

# Thayerismo y democracia directa

Daniel  
López Rubio

Doctor por la Universidad Carlos III

**SUMARIO:**

- I. Introducción
- II. Jurisdicción constitucional y dificultad contramayoritaria
- III. Jurisdicción constitucional y deferencia judicial
- IV. Conclusiones

**NOTA BIBLIOGRÁFICA:**

Daniel López Rubio es licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Carlos III de Madrid, obtuvo un Máster de Investigación en Derecho Público y se doctoró (*Cum Laude, Mención Internacional, Premio Extraordinario de Doctorado y Premio Nicolás Pérez Serrano*) en 2018 en la misma Universidad. Actualmente es profesor Ayudante Doctor en Derecho Constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid y miembro del Instituto de Derecho Público Comparado “Manuel García Pelayo”. Ha realizado estancias de investigación en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y en la Universidad de Pisa. Sus líneas de investigación principales versan sobre la jurisdicción constitucional, la democracia y los derechos de grupos desfavorecidos.

**I. INTRODUCCIÓN**

El 30 de septiembre del año 2005 el Parlament de Catalunya aprobaba el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía de Catalunya. Tal y como prevé el artículo 122.1 letra b) del propio Estatuto, el proyecto pasó a continuación a tramitarse en las Cortes Generales. El 30 de marzo de 2006 el pleno del Congreso de los Diputados aprobaba la ley orgánica de reforma, haciéndolo el Senado sin modificaciones el 10 de mayo. El artículo 152.2 de la Constitución española exige que los Estatutos aprobados por la vía del artículo 151 solo puedan ser modificados con referéndum entre los electores inscritos en el censo. Así pues, fue convocada consulta popular para el domingo 18 de junio de 2006, en la que el pueblo catalán ratificó la reforma con un 73,90% de sufragios afirmativos, con una abstención del 50,59%. La Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Catalunya quedaría publicada en el Boletín Oficial del Estado el 20 de julio de ese mismo año, entrando en vigor el 9 de agosto.

El 31 de julio noventa y nueve diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados presentaban ante el Tribunal Constitucional recurso de inconstitucionalidad contra la ley orgánica. Por providencia de 27 de septiembre de 2006, la sección cuarta del Tribunal admitía a trámite el recurso. Tras una larga y compleja deliberación, el Tribunal emitía su sentencia el 28 de junio de 2010, declarando en su fallo la inconstitucionalidad, y por tanto nulidad, de múltiples preceptos del Estatuto, así como la necesidad de interpretación conforme de otros muchos.

Políticamente la sentencia fue mal acogida por los principales líderes políticos de la Comunidad Autónoma. Fueron vertidas intensas críticas contra el Tribunal Constitucional, cuyo prestigio y legitimidad en aquel territorio sufrieron una merma no pequeña.

Lo anterior fue tan evidente que las principales fuerzas políticas a nivel nacional decidieron que lo ocurrido debería evitarse en el futuro. Es decir, debía evitarse que las reformas estatutarias fueran objeto de control por el Tribunal Constitucional después de la intervención del cuerpo electoral autonómico a través de referéndum. Conscientes de que la fuerte carga política que una operación de tal tipo supone, las Cortes Generales aprobaron la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para el establecimiento del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación.

En el preámbulo de la norma se comienza subrayando algo de vital importancia: los Estatutos de Autonomía están, por imperativo constitucional, sometidos a la disciplina y respeto de la norma suprema del Estado. Por ello, y dado su carácter de norma con rango de ley, el monopolio del Tribunal Constitucional sobre su control resulta incuestionable. Sin embargo, continúa la exposición de motivos:

“se hace necesario garantizar el, no siempre fácil, equilibrio entre la especial legitimidad que tienen los Estatutos de Autonomía como norma institucional básica de las Comunidades Autónomas, en cuya aprobación intervienen tanto las Comunidades Autónomas como el Estado y, en ocasiones, el cuerpo electoral mediante referéndum, y el respeto de dicho texto al marco constitucional, construido alrededor de la Constitución como norma fundamental del Estado y de nuestro ordenamiento jurídico.”

Es decir, siendo incuestionable que los Estatutos deben estar sometidos a la Constitución y, por ello, al control de la jurisdicción constitucional ejercido por el Tribunal, deben buscarse fórmulas que permitan aplicar tal control sorteando las evidentes dificultades prácticas que una norma de tal calado político lleva consigo.

La solución adoptada por el legislador español fue la de reintroducir un instituto que había estado en vigor en nuestro ordenamiento hasta el año 1985, es decir, el control previo de inconstitucionalidad. Ahora bien, en esta ocasión, a diferencia del periodo 1979-1985, el recurso previo quedaba limitado a los proyectos de reforma de los Estatutos de Autonomía, quedando fuera el resto de leyes orgánicas. Parece evidente que la compleja situación vivida tras la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto catalán llevó al convencimiento de los principales partidos políticos nacionales de que semejante tensión debía ser evitada en el futuro.

Así, según el artículo 79 de la reformada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, “son susceptibles de recurso de inconstitucionalidad, con carácter previo, los Proyectos de Estatutos de Autonomía y las propuestas de reforma de los mismos”. En su apartado quinto se subraya: “cuando la aprobación del Proyecto de Estatuto o de la Propuesta de reforma haya de ser sometida a referéndum en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, el mismo no podrá convocarse hasta que haya resuelto el Tribunal Constitucional y, en su caso, se hayan suprimido o modificado por las Cortes Generales los preceptos declarados inconstitucionales”. Así pues, el cuerpo electoral no intervendrá hasta que la jurisdicción constitucional haya manifestado la conformidad o no del texto aprobado por los parlamentos -autonómico y estatal.

Cuando en 2014 empecé mi investigación doctoral bajo la dirección del profesor Luis Aguiar de Luque, las Cortes Generales no habían realizado todavía esta reforma. Sin embargo, ya resultaba evidente entonces que debían articularse soluciones para evitar al Tribunal Constitucional episodios de semejante tensión política como la vivida en el periodo 2006-2010.

¿Cómo debe comportarse la jurisdicción constitucional cuando el objeto de su control no es, como habitualmente ocurre, una norma aprobada por el Parlamento sino por el cuerpo electoral en referéndum? La respuesta no parecía en absoluto sencilla, pues los dos institutos, justicia constitucional y democracia directa, resultan a título de principio de compleja relación. En palabras de Pedro Cruz Villalón, “sabido es que si hay dos cosas que se encuentran particularmente reñidas, éstas son la democracia directa y la justicia constitucional”<sup>1</sup>.

Fue, pues, este episodio de la vida de la democracia constitucional española la que despertó en mí el interés por trabajar la cuestión. Nótese que la reflexión doctoral no pretendía en absoluto buscar una solución particular para este tipo de situaciones en el ordenamiento español, sino que era un intento de dibujar un esquema de solución global para los diferentes supuestos en que la jurisdicción constitucional deba controlar una norma aprobada por los ciudadanos a través de referéndum. De lo particular a lo global o, si se quiere, de lo local a lo universal.

Pronto se hizo evidente la metodología que en todo caso debía seguir la investigación. La jurisdicción constitucional afronta desde hace tiempo un debate de interés: es el relativo a la llamada dificultad contramayoritaria. Es decir, el hecho de que estamos en presencia de un órgano, en principio sin legitimidad democrática directa, que controla el producto de la actividad del órgano directamente representante del pueblo, el Parlamento. Resultaba incuestionable, pues, comenzar la investigación reflexionando sobre la adaptación de esa dificultad al supuesto en que la jurisdicción constitucional controla, no ya

---

1. CRUZ VILLALÓN, P.: “El control previo de constitucionalidad”, Revista de Derecho Público, nº 82, 1981, p. 20.

una norma aprobada por el Parlamento, sino por el propio cuerpo electoral. Se procedió, pues, como relataré con cierto detalle en el apartado II de este trabajo, a adaptar las reflexiones existentes sobre la dificultad contramayoritaria al concreto supuesto de la investigación.

En segundo lugar, parecía también imprescindible atender a cómo han procedido otros ordenamientos en una cuestión tan compleja. Se decidió, en efecto, analizar cinco ordenamientos al respecto: Estados Unidos, Francia, Suiza, Italia y España. La experiencia de todos ellos podría nutrir con mayor intensidad las reflexiones finales (de las que daré cuenta en el apartado III) sobre cómo debe ser afrontada la tarea del control de constitucionalidad de las leyes aprobadas por los ciudadanos en referéndum. Central en tal reflexión fue el concepto de contención o deferencia judicial, ya existente para la relación entre justicia constitucional y leyes parlamentarias, pero muy útil también para encarar la particular relación objeto de estudio.

En definitiva, y siempre partiendo de una contundente defensa de la relevancia de la jurisdicción constitucional en un Estado democrático, la investigación doctoral buscaba generar propuestas sobre la mejor configuración del control de las normas legales aprobadas por la ciudadanía a través de referéndum con el menor coste posible para la institución y tratando de esquivar tensiones que pudieran afectar a su posición.

Cualquiera de los órganos constitucionales precisa de un cierto grado de respeto y apoyo ciudadano para garantizar la efectividad de su labor. La jurisdicción constitucional, encargada de velar por el cumplimiento de la ley fundamental, y con una notable hoja de servicios en defensa de la democracia en muchos países, difícilmente podría sobrevivir en la arquitectura institucional de un Estado si fuera percibida por el cuerpo electoral como un dique excesivo a la voluntad democrática. Así pues, y partiendo de su intrínseco carácter contramayoritario, el objetivo es el de velar porque su funcionamiento sea lo más respetuoso y armónico posible con los valores democráticos. Es aquí donde encaja la propuesta thayerista. Esta debe su nombre al profesor americano James Bradley Thayer, que defendió ya en 1893 la necesidad de que el control de constitucionalidad sobre las leyes fuera realizado partiendo de una posición de respeto hacia la postura del legislador.

## II. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA

La expresión “dificultad contramayoritaria” proviene del famoso texto de Alexander Bickel, “The Least Dangerous Branch”<sup>2</sup>. Con ella, como se ha dicho, se alude a la evidente dificultad de que un órgano carente de legitimidad democrática

---

2. BICKEL, A.: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the bar of politics*, Yale University Press, New Haven, 1986.

directa tenga la capacidad de censurar lo decidido por la institución parlamentaria, directamente representante de los intereses y deseos ciudadanos.

Múltiples han sido los autores que se han referido a esta problemática. Así, Schmitt subrayaba que:

“Ningún formalismo judicial podría encubrir el hecho de que semejante Tribunal de Justicia Política o Constitucional viniera a ser una instancia política suprema con atribuciones para formular preceptos constitucionales. Esto significará algo apenas imaginable desde el punto de vista democrático: trasladar tales funciones a la aristocracia de la toga”<sup>3</sup>.

Ely afirmaba que:

“Cuando un tribunal invalida un acto de alguna de las ramas políticas de poder con base en la Constitución, está desautorizando su dictamen y, por lo general, en forma no sujeta a corrección por parte del proceso legislativo ordinario. De ahí la principal función, que constituye al mismo tiempo el problema central del control judicial de constitucionalidad: un cuerpo que no es electo, ni es políticamente responsable en ningún modo significativo, les está diciendo a los representantes elegidos por el pueblo que no pueden gobernar como les gustaría”<sup>4</sup>.

Entre nosotros, Rubio Llorente indicaba que:

“El ‘destronamiento’ de la ley que esta solución comporta da lugar, sin embargo, a una nueva manifestación de la tensa relación entre constitucionalismo y democracia. En esta forma nueva, el problema a resolver es el que plantea la atribución a un órgano que carece de legitimidad democrática directa de un poder que, en alguna medida, lo coloca por encima de los que efectivamente gozan de ella”<sup>5</sup>.

Tanto a nivel español como mundial, uno de los autores que con mayor detenimiento ha estudiado esta dificultad ha sido Ferreres Comella. En su magnífico “Justicia Constitucional y democracia” (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, 3ª Edición) desgrana lo que él califica como “objeción

---

3. SCHMITT, C.: “El defensor de la Constitución”, en La polémica Schmitt-Kelsen sobre la justicia constitucional, Tecnos, Madrid, 2009, p. 280.

4. ELY, J. H: Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review, Harvard University Press, Cambridge, 1980, pp. 4-5.

5. RUBIO LLORENTE, F: La forma del poder, 3ª Edición, vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 135.

democrática” de la jurisdicción constitucional. En concreto el autor considera que son tres las circunstancias sobre las que se apoya tal objeción: la menor legitimidad democrática del juez constitucional; la rigidez constitucional, que torna complejo responder a un fallo de declaración de inconstitucionalidad; y el elevado nivel de dificultad interpretativa que suele caracterizar a muchos preceptos constitucionales.

Analizados con cierto detalle estos elementos -y adaptados al concreto contexto de que la ley sea producto no del Parlamento sino directamente de los ciudadanos en referéndum-, la investigación se centraba en las posibles respuestas que podrían emitirse a tal objeción. Dos grandes grupos pueden trazarse al respecto: en primer lugar nos encontramos con aquellas posiciones que, pese a lo dicho, niegan de plano la existencia de una objeción democrática en el instituto de la jurisdicción constitucional; por otro lado, están aquellos que, aún reconociendo la existencia de tal objeción, consideran que es posible superarla aportando otras ventajas de la institución.

Como es lógico, no es este el lugar para volver a reflejar en detalle todas las teorías al respecto de cada uno de los dos bloques, sino para simplemente apuntar su existencia y elementos característicos básicos.

En relación con las teorías que pretenden negar la propia existencia de una dificultad contramayoritaria en la justicia constitucional, la investigación doctoral no las consideraba convincentes. Así, en primer lugar, se descartaban aquellas posturas que tratan de legitimar democráticamente el instituto por el simple hecho de su previsión por el poder constituyente en la ley fundamental. Nos resulta palmario que un procedimiento democrático como el seguido para aprobar un texto constitucional puede dar lugar a instituciones, órganos o procedimientos cuya estructura no esté en línea con los propios valores democráticos.

En segundo lugar, se mostraba la inconsistencia de aquellas teorías que defienden el carácter aporoblemático de la justicia constitucional por el hecho de que cuando ésta declara una ley inconstitucional lo que está defendiendo en realidad es una más fundamental voluntad democrática: la reflejada por el poder constituyente. La respuesta a esta posición conecta con algo que ya se ha dicho: muchas de las disposiciones constitucionales distan de tener un significado unívoco que merezca una simple aplicación mecánica por los jueces. En tal contexto, la primacía de la interpretación de un órgano judicial sobre la ofrecida por el órgano parlamentario es intrínsecamente compleja en términos democráticos.

En tercer lugar, se analizaban con cierto detalle aquellas teorías que defienden la ausencia de objeción democrática alguna en la institución por su contribución a la defensa de los derechos fundamentales. Primeramente, se dejaron de lado todas aquellas contribuciones que partían de la ínsita superioridad de los jueces a la hora de defender los derechos, al no soportar el contraste con la

realidad ni ser respetuoso con la confianza en las capacidades de los ciudadanos que subyace al reconocimiento de sus propios derechos. Sobre esta base, se emplearon las herramientas del análisis epistemológico para desentrañar cuál de los dos procedimientos en liza -el judicial o el mayoritario a través de referéndum- genera más probabilidades de alcanzar un resultado correcto -siempre sin prejuizar qué ha de entenderse por tal.

En este sentido se partió de los presupuestos básicos de la democracia deliberativa, esto es, la necesidad de considerar dos grandes elementos: la deliberación en el proceso de decisión y la participación de los afectados en el mismo. La superioridad del proceso referendario en el segundo elemento es palmaria: pueden participar en él todos los ciudadanos. Más dudas genera el análisis en el primer elemento. Parece claro que el órgano de jurisdicción constitucional, que se especializa en asuntos de justicia política, posee ventajas relevantes a la hora de escuchar posiciones que seguramente serán ignoradas en el proceso decisorio mayoritario. También es más sencillo aplicar la asunción de responsabilidades por la decisión adoptada en el procedimiento judicial que en el mayoritario a través de referéndum. Igualmente, la exposición de los motivos y razones de la decisión queda mejor consagrada en el procedimiento judicial que en el mayoritario. Sin embargo, hay otros factores que permiten cuestionar la capacidad de la jurisdicción constitucional para afrontar las controversias sobre derechos de un modo suficientemente abierto. Nos estaríamos refiriendo al conjunto de normas y reglas que, pese a su finalidad de garantizar la mayor imparcialidad en el órgano juzgador, pueden implicar limitaciones de calado a la hora de implementar una deliberación amplia en cuestiones de moralidad política. Los tribunales tienden a estar centrados en cuestiones técnicas de jurisdicción, precedentes y lenguaje de la declaración de derechos, restricciones éstas ausentes en el procedimiento referendario.

Así pues, tendríamos al procedimiento referendario como “vencedor” en el primer eje de análisis, el participativo, y al judicial como “vencedor”, con algunos matices no menores, en el campo deliberativo. El problema esencial es que no existe una manera clara o tasada de equilibrar los resultados emergidos en cada una de las variables. ¿Debe pesar más el eje participativo o el deliberativo? No hay manera de saberlo. Pero sí podemos afirmar con contundencia que la victoria global del procedimiento judicial en la cuestión epistemológica, en caso de existir, no tendrá una fuerza tan grande como para poder negar la clara victoria del procedimiento referendario en una óptica de análisis centrada en la estricta legitimidad intrínseca del procedimiento.

En último lugar, tampoco nos resultaron convincentes aquellas posturas que dibujaban a la justicia constitucional como aliada de la coalición política dominante. Estas posturas no ofrecen más que una visión de tendencia, dejando fuera el relevante análisis de aquellos supuestos en que la institución, de hecho, no se comporta como tal sino contra los postulados de la mayoría social y política. Además, si se acepta la visión de que la jurisdicción constitucional no



es más que un ratificador de las posiciones de la coalición dominante en cada momento no se entiende dónde queda la finalidad protectora de las minorías tradicionalmente atribuida al instituto.

En consecuencia, la investigación rechazó de plano aquellas posiciones que niegan la propia existencia de una objeción democrática en la justicia constitucional. Así, a continuación, se analizaron aquellas otras posturas que, reconociendo su existencia, confían en otros argumentos de peso como suficientes para superar la misma y fundar el mantenimiento de la institución en los ordenamientos modernos.

En primer lugar, no han faltado las voces que han abogado por elevar el nivel de concreción de las disposiciones constitucionales. Como antes apuntábamos, uno de los elementos que definen la existencia de la objeción democrática a la justicia constitucional es el hecho de que muchos preceptos de la constitución carecen de un significado clara y unívoco, precisando de una interpretación que en ocasiones no ofrece terrenos sólidos de partida. Así, dicen estas teorías, sería oportuno dotar a la Constitución de una mayor concreción para que la labor judicial de aplicación fuera prácticamente mecánica y, así, libre de toda crítica sobre su legitimidad. No nos pareció que este planteamiento fuera especialmente aconsejable, pues ello implicaría suprimir la capacidad del texto supremo de acoger dentro de sí una vasta variedad de cosmovisiones sobre la vida en sociedad, vital para que los diferentes sectores sociales y políticos puedan verse reflejados en él. Igualmente, una Constitución excesivamente detallada y precisa perdería capacidad de adaptación antes las nuevas circunstancias que la evolución social y política hace emerger.

Tampoco fueron acogidas en la investigación aquí reseñada las tesis originalistas. Según éstas, debería estarse exclusivamente a la voluntad de los sujetos creadores de los textos constitucionales y al significado que éstos quisieron imprimir a sus disposiciones. Ocurre que resulta extremadamente difícil extraer tal información de los procesos constituyentes, pues parece complejo decidir qué concretas intenciones son las que deben contar y cuáles no. Por poner un ejemplo, en una asamblea constituyente conformada por decenas de individuos parece fácil que cada cual tuviera en mente una interpretación o un significado diferente para cada cláusula constitucional, resultando imposible determinar cuál de tales voluntades ha de ser la clave para la interpretación actual del texto. Por si fuera poco, a estos reparos debemos sumar el mismo que se ha formulado a las teorías sobre la concreción constitucional: si solo puede contar la intención que originariamente se buscó dar al texto constitucional, éste quedaría petrificado y resultaría imposible su adaptación a las cambiantes circunstancias.

Se dedicó también espacio a la famosa teoría de John Hart Ely. Según el autor americano, la intervención judicial solo sería posible desde la óptica de control estrictamente procedimental, sin poder sumergirse en cuestiones sustantivas.

En otras palabras, la justicia constitucional debería limitar su labor a la de mero árbitro vigilante de la regularidad del proceso democrático, garantizando que ningún participante disfrute de ventajas injustas o lesione las oportunidades de minorías discretas e insulares. La principal objeción que puede señalarse a esta posición es que no tiene en cuenta cómo se configuran realmente los textos constitucionales modernos. En ellos predominan las cláusulas de cierta apertura para cuya aplicación resulta imprescindible transitar por terrenos sustantivos. Además, no debe perderse de vista que tampoco las limitaciones procedimentales situadas en las constituciones resultan de interpretación unívoca y precisa, sino que también de ellas pueden extraerse diferentes significados en función de la óptica sustantiva que el operador emplee.

Críticas similares pueden formularse a la teoría deliberativa de Carlos Nino. En su opinión la jurisdicción constitucional debe encargarse de garantizar los llamados *derechos a priori*, que son los que garantizan la existencia de un proceso deliberativo saludable en la adopción de decisiones. Sin embargo, la difícil determinación de cuáles son tales derechos hace la teoría de compleja aplicación.

El rechazo de las posiciones anteriores nos situaba en unas coordenadas similares a las del profesor Jeremy Waldron. Partiendo de la diversidad de posturas razonables en cuestiones de justicia que es propia de los estados pluralistas, negando la clásica imagen que suele plantearse de las mayorías como “evidentemente” egoístas, y subrayando la clara superioridad del procedimiento legislativo mayoritario a la hora de respetar la igualdad política de todos los ciudadanos, se podría concluir que es a éstos y no a los jueces a quienes debería entregarse la última palabra en las sociedades democráticas. No fue esta, sin embargo, nuestra conclusión. Alineándonos con la teoría sostenida por el profesor Ferreres Comella, nos parece que persiste un buen argumento para seguir defendiendo, pese a todo lo anterior, la existencia de una justicia constitucional que controle lo decidido por el Parlamento (en nuestro caso, por los ciudadanos en referéndum), conservando así la última palabra. En opinión de Ferreres, la pervivencia de la institución puede contribuir a la existencia de una mayor y mejor cultura pública deliberativa. La presencia de este control de constitucionalidad incentivaría a los sujetos decisores a tener presentes siempre los valores y principios constitucionales, incluyéndolos en su proceso deliberativo previo a la adopción de decisiones. Así, los sujetos que promuevan una determinada votación popular deberán velar porque en la eventual normativa resultante de la misma se considere el marco constitucional, sabedores de que la motivación que aduzcan al respecto será tenida en cuenta por el órgano judicial de control.

El elemento más crucial de nuestra investigación tiene que ver con la convicción de que este incentivo positivo fruto de la existencia del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes aprobadas por los ciudadanos en referéndum existirá únicamente allá donde el control se ejerza con niveles de intensidad

moderados. En efecto, si la justicia constitucional operara con un nivel exceso de rigor, podría generarse el incentivo contrario: el órgano decisor podría sentir que su postura cuenta relativamente poco, y por tanto no asumir el debido cuidado en su cometido. Del mismo modo, si el escrutinio adquiriera niveles mínimos de intensidad, se estaría trasladando el mensaje de que salvo en supuestos de inconstitucionalidad muy evidentes la norma sobrevivirá al proceso de control, con la consiguiente rebaja del incentivo pretendido. En todo caso, en un supuesto de control, por así decir, de mínimos, el problema no sería de gran importancia, pues la propia objeción democrática que motiva toda la reflexión vería su intensidad fuertemente reducida, adquiriendo menos trascendencia la ubicación de un fin legitimador del control.

### III. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y DEFERENCIA JUDICIAL

Las teorías sobre la deferencia judicial no son novedosas. Ya en 1893 James Bradley Thayer defendía en un famoso ensayo<sup>6</sup> la necesidad de que los jueces realizaran su labor de control sobre las leyes partiendo de un especial respeto hacia la toma de posición manifestada por el legislador. En efecto, Thayer remarcaba la habitual existencia en la Constitución de cláusulas de lenguaje muy amplio, lo que permite dotarlas de significados dispares. De este modo, el juez no debería censurar la interpretación del legislador más que en aquellos casos en que incurriera en una vulneración constitucional “tan obvia a la comprensión de cualquiera como una verdad axiomática, como el hecho de que las partes son iguales al todo”<sup>7</sup>. Dicho de otro modo, allí donde fuera dudoso si el Parlamento ha traspasado o no los límites constitucionales, “el conflicto debe ser evitado, porque existe la posibilidad en un caso así de que la Constitución esté del lado de la legislatura”<sup>8</sup>.

La propuesta thayeriana ha sido ampliamente acogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En su doctrina es habitual la consideración de que las leyes merecen un tratamiento deferente con carácter general, pudiendo este invertirse hacia un escrutinio riguroso en supuestos como la lesión de minorías discretas e insulares; la lesión evidente de cláusulas constitucionales; o la restricción de los canales de participación política<sup>9</sup>.

En todo caso, no podemos decir que las teorías sobre la contención judicial sean exclusivamente estadounidenses. En efecto, han encontrado amplia acogida,

---

6. THAYER, J. B.: “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, vol. 7, nº 3, 1893.

7. *Ibid.*, p. 141.

8. *Id.*

9. Véase al respecto la sentencia *United States v. Carolene Products Company*.

por dar solo algunos ejemplos, en el Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>10</sup>, en la Corte Constitucional italiana<sup>11</sup>, en el Consejo Constitucional francés<sup>12</sup> o en el Tribunal Constitucional español<sup>13</sup>.

También en nuestra doctrina ha sido expuesta esta idea. Así, Ignacio de Otto afirmaba:

“De que la ley sea expresión de la voluntad popular deriva la consecuencia de que opere en su favor una presunción de legitimidad constitucional, en virtud de la cual sólo procederá declarar su inconstitucionalidad cuando se haya producido una clara e inequívoca colisión con la norma constitucional. (...). La misma idea puede expresarse diciendo que para considerar legítima la ley no es preciso que se demuestre que es conforme a la Constitución, sino que basta con que no se demuestre que es contraria”<sup>14</sup>

Por su parte, Aragón Reyes subraya:

“El Tribunal solo declara la inconstitucionalidad de la ley cuando su contradicción con la Constitución es clara. Cuando tal claridad no existe, hay que presumir la ‘constitucionalidad’ del legislador”<sup>15</sup>.

---

10. “El principio del judicial self-restraint, que se impone el Tribunal Constitucional Federal, no significa una reducción o debilitamiento de sus competencias precisamente expuestas, sino la renuncia a ‘hacer política’, es decir, a intervenir en la esfera de libre realización política, establecida y delimitada por la Constitución. Tal principio aspira, además, a preservar a otros órganos constitucionales el ámbito de libre realización política constitucionalmente garantizado”. La cita, tomada de VON MÜNCH, I.: “¿El Tribunal Constitucional Federal como actor político?”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, nº 6, 2002, p. 579, proviene de BverfGE, tomo 36 (1973), pp. 14-15.

11. La Corte italiana apela habitualmente a la necesidad de limitar las declaraciones de inconstitucionalidad a aquellos casos en que ninguna interpretación de la norma escrutada resulta compatible con la Constitución. En este sentido, por dar algún ejemplo, se expresan las sentencias 356/1999 (“En línea de principio, las leyes no se declaran constitucionalmente ilegítimas porque sea posible darles una interpretación inconstitucional, sino porque es imposible darles una interpretación constitucional”), 336/2002 o 379/2007.

12. En los casos en que la norma sometida a control entronca con materias en las que la Constitución prevé una disciplina poco pormenorizada, dejando un significativo margen de acción al legislador, el Consejo ha subrayado que su tarea debe limitarse a comprobar que la regulación no incurra en un error manifiesto. Ejemplos de ello se encuentran en las Decisiones nº 81-132 DC, de 16 de enero de 1982, nº 88-244 DC, de 20 de julio de 1988, o nº 98-402 DC, de 25 de junio de 1998.

13. En su Sentencia 107/1996 el Tribunal Constitucional distinguió los casos en que la interpretación constitucional resulta “patente y manifiesta” de aquellos otros en que prevalece la duda, y afirmó que, mientras en los primeros el Tribunal “está plenamente habilitado para la destrucción de la presunción de constitucionalidad propia de la ley, en éstos, en cambio, ha de recordarse que el ‘Tribunal Constitucional no puede erigirse en Juez absoluto de dicha dificultad, en cuya apreciación, por la propia naturaleza de la cosa, ha de corresponder al legislador un amplio margen de apreciación’ (SSTC 113/1994 y 179/1994)”.

14. DE OTTO, I.: Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, Ariel, Barcelona, 1987, p. 148.

15. ARAGÓN REYES, M.: Constitución y democracia, Tecnos, Madrid, 1989, p. 124.

Pues bien, a la vista de lo explicado en el apartado anterior, consideramos positivo en nuestra investigación que las normas adoptadas por los ciudadanos a través de referéndum fueran sometidas, al igual que aquellas aprobadas en sede parlamentaria, al control de constitucionalidad operado por las instituciones de justicia constitucional. El trabajo doctoral pretendía, sin embargo, ir más allá. En nuestro criterio era posible concretar el modo en que debe ser ejercido el control de constitucionalidad sobre este tipo de normas en función de los rasgos concretos que en cada caso asuma el proceso de referéndum. En concreto, son tres los ejes que a nuestro juicio resultan relevantes al respecto: el tipo de referéndum empleado; el rango de la norma aprobada; y el contenido de la misma. Así, consideramos posible establecer el grado de rigor/contención con el que debe actuar el órgano de justicia constitucional en función de las circunstancias.

En relación con el primer eje, deben diferenciarse los referendos complementarios de aquellos sustitutivos. En los primeros, la acción de los ciudadanos no busca circunvalar la labor del Parlamento, sino que se añade a ella. Así, los ciudadanos son llamados a pronunciar su opinión sobre un texto normativo previamente adoptado por los representantes parlamentarios. Es importante destacar que en estos supuestos se añaden los beneficios propios del proceso referendario (máximo respeto por la igualdad política de cada ciudadano) a aquellos derivados del parlamentario (amplias posibilidades de deliberación y transacción), por lo que la norma adquiere una carga de legitimidad democrática relevante. Por ello, consideramos que en tales casos la justicia constitucional debería partir de un nivel de contención elevado en su labor, pues la objeción democrática alcanza cotas muy elevadas. Este alto nivel de contención exige el respeto de una fuerte presunción de constitucionalidad de la norma objeto de control.

Lo que en ningún caso nos parece asumible es que este tipo de normas aprobadas por el Parlamento primero y por el cuerpo electoral después deba disfrutar de una inmunidad total frente al control jurisdiccional de constitucionalidad, como ocurre en el nivel federal suizo. Nos parece más saludable la pervivencia del control con un nivel alto de contención, pues de lo contrario se estaría lanzando el mensaje de que las autoridades representativas, cuando logren el respaldo de la ciudadanía en referéndum para la aprobación de un texto legal, podrían aprobar cualquier contenido sin necesidad de considerar el respeto a los límites establecidos en la Constitución. La conservación en este punto del control por parte de la justicia constitucional permitirá mantener un mínimo incentivo en las autoridades decisorias para tener presentes en su deliberación el grueso de los principios y valores constitucionales, pues el riesgo de que de lo contrario su producto normativo resulte anulado no desaparece del todo. Ante una violación clara del marco constitucional, la justicia constitucional actuará.

Existen, sin embargo, tres supuestos en los que, a nuestro juicio, sería razonable abandonar el nivel elevado de contención en el enjuiciamiento de estas normas. La primera tiene que ver con la hipótesis en que la norma afecta a los intereses de grupos sociales desfavorecidos. Siguiendo las tesis de Stephanopoulos, hemos

considerado que la definición de estos grupos debería abarcar únicamente a aquellos que no logran ver sus demandas satisfechas a través del proceso político en la misma medida que otros colectivos del mismo tamaño y clasificación. Pues bien, en este supuesto creemos que la intervención judicial debería adquirir un nivel de exigencia o rigor elevado, partiendo de la sospecha de que la preterición que suele sufrir el grupo desfavorecido tiene que ver con la existencia a nivel social de fuertes prejuicios u hostilidades en su contra y de carácter no racional. Así, el hecho de que la norma haya sido respaldada por los ciudadanos a través de referéndum tras su aprobación parlamentaria no debería implicar la conservación de la presunción de constitucionalidad.

El segundo supuesto sería el de la restricción de los canales participativos que permiten la renovación de las coaliciones políticas gobernantes. En este punto se parte de la presunción de que la coalición gobernante, cuando implementa medidas positivas para su mantenimiento en el poder, lo hace desde una posición de clara parcialidad. Esto, sin embargo, tiene sentido cuando hablamos de estructuras políticas situadas en los centros estatales de poder, pero resulta más complejo trazar la misma conclusión cuando hablamos de los ciudadanos que votan en referéndum. Es discutible que los electores que ratifican una medida en referéndum sean siempre defensores del partido o coalición de partidos que ocupa el poder. Pues bien, ello nos lleva a la conclusión de que solo cuando sea posible certificar tal supuesto de hecho sería razonable pensar que el electorado ha sido parcial en su apoyo a la disposición controlada. Si ello no fuera posible -cosa probable- la norma escrutada debería conservar cierta presunción de constitucionalidad, aunque fuera de carácter leve.

El último de los tres supuestos en que consideramos oportuno rebajar el grado de la presunción de constitucionalidad sobre las normas aprobadas a través de referendos complementarios es el relativo al cuestionamiento del sistema de reparto de competencias entre las diversas entidades de un estado políticamente descentralizado. En efecto, no parece razonable que el órgano encargado del control de constitucionalidad deba actuar de manera deferente cuando está en discusión si una norma contradice o no el reparto constitucional de competencias. Téngase en cuenta que en un supuesto de este tipo la justicia constitucional actúa censurando a un legislador democrático para preservar la legítima esfera de actuación de otro legislador democrático, de modo que los inconvenientes de la objeción democrática se ven notablemente reducidos. Además, si aplicáramos en estos casos la contención elevada de la que venimos hablando estaríamos incitando a los legisladores -estatal o subestatal- a buscar la ratificación popular de sus normas con el único objetivo de blindarlas pese a la vulneración de sus límites competenciales. Podría tener sentido preservar un grado alto de deferencia por parte de la jurisdicción constitucional en el supuesto en que una norma estatal haya sido aprobada a través de un procedimiento en el que las entidades territoriales hayan podido participar plenamente -por ejemplo, a través de una cámara alta que las represente de manera efectiva. Lo mismo podría decirse de aquellas normas subestatales cuyos procesos de aprobación garanticen la participación

del estado central -como ocurre, por ejemplo, con la aprobación de los Estatutos de Autonomía en España o las constituciones cantonales en Suiza.

Pese a todo, nunca debe perderse de vista que la intervención popular a través de referéndum dota a las normas aprobadas de una carga política de primera magnitud. Ello podría provocar que el órgano de jurisdicción constitucional se sintiera receloso a la hora de decretar su inconstitucionalidad pese a haber respetado los niveles de contención en cada caso convenientes. Para estos supuestos, y siempre con el ánimo de preservar al máximo la integridad de la institución, consideramos conveniente acudir a mecanismos de deferencia judicial en el fallo. Entre ellos podemos destacar: la exposición en el razonamiento de la sentencia de los motivos que llevan a su inconstitucionalidad, eludiendo declararla en el fallo; la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad; la declaración de nulidad de la norma pero con postergación de sus efectos en el tiempo; o incluso la emisión de recomendaciones o advertencias, con posible amenaza de futura declaración de inconstitucionalidad. Del mismo modo, entendemos razonable que para aquellos supuestos en que el Tribunal, pese a vislumbrar la alta probabilidad de que su resolución provoque una fuerte reacción popular, considere ineludible su anulación utilice en sus razonamientos un lenguaje lo más prudente y respetuoso posible hacia la interpretación que del marco constitucional haya realizado el legislador parlamentario y popular.

En todo caso, a nuestro modo de ver existe un mecanismo que evitaría tensiones innecesarias a la justicia constitucional cuando se trata de controlar las normas emanadas de referendos complementarios. Hablamos de la anticipación del control a un momento previo a la intervención del cuerpo electoral. La instauración de un control preventivo, llamado a operar tras la aprobación parlamentaria de la norma, evita que las autoridades representativas busquen emplear la ratificación popular como mecanismo de blindaje en favor de normas de difícil encaje constitucional. En este sentido, el control preventivo instaurado en España en 2015 para los Estatutos de Autonomía, y el existente en Italia para los Estatutos de las regiones ordinarias, nos parecen mecanismos de gran interés.

Todo lo dicho hasta ahora sirve para normas aprobadas por el Parlamento y ratificadas por el cuerpo electoral pero que posean rango legal. La situación varía cuando hablamos de la aprobación de normas de rango constitucional. Lo primero que debe quedar claro en este supuesto es que la actuación del pueblo en la modificación del texto constitucional no nos sitúa en modo alguno en presencia del poder constituyente. El poder de reforma constitucional está sometido a límites -esencialmente procedimentales- y no actúa de modo libre. Se debe a las restricciones que el propio texto constitucional le ha asignado. En consecuencia, el control por parte de la justicia constitucional podría aplicarse. Ahora bien, a esta reflexión inicial pueden añadirse no pocos matices. En lo relativo a los límites formales, parece lógico pensar que solo en el supuesto en que su lesión haya sido de gran importancia la jurisdicción constitucional se sentirá legitimado para anular una norma de rango constitucional aprobada por el Parlamento y ratificada por

el cuerpo electoral. La potencia de legitimidad de la intervención popular hace probable que -por la vía de los hechos, no por la vía jurídico-constitucional- la existencia de vicios leves de procedimiento pueda quedar subsanada.

En cuanto a los límites sustantivos a la reforma, y dado que por lo general estos adoptan contornos de gran imprecisión -máxime cuando hablamos de límites implícitos-, lo aconsejable es que la jurisdicción constitucional intervenga con un nivel muy elevado de contención. En todo caso, nos parece, estas normas no deberían gozar de inmunidad frente a la intervención judicial, pues, aunque pueda resultar poco probable que el órgano de control decida anular una norma constitucional aprobada por el Parlamento y ratificada por los ciudadanos en base a cánones vagos e imprecisos, no es descartable su utilidad en determinados supuestos.

Sea como fuere, y asumiendo la alta complejidad política de una operación de control de esta naturaleza, el control preventivo vuelve a aparecer aquí como mejor baza. La anticipación del control a un momento previo a la intervención popular garantiza evitar actuaciones como la realizada por el Presidente de Gaulle en 1962, cuando sometió a referéndum la reforma del sistema de elección del Presidente de la República a través de un procedimiento palmariamente inconstitucional.

Para finalizar, debe analizarse el caso de los referendos sustitutivos. Como se ha anticipado, en estas votaciones el cuerpo electoral no viene a ratificar lo previamente adoptado por las autoridades representativas, sino que circunvala su labor y actúa de manera exclusiva como creador de normas. El profesor estadounidense Julian Eule considera que las leyes emitidas de esta forma deberían someterse a un escrutinio judicial riguroso. En nuestra opinión la reflexión sobre el grado de rigor que debe aplicar la justicia constitucional en esta hipótesis depende necesariamente de las conclusiones del debido análisis comparativo entre el procedimiento parlamentario y el referendario en los ejes intrínseco e instrumental. Parece evidente que el referéndum vence en el primer apartado, dado su absoluto respeto por la igualdad política de todos los ciudadanos, que podrán participar de manera directa en la asunción de la medida. Muchas más dudas ofrece la reflexión comparativa sobre el eje instrumental, aquel que tiene en cuenta la corrección de los resultados del proceso.

Son habituales las voces que apuntan a un déficit deliberativo del proceso referendario, al que se opondría un procedimiento parlamentario capaz de garantizar altas cotas de diálogo, transacción y pacto. Esta idea es susceptible de algún matiz, en la medida en que los representantes políticos también pueden utilizar de algún modo el referéndum como parte de un proceso de transacción: es imaginable, en efecto, que entre los partidos se maneje el apoyo/rechazo a un determinado referéndum como moneda de cambio a emplear en relación con medidas a considerar en el futuro.



En todo caso, nos parece claro que el procedimiento parlamentario ofrece en este punto dos ventajas de difícil discusión. Así, en primer lugar, cuando se tiene en cuenta la concreta medida, disposición o norma, es obvio que el Parlamento se presenta como foro de debate donde cabe mucho más que un simple apoyo o rechazo. Las posiciones intermedias dibujadas con paleta de grises encuentran su lugar para ser expresadas, enriqueciéndose el debate y evitándose la exclusividad de los polos opuestos. En segundo lugar, el hecho de que los representantes parlamentarios mantengan una relación de larga duración entre sí supone un estímulo de gran importancia a la generación de acuerdos interdisciplinarios, y también tiende a forjar un mayor respeto y consideración por los oponentes.

A partir de aquí, es importante subrayar que la victoria que debe concederse al procedimiento parlamentario en la cuestión deliberativa debe ser equilibrada con la propia del referéndum en el aspecto participativo de la cuestión epistemológica y con la que también alcanza en el apartado relativo a la pura legitimidad procedimental. Sobre tal base, es evidente que no tenemos pautas tasadas sobre cómo combinar estos resultados. ¿Debe ser dada mayor importancia a la cuestión de legitimidad intrínseca? ¿A la cuestión deliberativa? A nuestro juicio la ausencia de reglas cerradas al respecto nos debe llevar a considerar qué opción es la predilecta por el concreto sistema constitucional analizado. Allí donde el instrumento referendario sea previsto con intensidad, como pasa en múltiples estados de los Estados Unidos y en todos los cantones de Suiza, resulta absurdo someter a las normas legales aprobadas a través de referéndum sustitutivo a un escrutinio judicial más severo que el planteado para las leyes parlamentarias. A la inversa, en aquellos sistemas constitucionales donde el escaso reconocimiento del instituto refleje una clara desconfianza hacia el mismo sería razonable aplicar una rebaja en los niveles de deferencia judicial. Esta rebaja, por supuesto, no debería ser máxima, pues ello implicaría ignorar las buenas credenciales del referéndum en las variables expuestas. Así pues, la intervención judicial debería seguir oscilando entre un nivel leve y un nivel moderado de contención.

En el ámbito del referéndum sustitutivo también ha de ser posible incrementar el nivel de rigor del escrutinio judicial en los supuestos de afectación a los derechos de grupos desfavorecidos, restricción de los canales de participación política y lesión del marco constitucional de reparto de competencias. En lo relativo a la restricción de las vías de participación debe insistirse en la dificultad de discernir si la mayoría del electorado que adopta la medida ha actuado desde una posición de parcialidad. En cuanto a la afectación del reparto de competencias entre las diversas entidades territoriales debe destacarse que determinadas precisiones del procedimiento referendario podrían aconsejar la aplicación de un nivel de contención algo más elevado. Nos referimos a aquellas configuraciones del referéndum que dotarían a las entidades descentralizadas de una cierta capacidad de defensa de sus propios intereses durante el procedimiento. Destacaríamos aquí dispositivos como la exigencia de que la recogida de firmas necesaria para la activación referendaria satisfaga determinados criterios de distribución geográfica

y, especialmente, la previsión de que la medida sea únicamente aprobada si se registra no solo una mayoría popular en la votación sino también una mayoría de entes territoriales.

En relación con los referendos sustitutivos la defensa de un control preventivo resulta más discutible. En efecto, debe tenerse en cuenta que este cauce de participación ciudadana supone un importante canal para la expresión política de los ciudadanos. Restringirlo de manera previa supondría impedir a los ciudadanos lanzar mensajes de gran calado político a sus representantes. En segundo lugar, un control preventivo sobre este tipo de consultas supondría una asimetría en relación con el órgano parlamentario, al que sí se permite deliberar y votar libremente cualquier disposición, incluso aquellas que pudieran parecer evidentemente inconstitucionales. En tercer y último lugar, la presencia de un mecanismo de control previo en sistemas donde el empleo del referéndum resulta muy habitual podría generar una relevante sobrecarga de trabajo para los tribunales y un incremento notable del gasto. Por consiguiente, parece razonable defender que sean las circunstancias concretas de cada sistema constitucional, en especial la mayor o menor dificultad práctica para el control por parte del órgano de justicia constitucional de este tipo de normas, las que permitan concluir sobre la oportunidad de instaurar este control previo.

En el supuesto de que finalmente sea previsto, el rigor judicial aplicado no debería ser excesivo, y ello pese a la obviedad de que ninguna autoridad democrática ha intervenido aún. Téngase en cuenta que la iniciativa suele estar regulada constitucionalmente como un derecho fundamental de los ciudadanos, lo que demanda que cualquier restricción del mismo sea operada en respeto del test de proporcionalidad. Así, solo en aquellos sistemas donde la aplicación de un control sucesivo fuera muy compleja en la práctica tendría sentido introducir la intervención judicial previa. Del mismo modo, el principio de proporcionalidad sería difícilmente respetado si el órgano de control prohibiera la celebración de la votación por la existencia de dudas menores sobre la constitucionalidad de la proposición de ley.

Para finalizar, el trabajo doctoral analiza los referendos sustitutivos a través de los cuales se aprueban normas de rango constitucional. En este punto hemos negado la posibilidad de equiparar la intervención del cuerpo electoral a través de estos mecanismos con el mismo poder constituyente. Por ello, entendemos que las normas emitidas a través de los mismos han de estar sometidas a control de constitucionalidad, con el ánimo de verificar si los límites a su actuación estipulados han sido o no satisfechos. Así se realiza en Suiza, si bien allí el control sigue siendo hoy de carácter político -ejercido por el Parlamento- y no judicial. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el canon de control aplicado estará constituido generalmente por límites materiales a la reforma de muy difícil precisión, lo que incrementa el grado de dificultad interpretativa en los términos ya apuntados en el ámbito de la objeción democrática. Igualmente, la respuesta a una eventual negativa judicial sería de gran dificultad. Todo ello

debe conducir a la conclusión de que el nivel leve/moderado de contención judicial aplicado, según los casos, a los referendos sustitutivos deberá ser elevado a su respectivo escalón superior.

#### IV. CONCLUSIONES

De lo particular a lo general. De lo local a lo universal. El controvertido control judicial de constitucional operado por el Tribunal Constitucional español sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por el Parlamento de la Comunidad Autónoma y las Cortes Generales primero, y por el cuerpo electoral autonómico en referéndum después, motivó una reflexión hasta ahora no realizada de manera sistemática en nuestra doctrina. La de cuál ha de ser la relación entre dos instituciones tradicionalmente en fuerte tensión: la justicia constitucional y la democracia directa.

Los habituales planteamientos sobre la objeción democrática a la jurisdicción constitucional experimentan una particular intensidad cuando el objeto de control de constitucional lo constituyen normas no aprobadas en sede parlamentaria sino directamente por los ciudadanos. Y, por descontado, mayor aún es la tensión surgida cuando la norma controlada ha sido aprobada por las dos entidades: el Parlamento primero y el cuerpo electoral después.

No nos parece, sin embargo, que esta particular legitimidad que adquiere una norma cuando ha recibido el directo beneplácito de los ciudadanos deba llevar, en modo alguno, a su inmunización frente al control de constitucionalidad. Como se ha dicho, consideramos positivo el incentivo que este control genera en las autoridades decisoras para tener en cuenta el marco constitucional en su proceso de reflexión, sabedoras de que la jurisdicción constitucional podrá tumbar el texto cuando las razones ofrecidas sobre su compatibilidad no resulten convincentes.

Parece claro, en todo caso, que las especiales circunstancias en las que opera la justicia constitucional deben modular, de algún modo, el nivel de intensidad de su acción. En efecto, la especial indeterminación de muchas de las cláusulas constitucionales, así como la dificultad para responder a un fallo judicial negativo obligan al instituto a aplicar ciertas dosis de contención, que se materializan en la necesaria presunción de constitucionalidad de los textos legales.

Lo relevante a nuestros fines es que esta presunción no debe operar de manera lineal. Resulta evidente que múltiples circunstancias pueden y deben implicar cambios en su aplicación. En nuestra investigación hemos detallado tres grandes ejes sobre los que hacer pivotar el incremento o rebaja de la intensidad de la contención judicial: el tipo de referéndum -complementario de la labor parlamentaria o sustitutivo de la misma- el contenido de la norma controlada, y el rango de la misma. En efecto, no parece lo mismo que la norma legal haya sido aprobada por el cuerpo electoral tras su debate y votación en el Parlamento que de manera

aislada. Igualmente, no parece que el control merezca altos niveles de deferencia cuando están siendo golpeados intereses de grupos sociales desfavorecidos, o cuando se restringen los canales de participación que permiten la alternancia en el poder. Del mismo modo, los criterios de control no pueden ser los mismos cuando la norma adquiere rango legal que cuando estamos ante un proceso de reforma constitucional -donde los límites tienden a ser más difusos.

En conclusión, la investigación trata de ofrecer soluciones para que el control de constitucionalidad sobre las leyes aprobadas directamente por los ciudadanos resulte lo más armónico posible con las altas credenciales democráticas de las mismas. A nuestro juicio ello no solo resulta obligado desde posiciones de teoría democrática, sino que resulta conveniente para proteger desde un punto de vista práctica la propia institución de la justicia constitucional. Parece razonable evitar a esta, en la medida de lo posible, situaciones de tensión que pudieran terminar por minar su legitimidad ante los ciudadanos. La tarea no es sencilla, pero merece la pena.

---