DANIEL LÓPEZ RUBIO

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y REFERÉNDUM

El control judicial de las normas aprobadas por los ciudadanos

Prólogo de

LUIS AGUIAR DE LUQUE

Premio «Nicolás Pérez Serrano», 2018

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Madrid, 2020

Calidad en Edición Académica
Academic Publishing Quality

Catálogo general de publicaciones oficiales
http://publicacionesoficiales.boe.es/

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright,* bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

De esta edición, 2020:

© Daniel López Rubio

© Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Plaza de la Marina Española, 9
28071 Madrid
http://www.cepc.gob.es
Twitter: @cepcgob

NIPO: 091-20-004-4
ISBN: 978-84-259-1823-0
Depósito legal: M.11813-2020

Fotocomposición e impresión: Imprenta Taravilla, S.L.
Mesón de Paños, 6 - 28013 Madrid

PAPEL RECICLADO
LIBRE DE CLORO

ÍNDICE

Págs.

PRÓLOGO 15

INTRODUCCIÓN 25

PARTE I:
ENTRE LA RAZÓN JURÍDICA Y LA VOLUNTAD DEMOCRÁTICA: LA OBJECIÓN DEMOCRÁTICA A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

CAPITULO I. PREMISA: ACOTACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y REFERÉNDUM 31

CAPITULO II. LA ÚLTIMA PALABRA 39

A) *El coto vedado* 39

B) *Los rasgos del documento constitucional* 43

C) *El contexto: una sociedad plural* 45

D) *La necesidad de una decisión final* 48

E) *Fundamentos de la objeción democrática a la Justicia Constitucional* ... 49

i) La cuestión de la legitimidad democrática 51

ii) La difícil respuesta a los jueces 59

iii) La polémica interpretativa 64

CAPITULO III. LAS RESPUESTAS POSIBLES ANTE LA OBJECIÓN DEMOCRÁTICA A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL 67

A) *La negación de la objeción democrática* 69

i) La revisión judicial como institución constitucional 69

ii) La reforma constitucional como salvaguarda 71

iii) La defensa de una más fundamental voluntad democrática 73

iv) La superioridad judicial en la defensa de los derechos fundamentales 78

v) La revisión judicial como institución aliada de la coalición política dominante 92

B) *El reconocimiento de la objeción democrática: propuestas para su superación* 96
i) La concreción constitucional 96
ii) El originalismo 98
iii) La teoría procedimental de John Hart Ely 102
iv) La teoría deliberativa de Carlos Nino 106
v) La supresión de la Justicia Constitucional 110
vi) El valor global de la cooperación entre el legislador y la Justicia Constitucional 114

PARTE II:
EL CONTROL JUDICIAL DE LAS NORMAS APROBADAS EN REFERÉNDUM EN LA PRÁCTICA

CAPITULO I. CINCO ILUSTRACIONES PRÁCTICAS: SELECCIÓN DE CASOS 123

CAPITULO II. ESTADOS UNIDOS 125
A) *Sistema de Justicia Constitucional* 125
i) La Constitución de 1787: *checks and balances* 125
ii) La desconfianza hacia el legislador 127
iii) La revisión judicial como mecanismo implícito en la Constitución americana 129
iv) Las claves del éxito de *Marbury v. Madison* 131
B) *El referéndum en el sistema político* 133
i) La cuestión a nivel federal 133
ii) La cuestión a nivel estatal 135
iii) Tipos de referéndum a nivel estatal 136
iv) La cláusula de gobierno republicano 141
C) *El control judicial del referéndum* 142
i) La necesidad de un escrutinio judicial severo 143
ii) Los argumentos contrarios al control judicial intenso de la democracia directa 145
iii) La práctica judicial en el control de las normas aprobadas por los ciudadanos 148
a) El control judicial previo a la votación 148
b) El control judicial posterior a la votación 151

CAPITULO III. FRANCIA 155
A) *Sistema de Justicia Constitucional* 155
i) Los presupuestos teóricos de la Revolución francesa 155
ii) La confianza hacia el legislador 157
iii) El intento de Sieyès 159
iv) La V República: el Consejo Constitucional 161
B) *El referéndum en el sistema político* 164

i) La participación directa en los orígenes del constitucionalismo francés 164
ii) La participación directa en la V República 167
iii) El referéndum del artículo 11 168
iv) El referéndum del artículo 89 171
v) El referéndum del artículo 88-5 172
C) *El control judicial del referéndum* 173
i) El control del referéndum presidencial del artículo 11 173
a) La doctrina del Consejo Constitucional con motivo del referéndum de octubre de 1962 173
b) El empleo del artículo 11 como cauce válido para la reforma constitucional 178
c) La jurisprudencia *Hauchemaille*: la posibilidad de articular un control previo 179
ii) El control del referéndum de iniciativa minoritaria del artículo 11 ... 181
iii) El control del referéndum constitucional del artículo 89 183

CAPITULO IV. SUIZA 185
A) *Sistema de Justicia Constitucional* 185
i) El advenimiento del Estado federal 185
ii) La Constitución de 1874 186
iii) Rasgos del sistema 187
B) *El referéndum en el sistema político* 191
i) Una amplia tradición participativa 191
ii) Referendos en el ámbito federal 194
iii) Referendos en el ámbito cantonal 197
C) *El control judicial del referéndum* 199
i) El control de las iniciativas federales 199
ii) El control de las leyes federales aprobadas en referéndum 202
iii) El control de las iniciativas cantonales 205
iv) El control de las leyes cantonales aprobadas en referéndum ... 206

CAPITULO V. ITALIA 209
A) *Sistema de Justicia Constitucional* 209
i) Las carencias del Estatuto albertino 209
ii) Los debates en el seno de la Asamblea Constituyente 210
iii) Las vías principal e incidental de control de constitucionalidad ... 213
B) *El referéndum en el sistema político* 214
i) La participación directa durante la vigencia del Estatuto albertino 214
ii) Los debates en el seno de la Asamblea Constituyente: el proyecto Mortati 216
iii) El referéndum abrogativo 218
iv) Los referendos regionales 222
v) El referéndum constitucional 223
C) *El control judicial del referéndum* 226

i) El control del referéndum abrogativo del artículo 75 226
a) El control de admisibilidad de la solicitud referendaria 226
b) El control de la normativa resultante 231
ii) El control de los referendos regionales 233
iii) El control del referéndum constitucional 234

CAPITULO VI. ESPAÑA 237
A) *Sistema de Justicia Constitucional* 237
i) La defensa política de la Constitución en la España decimonónica 237
ii) El surgimiento de la Justicia Constitucional en España: la Constitución de 1931 239
iii) El Tribunal Constitucional en la Constitución de 1978 241
B) *El referéndum en el sistema político* 242
i) Antecedentes de participación directa en la historia constitucional española 242
ii) Los debates sobre la participación directa en las Cortes Constituyentes de 1978 244
iii) El referéndum consultivo del artículo 92 246
iv) El referéndum estatutario 247
v) El referéndum constitucional 249
C) *El control judicial del referéndum* 253
i) El control de los referendos estatutarios 253
ii) El control del referéndum constitucional 259

PARTE III:
LA CONTENCIÓN JUDICIAL ANTE LAS DECISIONES DIRECTAS DE LOS CIUDADANOS

CAPITULO I. ESTRATEGIAS DE CONTENCIÓN: LIDIANDO CON «COCODRILOS EN LA BAÑERA» 263

CAPITULO II. LA TEORÍA DE LA CONTENCIÓN JUDICIAL 265
A) *Aproximación general* 265
B) *James Bradley Thayer* 267
C) *La influencia del thayerismo en la práctica constitucional estadounidense* 269
D) *La contención judicial en la doctrina española* 271
E) *Contención judicial y referéndum* 275

CAPITULO III. CONTENCIÓN JUDICIAL Y REFERÉNDUM COMPLEMENTARIO 277
A) *Una cuestión previa: ¿el referéndum complementario como instrumento de control de constitucionalidad?* 277

B) *El punto de partida: la necesidad de una contención judicial elevada ante los referendos complementarios* 279
C) *El referéndum complementario legislativo* 281
i) Aproximación inicial 281
ii) Excepciones a la regla general de contención judicial elevada 282
a) Lesión de los intereses de grupos desfavorecidos 282
b) Restricción de los canales de participación política 292
c) Afectación al sistema constitucional de reparto de competencias 296
iii) La contención judicial en el fallo 304
iv) La apuesta por un control preventivo 308
D) *El referéndum complementario constitucional* 310
i) Límites procedimentales a la reforma constitucional 313
ii) Límites sustantivos a la reforma constitucional 315
iii) La apuesta por un control preventivo 324

CAPITULO IV. CONTENCIÓN JUDICIAL Y REFERÉNDUM SUSTITUTIVO 327
A) *El debate en torno al grado de contención aplicable al referéndum sustitutivo* 327
B) *El referéndum sustitutivo legislativo* 337
i) Aproximación inicial 337
ii) Excepciones a la regla general de contención judicial leve/moderada 338
a) Lesión de los intereses de grupos desfavorecidos 338
b) Restricción de los canales de participación política 338
c) Afectación al sistema constitucional de reparto de competencias ... 339
iii) El debate sobre el control previo de los referendos sustitutivos legislativos 340
a) La limitación de la libertad de expresión 341
b) La asimetría con el control operado sobre el Parlamento ... 344
c) El gasto en recursos judiciales 346
d) La incertidumbre en torno a la intensidad del control 347
C) *El referéndum sustitutivo constitucional* 349

RECAPITULACIÓN FINAL 353

BIBLIOGRAFÍA CITADA 365