativos creados por el legislador, y que encomienda esta función a los titulares ordinarios del poder judicial o bien a un órgano especial revestido igualmente de las notas de imparcialidad, independencia y sujeción estricta al Derecho. Como dice Cappelletti, la noción se emplea «para indicar que el poder del gobierno está limitado por normas constitucionales y que se han creado procedimientos e instituciones para hacer cumplir esta limitación»¹.

Ahora bien, es conocida la existencia de fórmulas muy diversas al respecto. Así, primeramente, podemos diferenciar los sistemas «blandos» de Justicia Constitucional de aquellos considerados «fuertes» o «robustos»². En los primeros, la declaración de incompatibilidad entre el texto legal y el constitucional no tiene relevancia práctica alguna³. En

¹ CAPPELLETTI, M.: «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “Justicia Constitucional”», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 17, 1986, p. 12.

² Tomo la nomenclatura de TUSHNET, M.: «Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties», en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 41, n.º 1, 2006, p. 4.

³ Como ejemplos pueden citarse el sistema británico y el neozelandés. En efecto, cuando en el Reino Unido un tribunal considera una ley contraria a los

cambio, en los segundos el pronunciamiento judicial posee una intensa virtualidad: la norma declarada inconstitucional no podrá emplearse en el caso concreto o bien será directamente expulsada del ordenamiento jurídico. Las reflexiones de este trabajo quedarán circunscritas a los modelos «fuertes» de revisión judicial.

Dentro de éstos, la diversidad es igualmente enorme. Calamandrei ordenó en dos grandes polos⁴, de carácter ideal, las variantes de Justicia Constitucional. Así, habló de sistema difuso (o judicial) y de sistema concentrado (o autónomo), en función de si el control se encomienda a todos los órganos de la autoridad judicial o solo a un órgano especial.

El profesor italiano describió el sistema difuso como: i) incidental, en el sentido de que opera a raíz de una controversia concreta; ii) especial, en la medida en que la declaración de incompatibilidad de la ley con la Constitución tan sólo impide su aplicación al caso en cuestión; y iii) declarativo, operando con eficacia *ex tunc*. En cambio, el sistema concentrado queda definido como: i) principal, pues el control se lleva a cabo al margen de un concreto litigio; ii) general, implicando la declaración de inconstitucionalidad la anulación *erga omnes* de la norma legal; y iii) constitutivo, es decir, de eficacia reservada al futuro o *ex nunc*.

De manera general, puede decirse que la *judicial review* americana responde al primer gran modelo, mientras que el sistema de Tribunales Constitucionales europeos, de inspiración kelseniana, quedaría encuadrado en el segundo. No obstante, haríamos mal si trazáramos una ra-

derechos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos puede emitir una «declaración de incompatibilidad» —siempre que la contradicción no sea solventable vía interpretativa. La sección cuarta de la Human Rights Act subraya que la declaración no afectará a la validez de la norma ni tampoco será vinculante para las partes del procedimiento. Por consiguiente, queda en manos de las autoridades representativas la reforma del texto legal para su adaptación a las exigencias del Convenio. En Nueva Zelanda los tribunales tampoco pueden eludir la aplicación de una ley aunque su contenido sea contrario a los derechos consagrados en la Bill of Rights Act. Aunque esta norma no contempla expresamente la posibilidad de emitir declaraciones de incompatibilidad al estilo británico, en la práctica los tribunales neozelandeses han empleado este mecanismo. Véase al respecto MASON, A.: «Human Rights: Interpretation, Declarations of Inconsistency and the Limits of Judicial Power», en *New Zealand Journal of Public and International Law*, vol. 9, n.º 1, 2011, pp. 10-14.

⁴ CALAMANDREI, P.: *Derecho Procesal Civil*, vol. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, pp. 32-33.

dical separación entre ambos. En efecto, como señala Ahumada, en los últimos tiempos es ya «casi un lugar común entre la doctrina europea referirse a la convergencia de los modelos»⁵.

Así, por un lado, el modelo europeo ha quebrado algunos de esos rasgos ideales, y muy especialmente el carácter principal. Ha sido la figura de la cuestión de inconstitucionalidad, presente en algunos países, la que ha introducido la posibilidad de que los jueces ordinarios, en el conocimiento de un caso concreto, puedan plantear al Tribunal Constitucional la duda acerca de si una norma legal aplicable al asunto resulta o no conforme al texto constitucional. Fernández Segado señala que esta institución «viene a imbricar a los órganos jurisdiccionales en el control de la constitucionalidad por cuanto a ellos corresponde llevar a cabo el primer análisis acerca de la constitucionalidad de la norma en cuestión»⁶. De esta manera, aunque los Tribunales Constitucionales mantienen un monopolio de rechazo de la norma legal, lo cierto es que los órganos judiciales ordinarios llevan a cabo un primer análisis sobre la constitucionalidad de la norma⁷.

Por su parte, el modelo americano experimenta fuertes tendencias centralistas. En primer lugar, el principio *stare decisis*, que obliga a todos los órganos judiciales a respetar los precedentes, convierte a las sentencias de la Corte Suprema en pronunciamientos cuya eficacia trasciende el caso concreto. En segundo lugar, la facultad de la Corte Suprema de elegir los casos a que se enfrenta, conocida como *writ of certiorari*, le ha llevado a centrar su atención exclusivamente en casos de especial relevancia, que por lo general tienen un contenido inequívocamente constitucional⁸. Finalmente, cuando un caso transita todo el circuito judicial pertinente y llega a conocimiento de la Corte, ya ha

⁵ AHUMADA RUIZ, M.: *La jurisdicción constitucional en Europa: bases teóricas y políticas*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 240.

⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La obsolescencia de la bipolaridad “Modelo americano-Modelo europeo kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa», en *Parlamento y Constitución. Anuario*, n.º 6, 2002, p. 36.

⁷ Como parte de estas tendencias descentralizadoras en el modelo europeo de Justicia Constitucional, FERRERES COMELLA, V.: *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 172, incluye la exigencia de los jueces ordinarios de buscar una interpretación de la ley que permita hacerla compatible con el texto constitucional.

⁸ Véase FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La obsolescencia...», *op. cit.*, p. 34.

perdido buena parte del carácter concreto que en su día lo caracterizó y la controversia queda definida en términos relativamente abstractos⁹.

En resumen, bien puede decirse que en la actualidad la clásica dicotomía «modelo europeo-modelo americano» ha sido superada. La realidad transita por los cauces propios de la mixtura de modelos. Aunque nuestra atención quedará centrada, en todo caso, en los sistemas robustos de control de constitucionalidad, al margen de la concreta estructura que pueda caracterizarlos, serán de cierta utilidad algunos de los rasgos ideales expuestos para la ulterior definición y gradación de la conocida como objeción democrática a la Justicia Constitucional.

En cuanto al otro elemento de la relación estudiada por este trabajo, el referéndum, se imponen algunos comentarios. En primer lugar, nos encontramos ante la más relevante institución de democracia semidirecta. Aunque en el grueso de las más avanzadas democracias modernas occidentales la figura ha quedado relegada a un uso excepcional respecto de las asentadas instituciones de la democracia representativa, el referéndum sigue siendo hoy una poderosa herramienta para conocer la voluntad de los electores.

Efectivamente, el conflicto entre los defensores de una visión pura de la democracia, con Rousseau a la cabeza, para los que la voluntad suprema debía ser la directamente expresada por el pueblo¹⁰, y aquellos que defendieron el sistema representativo como mecanismo idóneo para la garantía de ciertos derechos esenciales, es un clásico de la historia del pensamiento político. Como apunta Aguiar, el debate quedó superado a mediados del siglo XIX, toda vez que «la mera evolución de la realidad social hace de todo punto inviable ese modelo de democracia pura»¹¹. El modelo representativo será el hegemónicamente implantado,

⁹ Véase WALDRON, J.: «The Core of the Case...», *op. cit.*, p. 1380.

¹⁰ ROUSSEAU, J. J.: *Contrato social*, 11ª Edición, Espasa, Madrid, 2004, p. 125: «La soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y ésta no puede ser representada: es ella misma o es otra; no hay término medio. Los diputados del pueblo no son, pues, ni pueden ser, sus representantes; no son sino sus comisarios; no pueden acordar nada definitivamente. Toda ley no ratificada en persona por el pueblo es nula; no es una ley».

¹¹ AGUIAR DE LUQUE, L.: «Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español», en TRUJILLO, G., LÓPEZ GUERRA, L. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. (coords.): *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 68.

quedando la democracia directa como un residuo incapaz de articular una alternativa global.

Sin embargo, las incontables deficiencias que han sumido al sistema representativo en una profunda y sonada crisis¹², hacen razonable atender a las posibilidades que ofrecen las consultas populares como vía para complementar de manera efectiva ese sistema¹³. En este sentido, la experiencia de Suiza y de algunos estados de los Estados Unidos puede servir, como veremos, de interesante guía.

En este trabajo vamos a enfocar nuestra atención en el control de constitucionalidad operado sobre normas legales aprobadas por los ciudadanos a través de consulta popular. Por consiguiente, los controles sobre la regularidad formal de otros procesos de votación ciudadana tendentes a producir meras opiniones consultivas sobre alguna situación política relevante escapan de este análisis. Ello, en principio, también en el supuesto de que tales opiniones fueran finalmente plasmadas en un texto legal, pues los ciudadanos solo habrían podido emitir un genérico juicio sobre la cuestión debatida, correspondiendo su materialización concreta a los representantes parlamentarios en solitario. A distinta conclusión podría llegarse si el objeto de la votación consultiva fuera muy concreto y su posterior plasmación legal no precisara de especificación alguna. En tal caso el texto resultante sí quedaría incluido en las reflexiones aquí realizadas.

¹² DE VEGA, P.: «La crisis de la democracia representativa» en TEZANOS TORTAJADA, J. F. (ed.): *La democracia post-liberal*, Editorial Sistema, Madrid, 1996, p. 89, se refiere al relevante papel de los partidos políticos en el origen de esta crisis, poniendo el foco en «la sustitución en el Estado actual de los Parlamentos y los Gobiernos, como centros y lugares de decisión, por los Comités y las Ejecutivas de los partidos».

¹³ Sirvan de síntesis al respecto las palabras de Aguiar: «A la vista de las perspectivas que ofrecen las nuevas tecnologías (que han abierto posibilidades impensables hace pocos años), teniendo en cuenta la consolidación de los mecanismos constitucionales que cada día garantizan con mayor solvencia la regularidad de los procesos referendarios y constatando los excesos de rigidez que en ocasiones se producen en los procesos de decisión de unas democracias representativas colonizadas (por no decir secuestradas) por los partidos políticos, [se ha de] volver la mirada, a decir verdad cada vez con mayor fundamento y mayor intensidad, reivindicando las posibilidades que ofrece la institución referendaria como mecanismo al servicio de una mayor calidad del sistema democrático». Véase AGUIAR DE LUQUE, L.: «Referéndum y Estado Autonómico» en PAREJO ALONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.): *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 1833.

Aunque el título de nuestra investigación emplea la genérica voz «referéndum», trabajaremos con dos formas diferentes de consulta popular: la iniciativa y el referéndum en sentido estricto. En la primera los ciudadanos pueden aprobar directamente un texto sin necesidad de contar previamente con autorización o asistencia de las instituciones parlamentarias. A través de la recogida de un cierto número de firmas, la cuestión es planteada de modo directo a los electores del ámbito de que se trate¹⁴. En el referéndum, en cambio, la legislación aprobada por el Parlamento es enviada al electorado para su posterior ratificación.

Ninguno de estos mecanismos puede considerarse propio de la democracia directa. Ni siquiera en la iniciativa, donde los ciudadanos logran circunvalar en buena medida a las instituciones representativas, el pueblo actúa de un modo verdaderamente autónomo¹⁵. Como dice Luciani, «la mediación, en realidad, siempre está presente, [dado que] la opinión pública se forma y se articula sólo gracias a la acción de los partidos, de los grupos, o al menos (sobre todo cuando los grupos y partidos son débiles) de los medios de información»¹⁶. La intermediación existe en todo caso, y ello provoca que debamos hablar, como mucho, de instituciones de democracia semidirecta.

A lo largo de la primera parte de nuestro trabajo estudiaremos, desde un punto de vista teórico, la problemática que subyace al control de constitucionalidad de las normas legales aprobadas por el electorado a través de referendos o iniciativas. Partiendo de la dificultad de interpretación y concreción que caracteriza al texto constitucional, en primer lugar expondremos las notas definitorias de la objeción democrática a la Justicia Constitucional. Como es lógico, adaptaremos tales elementos —por lo general pensados para la revisión judicial de las leyes de origen parlamentario— a las características propias de los procesos decisorios de carácter referendario.

¹⁴ LUCIANI, M.: «El referéndum. Cuestiones teóricas y de la experiencia italiana», en *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 37, 2008, p. 6, explica que podemos distinguir dos tipos de iniciativas: i) las directas, en las que, una vez obtenidas las firmas necesarias la cuestión es sometida de manera inmediata al pronunciamiento del pueblo; y ii) las indirectas, en que el pronunciamiento ocurre sólo si las instituciones representativas no actúan conforme a la voluntad de los promotores.

¹⁵ En su famoso discurso del 7 de septiembre de 1789 ante la Asamblea nacional, Sieyès subrayaba que sólo el concurso inmediato de los ciudadanos caracteriza la «verdadera democracia». Véase SIEYÈS, E. J.: *Escritos y discursos de la Revolución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 118.

¹⁶ LUCIANI, M.: «El referéndum. Cuestiones...», *op. cit.*, p. 3.

En segundo lugar, expondremos los principales argumentos de aquellos que han defendido la inexistencia de una auténtica objeción democrática a la revisión judicial de constitucionalidad. Intentaremos rebatir estas posiciones, subrayando la necesidad de tener siempre presente la existencia de esta dificultad a la hora de modular el concreto funcionamiento de la Justicia Constitucional.

Finalmente, ofreceremos todas aquellas líneas teóricas que, partiendo de un entendimiento incontrovertido de la objeción democrática, intentan superarla. Habremos de quedarnos con aquel modelo que logre compatibilizar del modo más perfecto posible los dos grandes polos sobre los que, como veremos a continuación, se asienta el Estado Constitucional: la razón jurídica y la voluntad democrática.

LA ÚLTIMA PALABRA

A) El coto vedado

Vivir en un Estado Constitucional implica que todas las decisiones de los poderes públicos deben cumplida obediencia a los mandatos y obligaciones dispuestos por la Constitución. Ni siquiera el legislador, revestido de legitimidad democrática directa, puede escapar en su acción del cumplimiento del texto supremo. Conviene realizar una somera exposición sobre el advenimiento de este modelo de Estado, pues ello permitirá afrontar con mayor solvencia algunos de los retos teóricos que ofrece la relación entre la Justicia Constitucional y el principio democrático.

Es evidente que cada país ha experimentado una evolución propia marcada por sus particulares coyunturas históricas. Pese a ello, es posible reconocer algunos patrones comunes en el desarrollo del Estado Constitucional en occidente y, simplificando mucho, a ellos nos vamos a referir.

Un buen punto de partida puede ser el fin del Antiguo Régimen que vino propiciado por las revoluciones liberales. Frente a la arbitrariedad del Estado absolutista, se erigen instrumentos de garantía de ciertos derechos esenciales. Dado que fue la burguesía, harta de la inestabilidad jurídica de un modelo que truncaba sus aspiraciones económicas, la principal impulsora del cambio, los derechos reconocidos tenían una clara impronta económica. El Estado liberal emerge con el ánimo de emplear el Derecho para aportar seguridad jurídica allí donde reinaba la multiplicidad de ordenamientos y la desigualdad. Triunfan, además, las ideas defensoras de la necesidad del consentimiento de los gobernados para el legítimo funcionamiento de las instituciones de gobierno¹. El sistema representativo creado tiene, inicialmente, un marcado

¹ DÍAZ, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 6ª Reimp., Taurus, Madrid, 1988, p. 31, define cuatro características esenciales del Estado de Derecho surgido

carácter censitario, en la medida en que sólo podían ejercer el derecho al voto aquellos que contaran con unos mínimos niveles de riqueza² o instrucción. Se impone, igualmente, el concepto de soberanía nacional, en el que la nación no se asimila a un mero sumatorio de los distintos ciudadanos, sino que es entendida como concepto que ancla sus raíces en el pasado y las extiende hacia el futuro, y en el que tan sólo se integran aquellas personas con un interés (de signo económico) en el buen funcionamiento del país.

Los movimientos obreros, hijos de la Revolución industrial, terminarán por forzar la evolución del modelo. Se demanda, junto con la extensión de las garantías jurídicas al mundo socioeconómico, un acceso universal al derecho de voto. La ley pasa a ser el producto de un Parlamento cuya composición es elegida por todos los ciudadanos (con la postergación inicial de mujeres y minorías raciales). El principio de la soberanía popular tendrá, en todo caso, implicaciones diferentes a ambos lados del Atlántico.

En Francia, cuyo modelo será predominante en la Europa continental, la potencia de legitimidad que asume el texto legal hará que las constituciones creadas por la Revolución no sean vistas como auténtico freno normativo al legislador³. La explicación, en palabras de Prieto Sanchís, reside en una «mimética traslación de los atributos de la vieja

de las revoluciones liberales: a) imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general; b) división de poderes; c) legalidad de la Administración; y d) garantía de los derechos fundamentales de la persona.

² TORRES DEL MORAL, A.: «Democracia y representación en los orígenes del Estado constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 203, 1975, p. 162, reseñando la voz «representantes» de la Enciclopedia, recuerda que en este momento «la propiedad es la que hace al ciudadano; sus posesiones son su razón y título para hablar y elegir representantes».

³ Esta concepción del texto constitucional suponía, en palabras de Blanco Valdés, la consideración de la ley como «primordial fuente del derecho, la fuente del derecho superior a todas las demás, lo que convierte a la Constitución en simple ley en la medida en que ésta última será concebida a la postre como un mero documento político y no como una norma jurídica efectiva, dotada por ello de la capacidad que a éstas se atribuye: la de imponerse a las otras normas inferiores que le están subordinadas desde el punto de vista de la jerarquía normativa». Véase BLANCO VALDÉS, R.: «Francia, o la Constitución hecha ley», en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n.º 6, 2010, p. 99.

soberanía absoluta, legibus solutus, a la nueva noción de soberanía popular»⁴.

Los revolucionarios franceses no veían al legislador como un órgano al que temer. Confiados en su buen hacer, e identificando la tiranía únicamente con el monarca, no consideraron necesario limitar en modo alguno el poder de los representantes del pueblo. La constitución servirá para forjar un mínimo orden orgánico del Estado, pero no como red de salvaguarda de derechos frente al proceso legislativo. Como dice García de Enterría,

«El largo reflejo histórico de la lucha de los Parlamentos con los monarcas había sensibilizado el sistema hacia el dogma de la soberanía parlamentaria, que implicaba la superioridad absoluta de las Leyes y su correlativa inmunidad judicial, lo que aún se reforzaba por el temor hacia la formación conservadora de los jueces y a su carácter profesional y no electivo, a los cuales, por tanto, no resultaba fácil confiar un control de la voluntad popular expresada en la Ley por los representantes parlamentarios»⁵.

En los nacientes Estados Unidos la situación fue bien diferente. La Revolución se emprendió frente a los abusos perpetrados por un Parlamento: el inglés. Conscientes de la posibilidad de que una mayoría parlamentaria cometiera excesos, la Constitución de 1787 nace con auténtico valor normativo. Será el poder judicial el encargado de velar por el estricto sometimiento de la ley al texto supremo.

Solo a raíz de las dos guerras mundiales los europeos adquieren plena conciencia de la necesidad de limitar materialmente la actividad del legislador. Hubo de ser la experiencia real la que echara por tierra cualquier entendimiento de la ley como producto infalible⁶. Llegará así a Europa la versión estrictamente jurídica de la constitución, cuya garantía, siguiendo los postulados kelsenianos, será encomendada a un Tribunal Constitucional.

⁴ PRIETO SANCHÍS, L.: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 2ª Edición, Trotta, Madrid, 2009, p. 141.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª Edición, Cívitas, Madrid, 2006, p. 62.

⁶ CAPPELLETTI, M.: «¿Renegar de Montesquieu? ...», *op. cit.*, p. 15, subraya: «Los Estados Unidos ofrecieron sin duda un ejemplo influyente. Pero la lección más convincente vino de la experiencia vivida, la experiencia de la tiranía y la opresión por parte de un poder político no controlado por un sistema, a la vez que *asequible* a las víctimas del abuso gubernamental, *capaz* de contener dicho abuso».

Viendo la evolución de ambos sistemas, podemos convenir con Ahumada en que «el prejuicio hacia el legislador, la experiencia del abuso de la mayoría o, sencillamente, cierta concepción elitista de la democracia, han debido influir más que cualquier justificación abstracta en la decisión de adoptar mecanismos de control jurídico de los actos del legislador»⁷. La historia acreditó, de maneras diversas, la posibilidad de que la mayoría abusara de su posición. En el momento en que estos temores hacia el legislador se hacen reales, las estructuras constitucionales se configuran de manera que sea posible evitar tales excesos. Empleando las palabras de Rosanvallon, «se institucionaliza la sospecha»⁸.

Cuando la constitución deja de ser vista como un mero documento de organización política y adquiere auténtico valor normativo, nace el genuino Estado Constitucional. En él, apunta López Ulla, «el dogma de la soberanía de la ley deja paso al dogma de la soberanía de la constitución»⁹. Los poderes públicos, por más intensa que pueda ser la legitimidad democrática que reciban del sistema, han de respetar los derechos básicos de los ciudadanos. Se suele decir, de este modo, que determinadas cuestiones quedan excluidas del ámbito de decisión de tales poderes. Garzón Valdés se ha referido con maestría a esta realidad con la imagen del «coto vedado»¹⁰.

La Justicia Constitucional nacerá, así, como mecanismo de salvaguarda de aquellos derechos cuyo contenido, recogido en un documento de afirmada primacía, resulta indisponible para el legislador. García Pelayo subraya, en efecto, que «esta primacía, como la de cualquier otra normatividad, es jurídicamente imperfecta si carece de garantía jurisdiccional y, concretamente, si la constitucionalidad de las decisiones y actos de los

⁷ AHUMADA RUIZ, M.: *La jurisdicción constitucional en Europa...*, op. cit., p. 21.

⁸ ROSANVALLON, P.: *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Manantial, Buenos Aires, 2007, p. 25.

⁹ LÓPEZ ULLA, J. M.: *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 21.

¹⁰ En efecto, GARZÓN VALDÉS, E.: *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 649, señala que «los derechos incluidos en el coto vedado de los intereses universalizables o derechos humanos, no pueden ser objeto de recortes productos de negociaciones parlamentarias. Ellos constituyen el núcleo no negociable de una constitución democrático-liberal que propicie el Estado social de derecho». Por su parte, FERRAJOLI, L.: *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Gius. Laterza & Figli, Bari, 2001, p. 19, ha empleado la expresión «esfera de lo indecible» para referirse al límite que suponen los derechos fundamentales.

poderes públicos no son enjuiciables por órganos distintos de aquellos que son sus propios actores»¹¹.

B) Los rasgos del documento constitucional

«Nunca debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando». Con estas palabras remarcaba el juez John Marshall, en la sentencia *McCulloch v. Maryland*¹², la especialidad intrínseca que rodea al texto constitucional. Efectivamente, como dice Rubio Llorente, nos encontramos ante un tipo de norma que tiende a estar plagado de preceptos «esquemáticos, abstractos, indeterminados y elásticos»¹³.

Es cierto que toda norma jurídica adolece de cierta «textura abierta», por emplear la famosa expresión de Hart¹⁴. Así, junto con zonas claras, pueden existir ámbitos de oscuridad donde el significado de cualquier enunciado normativo diste de ser evidente. En este sentido, los fenómenos de la ambigüedad y la vaguedad no son exclusivos de las normas constitucionales, sino que se encuentran con la misma frecuencia en los demás tipos de normas¹⁵. El empleo del lenguaje natural trae consigo, de manera obligada, esta realidad¹⁶.

Ahora bien, Ferreres pone el foco en dos elementos cuya presencia habitual en el texto constitucional sí hace de éste un documento de

¹¹ GARCÍA PELAYO, M.: «El “status” del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 1, 1981, p. 18.

¹² 17 U.S. 316 (1819).

¹³ RUBIO LLORENTE, F.: *La forma del poder*, 3ª Edición, vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 91.

¹⁴ HART, H. L. A.: *The concept of Law*, 2ª Edición, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 128.

¹⁵ FERRERES COMELLA, V.: *Justicia Constitucional y democracia*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma...*, *op. cit.*, p. 246 hace hincapié en que todas las normas jurídicas poseen un cierto grado de indeterminación: «Toda ley es, pues, imprecisa en el sentido de que requiere ser interpretada. El recurso de casación está basado entero en este aserto. La teoría general de la interpretación de la norma, la doctrina de las fuentes subsidiarias o integrativas parten igualmente de esa obviedad de la insuficiencia del texto legal para abordar todos los problemas aplicativos que se presentan al juez. La Constitución, pues, no tiene en este extremo singularidad alguna frente a otras normas, salvo por la amplitud y la generalidad de sus cláusulas generales, de sus conceptos abiertos, cláusulas y conceptos también presentes, por lo demás, como sabemos, en las demás Leyes».

especial imprecisión: en primer lugar, encontramos «conceptos esencialmente controvertidos»¹⁷, es decir, marcados por un singularmente amplio abanico de posibilidades interpretativas. Así, la Constitución Española prohíbe los tratos *inhumanos* o *degradantes* (artículo 15); establece el derecho a un proceso judicial sin dilaciones *indebidas* (artículo 24); declara la posibilidad de expropiar una propiedad por causa de *utilidad pública* o *interés social* (artículo 33); o reconoce el derecho a una remuneración *suficiente* (artículo 35). Estos son sólo algunos ejemplos de disposiciones constitucionales cuyo contenido resulta intrínsecamente controvertido.

El autor habla, en segundo lugar, de las frecuentes colisiones entre disposiciones constitucionales. Ciertamente, las normas sobre derechos fundamentales están destinadas, por su propia naturaleza, a pugnar entre sí. De este modo, la libertad de expresión tenderá a colisionar con los derechos al honor, la intimidad o la propia imagen. El derecho de reunión lo hará con la libertad de circulación. El derecho a una remuneración suficiente con la libertad de empresa. Forma parte, sin más, de la lógica de su funcionamiento.

No podemos olvidar, además, que muchas normas constitucionales nacen como fórmulas de compromiso entre fuerzas políticas muy alejadas entre sí. Allí donde no es posible llegar a un acuerdo que cierre un debate, es frecuente el uso de disposiciones de especial abstracción que posterguen la toma de una decisión¹⁸. De nuevo, este fenómeno afecta en mayor medida al texto constitucional.

¹⁷ El autor extrae la expresión de GALLIE, W. B.: «Essentially Contested Concepts», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, 1955-1956, pp. 167-198. Una detallada explicación de este tipo de conceptos se encuentra en IGLESIAS VILA, M.: «Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 23, 2000, pp. 77-104, que destaca en ellos cuatro rasgos esenciales: a) son conceptos evaluativos, al expresar un valor o referirse a algo que valoramos de un modo positivo o negativo; b) hacen relación a estándares o bienes sociales de estructura compleja; c) son conceptos argumentativos, pues implican un debate sobre la mejor caracterización del bien social en cuestión; y d) su carácter controvertido contribuye a la propia utilidad del concepto, que pretende estimular un debate en torno a su determinación.

¹⁸ Según LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: «El examen de la constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 7, 1979, p. 219, «cuando la Constitución, cuya supremacía se quiere asegurar, es fruto del compromiso efectivo de las fuerzas sociopolíticas predominantes, el aspecto que ahora contemplamos del examen de constitucionalidad cobra una relevancia especial por cuanto abundan, en el texto fundamental, disposiciones de carácter general y conceptos jurídicos indeterminados que hay que concretar».

Finalmente, en la propia sentencia *McCulloch v. Maryland*, a la que antes hacíamos referencia, el *Chief Justice* recordó que la Constitución nace con la pretensión de «perdurar a lo largo del tiempo y, consecuentemente, de ser adaptada a las diferentes crisis de los asuntos humanos». Es evidente que solo a través de cierto grado de abstracción una norma constitucional puede resistir con éxito el transcurso de los años y adaptarse a los cambios que forzosamente se producen en la sociedad. En suma, siguiendo aquí a Dorado, «si queremos que la constitución sea estable —que no sea modificada por cada generación— y que además pueda mantenerse su legitimidad, ésta no puede tener la misma concreción que una ley ordinaria»¹⁹.

Para comprender de manera profunda las dificultades que puede entrañar el control de la constitucionalidad de las normas legales, resulta obligado tener en cuenta la característica indeterminación del texto supremo. En ocasiones se suele decir: «la Constitución no es un continente con lagunas, es un archipiélago de islas de Derecho positivo»²⁰. Aunque la forma de la metáfora puede ser algo exagerada, creo que el fondo es acertado. El margen de maniobra que conceden al intérprete muchas de las disposiciones constitucionales es —si bien no absoluto— tendencialmente mayor del ofrecido por el resto de normas jurídicas²¹.

C) El contexto: una sociedad plural

Afirmada la anterior descripción del documento constitucional, es imprescindible hacer mención a los rasgos de la sociedad en la que opera. Pues bien, como dijera Rawls, nuestras sociedades están atravesadas

¹⁹ DORADO PORRAS, J.: *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos: una polémica sobre la interpretación constitucional*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 67.

²⁰ NIETO, A.: «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», en *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, 1983, p. 374.

²¹ Implícito al razonamiento está, por un lado, el hecho de que no todas las disposiciones constitucionales presentan el mismo nivel de indeterminación. Como afirma MORESO, J. J.: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 190 y 200, las constituciones a veces son indeterminadas y a veces no. Por otro lado, se asume también que el margen para el intérprete tiene, pese a su amplitud, límites. Ni el lenguaje ni las reglas o convenciones interpretativas admitirían cualquier asignación de significado.

por el «hecho del pluralismo»²². Las diferentes personas que vivimos en ellas poseemos concepciones diversas acerca de qué es el bien, es decir, acerca de aquellos valores éticos que permiten fundar la buena vida.

Waldron (a quien sigo en este punto) ha aplicado la idea de los desacuerdos al ámbito de los derechos y de la justicia. En efecto, dirá con mucha razón, los ciudadanos tenemos opiniones dispares sobre qué cursos de acción colectiva son más justos; sobre cómo determinar la propia justicia de tales cursos; sobre cómo interpretar los acuerdos por los que aprobamos los mismos... De ahí que considere que «los desacuerdos sobre la justicia verdaderamente genuinos siguen siendo la condición más patente de nuestra propia política»²³.

El autor neozelandés, cuya teoría sobre el control judicial de constitucionalidad tendremos tiempo de explicar más adelante, recuerda que todos los pasos dados hacia una mayor seguridad, bienestar y justicia en las grandes democracias occidentales se han dado en un contexto de desacuerdo²⁴. Partiendo de la noción rawlsiana de las «cargas del juicio»²⁵, considera que estas diferentes concepciones del mundo nacen de la diversidad de nuestras propias perspectivas. Es decir, sería irrealista pensar que todas nuestras diferencias están arraigadas en la ignorancia o el egoísmo. Es la dificultad de las cuestiones públicas y tal diversidad

²² RAWLS, J.: *Political liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, p. 36, subraya: «La diversidad de doctrinas comprensivas razonables en materia religiosa, filosófica y moral, que podemos encontrar en las sociedades democráticas modernas no es una mera condición histórica que pueda desaparecer pronto; es una característica permanente de la cultura pública de la democracia. Bajo las condiciones sociales y políticas aseguradas por los derechos fundamentales y las libertades de las instituciones libres una diversidad de doctrinas comprensivas contradictorias e irreconciliables —y, lo que es más, razonables— tendrá lugar y persistirá, si es que esa diversidad no impera ya».

²³ WALDRON, J.: *Law and Disagreement*, *op. cit.*, p. 163.

²⁴ *Ibid.*, p. 106.

²⁵ RAWLS, J.: *Political liberalism*, *op. cit.*, pp. 54-55, identifica entre tales «cargas del juicio»: a) el hecho de que la evidencia empírica y científica que influye en cada caso puede ser contradictoria y compleja; b) el desacuerdo relativo al peso que debemos otorgar a aquellas consideraciones sobre cuya relevancia sí hemos logrado un acuerdo pleno; c) la indeterminación de nuestros conceptos, que implica que su interpretación se realizará en un rango dentro del cual personas razonables pueden diferir; d) nuestras diversas experiencias vitales, en virtud de las cuales evaluamos y ponderamos valores políticos y morales de manera diversa; y e) la frecuente existencia de diversos tipos de consideraciones normativas de diferente fuerza a ambos lados de un mismo asunto.