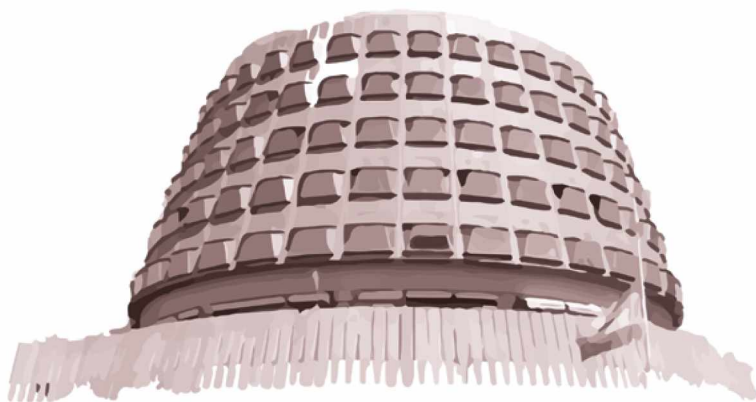


LOS JUECES DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL PUEBLO

Manuel Fondevila Marón



eBook en www.colex.es

1.^a EDICIÓN





¡Gracias por confiar en Colex!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica. Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

Funcionalidades eBook



Acceso desde cualquier dispositivo



Idéntica visualización a la edición de papel



Navegación intuitiva



Tamaño del texto adaptable

Puede descargar la APP “Editorial Colex” para acceder a sus libros y a todos los códigos básicos actualizados.



Síguenos en:



LOS JUECES DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL PUEBLO

LOS JUECES DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL PUEBLO

Un ensayo de Derecho Procesal Constitucional sobre los
fundamentos, cambios y retos de la justicia constitucional

Manuel Fondevila Marón
Universitat de Lleida

COLEX 2021

Copyright © 2021

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3º B (local comercial)
A Coruña, C.P. 15004
info@colex.es
www.colex.es

A mis hijos

*«El Tribunal no puede ni quiere ser una tercera o primera Cámara,
sino que solo pretende cumplir con la misión de ser, en toda coyuntura,
el custodio de la Constitución con independencia de las partes,
con independencia de los poderes,
y con independencia de la popularidad».*

Manuel García Pelayo (1984). «El Tribunal Constitucional español».

SUMARIO

| | |
|--|----|
| PRÓLOGO | 13 |
| INTRODUCCIÓN | 19 |
| I. EVOLUCIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL | 23 |
| I.1. El Derecho Constitucional Comparado y la Teoría de la Constitución para conciliar teoría y realidad constitucional en materia de justicia constitucional. . . | 23 |
| I.2. La universalización del tipo jurisdiccional de defensa de la Constitución | 25 |
| I.3. La expansión de funciones de la justicia constitucional. | 30 |
| I.4. La obsolescencia de los modelos | 31 |
| I.5. Nuevas clasificaciones de la justicia constitucional (revisión de la tipología de Lucio Pegoraro y Angello Rinella). | 33 |
| II. DEFENDIENDO AL DEFENSOR: CUATRO CRÍTICAS A JEREMY WALDRON | 39 |
| II.1. Los desacuerdos sobre el Derecho y las reticencias respecto de la supremacía judicial | 39 |
| II.2. Primera crítica: no existe tal supremacía | 42 |
| II.3. Segunda crítica: positivismo jurídico y justicia constitucional. | 45 |
| II.4. Tercera crítica: el constitucionalismo como la historia de la humanidad por alcanzar cada vez mayores cuotas de derechos y libertad | 46 |
| II.5. El problema referido a los votos en los Tribunales Supremos y Constitucionales.. | 51 |
| III. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA | 55 |
| III.1. Democracia mayoritaria y justicia constitucional. | 55 |
| III.2. La función política del Tribunal Constitucional. | 58 |
| III.3. ¿Democracia deliberativa o simplemente constitucionalismo débil? (una crítica a Gargarella y Niembro Ortega) | 60 |
| III.4. La justicia constitucional como garante de la división de poderes | 67 |
| III.5. La justicia constitucional como exigencia de una Constitución normativa. | 69 |
| IV. LOS PROBLEMAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL | 73 |
| IV.1. Las especificidades de la interpretación constitucional. | 73 |
| IV.2. El dualismo y la «Constitución viviente». | 77 |
| IV.3. El originalismo «razonable» (la teoría del juez Scalia). | 78 |
| IV.4. Estática y dinámica constitucional. | 81 |
| IV.5. Los jueces constitucionales entre Derecho y Política | 84 |

| | |
|---|-----|
| V. UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA EL SIGLO XXI: LOS RETOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA | 89 |
| V.1. La necesidad de desarrollar un auténtico Derecho Procesal Constitucional en nuestro país | 89 |
| V.2. Críticas y recelos (internos y externos) a la actuación del Tribunal | 92 |
| V.3. La polémica reforma llevada a cabo por la LO 15/2015 | 95 |
| V.4. Las mejoras pendientes de nuestro sistema de justicia constitucional | 102 |
| V.5. Especial referencia al permanente problema del amparo. | 105 |
| VI. JUSTICIA CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL | 113 |
| VI.1. Nuevas perspectivas en el Derecho Constitucional Internacional. | 113 |
| VI.2. Hacia una integración de los sistemas de protección de derechos. | 114 |
| VI.3. La posición de los Tratados en el ordenamiento jurídico. | 115 |
| VI.4. El Derecho Internacional Humanitario como parámetro y el control de convencionalidad | 116 |
| VI.5. Tutela multinivel de derechos | 119 |
| CONCLUSIONES | 123 |
| BIBLIOGRAFÍA | 127 |

PRÓLOGO

El profesor Manuel Fondevila Marón es un joven académico, Magister y Doctor en Derecho, que es profesor Serra Hunter de la Universidad de Lleida, desempeñándose en el ámbito del derecho constitucional, donde ha desarrollado investigación de la cual emanan diversas monografías y una cantidad apreciable de artículos científicos publicados en diversas revistas.

En su obra «Los jueces de la Constitución y del Pueblo» se puede apreciar una rica y extensa bibliografía, que demuestra su formación teórica destacada en el ámbito del derecho constitucional y el uso de una bibliografía actualizada, no solo en derecho constitucional español y europeo, sino también del otro lado del atlántico, en Latinoamérica, donde ha realizado estadías académicas en Brasil, Argentina y México, además de publicaciones en revistas de Brasil, Chile, México y Perú.

En «Los jueces de la Constitución y del Pueblo», el primer capítulo tiene como punto central de análisis los sistemas de justicia constitucional, considerando que ello requiere un adecuado conocimiento en teoría de la constitución y en derecho constitucional comparado, asimismo considera que la concepción clásica de los modelos concentrados (europeo) y difuso (americano) de justicia constitucional, siguiendo a Tusseau, se encuentra superada, para ello analiza la evolución del modelo norteamericano y austriaco, en los cuales se ha producido la incorporación de algunos elementos del modelo opuesto. Se plantea la clasificación realizada por Pegoraro y Rinella que combina la clasificación clásica con el elemento territorial para realizar su propuesta sobre la materia, estableciendo cinco modelos de justicia constitucional, los cuales no se estiman por Fondevila suficientemente descriptivos.

Nuestro autor, siguiendo a Manuel Aragón, considera que la justicia constitucional solo puede ser jurisdiccional y no política. A partir de las consideraciones anteriores el autor propone una tipología de clasificación siguiendo la regla de Tusseau, conforme a la cual las categorías deben ser mutuamente excluyentes y exhaustivas, para lo cual considera diez elementos que integran la clasificación, ellos son la naturaleza del órgano jurisdiccional; la duración del mandato; el método de renovación de jueces; el procedimiento para acceder al órgano jurisdiccional; el parámetro de control utilizado; las materias que son objeto de control; la extensión del control; el sistema de votación; los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y la ejecución de sentencias. Nos cabe señalar que la combinación de estos elementos da lugar a muy diversos modelos de jurisdicción constitucional.

En el segundo capítulo del texto, el autor se plantea el tema de la defensa de la jurisdicción constitucional respecto de quienes buscan limitar sus alcances (entre ellos Ely), que considera que solo debe haber un control procedimental y no sustantivo; a su vez, dicha tesis se ve controvertida en España por Ferreres, quién entrega razones sobre la necesidad del control de constitucionalidad sustantivo, en defensa del ideal igualitario y la autonomía individual. Luego nuestro autor entra a polemizar con el denominado «constitucionalismo popular» que considera que los jueces no deben controlar a los representantes del pueblo, en especial, polemiza con Waldron, considerándolo correctamente como el más importante crítico de la jurisdicción constitucional, analizando cuatro de sus planteamientos, considerándolos controvertibles en base a argumentos razonables. La controversia se extiende adicionalmente al número de votos de los jueces constitucionales necesarios para adoptar una sentencia, materia en que Waldron considera que las decisiones adoptadas por una mayoría exigua del órgano de jurisdicción constitucional constituyen una posibilidad de cuestionamiento de la legitimidad de dichas decisiones, lo que en base empírica se considera erróneo, ya que los quorum de mayoría calificada posibilitan el bloqueo de una decisión mayoritaria, considerando la experiencia peruana, entre otras.

En el tercer capítulo, se plantea el debate sobre democracia mayoritaria y jurisdicción constitucional, donde se cuestiona si es control jurisdiccional constitucional es coherente con la democracia o si este representa un control antidemocrático. La controversia se desarrolla sobre si la democracia es solo procedimental o si, además, tiene un contenido sustantivo que debe ser preservado de su vulneración por las mayorías, como son la dignidad humana y los derechos humanos que derivan de ella.

A su vez, se analiza la perspectiva de dos modelos de democracia, la democracia mayoritaria y la democracia consensual, considerando las diferencias entre ambos modelos de democracia planteada por Lijphart, siendo uno de los elementos propios de las democracias consensuales la existencia de justicia constitucional a diferencia de las democracias mayoritarias, aunque en estas últimas en Europa, igualmente tienen un control jurisdiccional producto de ser parte del proceso de integración en la Unión Europea y su pertenencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos donde debe considerarse las funciones y atribuciones del TEDH en protección de los derechos humanos que son comunes a mayorías y minorías políticas y sociales.

Luego se analiza la función política que desarrollan los tribunales constitucionales en las sociedades democráticas, en las cuales en las cuales se concreta el compromiso que se desarrolla constantemente entre los diversos sectores representados en el parlamento, entre mayoría y las diversas minorías, preservando la paz social, ámbito en que la justicia constitucional colabora en la resolución de los conflictos jurídicos y en evitar la conversión de la mayoría en un gobierno dictatorial, manteniendo abierto el sistema político, y posibilitando la legitimación activa ante los tribunales constitucionales de las minorías.

La existencia o no de la jurisdicción constitucional y del constitucionalismo fuerte es cuestionado desde la perspectiva de un constitucionalismo débil el cual considera la falibilidad moral y la imparcialidad de los jueces constitucionales, lo que se plantea como quien controla al controlador. En este punto se plantea la diferencia de perspectivas de quienes sostienen la segunda opción, encarnándola en autores como Gargarella y Niembro Ortega, que se niegan a reconocer la potestad jurisdiccional como última palabra, otorgándole solo la posibilidad de brindar sus reflexiones al parlamento para que este tome las decisiones definitivas sobre la materia. Nuestro autor polemiza con esta última perspectiva nos entrega sus argumentos.

Este tercer capítulo se cierra con otras dos materias sobre las que se reflexiona por parte de nuestro autor, las cuales son la relación de la división de poderes y la justicia constitucional, como, asimismo, la jurisdicción constitucional como exigencia de una constitución normativa.

El cuarto capítulo se centra en el análisis de algunas materias referente a la interpretación constitucional. La primera de ellas es la referente a las particularidades propias de dicha interpretación, la cual, sin perjuicio de utilizar las categorías clásicas de interpretación jurídica, desarrolla algunos postulados o principios específicos, asumiendo cinco de aquellos desarrollados por Konrad Hesse. Asimismo, se señala que la Constitución se interpreta a partir de sí mismo a diferencia de la ley que debe interpretarse conforme a la Constitución. Esta perspectiva desde hace ya bastantes décadas debe matizarse por el hecho de que la parte dogmática o sustantiva de la Constitución, tanto en Europa como en América Latina al ser partes del CEDH y de la CADH, respectivamente, deben asumir una interpretación conforme con el respectivo tratado debidamente ratificado y vigente, y la interpretación que del mismo realiza el TEDH o la Corte IDH, conforme a la «cosa interpretada» europea y el control de convencionalidad desarrollado por la Corte IDH que determinan los estándares mínimos de los derechos humanos que deben ser asegurados por los Estados Parte. Una segunda limitante que utiliza el autor, siguiendo a Pablo Lucas Verdú, determina que la interpretación constitucional se desarrolla considerando la realidad constitucional, identificando la «fórmula política» de la Constitución, pudiendo asimismo recurrir a fuentes extra jurídicas.

En este capítulo cuarto también se considera un debate, inicialmente norteamericano, sobre lo que puede denominarse la «constitución testamento» que sostienen los originalistas y la «constitución viviente», vinculada al no interpretativismo, enfoques que han tenido el respectivo correlato en la doctrina, Perry para la Constitución viviente, Berger o Shuterlan para el originalismo y en ciertos fallos de la Corte Suprema Norteamericana, siendo el segundo enfoque el que determina que la interpretación de la Constitución, especialmente aquellas que tienen una larga vigencia, puedan interpretarse conforme a la realidad vigente en el momento actual, frente a la primera opción, que plantea que ella debe ser interpretada conforme al texto aprobado por los padres de la Constitución. A propósito de dichos

enfoques, se plantea y analiza el denominado «originalismo razonable» de Scalia y el dualismo desarrollado por Ackerman. En este ámbito también se analiza el tema de la reforma y la mutación constitucional.

El último tema analizado en este cuarto capítulo, se plantea que el órgano de jurisdicción constitucional es el garante último de los derechos fundamentales, especialmente de aquellos pertenecientes a las minorías, dotando de significado a normas abiertas del texto constitucional, como la interpretación de la fórmula política y la evolución del sentido y alcance de determinados sociales y políticos, debiendo tener en consideración los tratados internacionales, especialmente los de derechos humanos, que condicionan el control de convencionalidad y de constitucionalidad, existiendo también la función de arbitraje en los Estados federales y la función integrativa de preservar las instituciones constitucionales. Por último, se sostiene la tesis de que los jueces constitucionales deben manejar razonablemente tanto el activismo como tendencia a crear derecho nuevo y la autocontención o *self-restraint* como la tendencia a preservar el derecho existente.

El capítulo quinto, en su primer acápite se plantea la necesidad de desarrollar en España un auténtico derecho procesal constitucional, lo que debe tener en consideración que esta disciplina ha tenido un mayor desarrollo en América Latina, donde ya existen varias leyes sistemáticas que regulan orgánicamente el respectivo derecho procesal constitucional, sobre cuyo concepto y características aún no hay terreno pacífico.

El origen de la disciplina se debe a un español, Niceto Alcalá Zamora y Castillo, el que desarrolló en «nomen iuris» de la disciplina, quién la plantea por primera vez dentro de su programa de Derecho Procesal, encabezando las consideraciones de las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales y Tribunal de Cuentas, en la época republicana, y que consolida, luego en su exilio, publicando en Argentina el libro denominado «Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional», pasando luego a residir en México, donde no abordaría más el tema.

El autor muestra su preocupación por el hecho de que en España y, en general en Europa no se haya desarrollado la disciplina en los planes de estudio universitarios ni en la doctrina y el tema sea abordado simplemente como Justicia Constitucional, lo que considera una laguna debido principalmente como consecuencia del positivo jurídico dominante, no existiendo obras que aborden en profundidad la naturaleza, legitimidad y funciones del Tribunal Constitucional, ni obras que realicen una crítica global a la jurisprudencia del mismo tribunal.

Se considera, además, que los tribunales constitucionales cumplen una cierta función política, a pesar de que su funcionamiento se rija por procedimientos jurisdiccionales, en la medida que le toca resolver los denominados «casos difíciles» por Dworkin, lo que se presta a que sus fallos sean susceptibles de crítica, teniendo presente que no hay una interpretación unívoca de la Constitución.

Se plantea en esta materia si las sentencias del Tribunal Constitucional deben ser con o sin votos disidentes, existiendo diversos argumentos a favor o en contra de los votos disidentes en este tipo de tribunales. Al respecto el autor señala que, en España, en una primera etapa, dichos votos disidentes o particulares, tuvieron un efecto beneficioso, constituyendo el anticipo de cambios de jurisprudencia.

Luego el autor se centra en el análisis de las dificultades que ha enfrentado el Tribunal Constitucional de España, debido a insuficiencias de diseño que no han sido abordadas oportunamente, habiendo acontecido el conocido «choque de trenes», entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Asimismo, aborda el análisis de la reforma desarrollada por la LO. 15 del año 2015, latamente, considerando, especialmente, el problema correspondiente al amparo ante dicha judicatura constitucional.

El sexto y último capítulo de esta publicación, aborda el tema de la justicia constitucional transnacional, considerando un acápite sobre la integración de los sistemas nacionales y los internacionales o supranacionales de protección y defensa de la democracia y de los derechos humanos, consagrando un sistema de mínimos de protección de derechos en el ámbito de la Unión Europea, que tienen una vocación de integrarse en un sistema global, lo que exige que los textos referentes a la protección de derechos del Consejo de Europa y de la Unión Europea, se les reconozca una cierta fuerza normativa constitucional que permita introducir cambios normativos en los Estados Parte.

Otro acápite de este último capítulo, se refiere a la posición que ocupan los tratados internacionales en los respectivos ordenamientos jurídicos internos, sin perjuicio de que el derecho internacional de los derechos humanos tenga una fuerza normativa en el derecho interno superior a la del derecho convencional internacional clásico por su diferente naturaleza, donde el primero expresa un compromiso de los Estados no en relación a intereses recíprocos de ellos, sino con la perspectiva de asegurar los derechos humanos de la población que se encuentra bajo su jurisdicción, donde el incumplimiento de uno de los Estados no produce como consecuencia el incumplimiento de los demás en dicha materia. Al respecto se señalan varias fórmulas desarrolladas en América Latina en los textos constitucionales para reconocer lo que se denomina el «bloque constitucional» de derechos en Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Perú, o la fórmula chilena de establecer constitucionalmente la limitación del ejercicio de la soberanía por los derechos asegurados constitucionalmente y por lo asegurados por tratados internacionales ratificados y vigentes, como señala el artículo 5° inciso segundo de la Constitución; además, al igual como opera en España el 10.2 de la Constitución Española y en Portugal, la interpretación conforme a los tratados de derechos humanos ratificados, igualmente, tal perspectiva se establece en las Constituciones de México, Colombia y Perú, para señalar solo algunos ejemplos latinoamericanos. Ello proporciona, a su vez, una base constitucional, que complementa y fortalece la cosa interpretada en el sistema europeo de Derechos Humanos y el control de convencionalidad en el ámbito interamericano, sin perjuicio de

potenciar el diálogo interjurisdiccional entre los tribunales superiores estatales y las cortes regionales de protección de derechos (TEDH y la Corte IDH). Tal perspectiva lleva a la tutela multinivel de los derechos, en el cual en Europa debe conciliar el control de constitucionalidad, el de convencionalidad y la primacía del derecho de la Unión Europea, donde los jueces nacionales son jueces que deben aplicar los estándares mínimos del CEDH conforme a la interpretación del TEDH y del derecho de la Unión Europea.

Finalmente, Fondevila, plantea sus conclusiones, en las últimas tres páginas del volumen.

Concluyamos este prólogo, señalando que el texto analiza los temas claves de la justicia constitucional contemporánea y realiza una adecuada clasificación de ellos, como, asimismo, es loable el esfuerzo del autor por fijar su posición reflexiva respecto de cada uno de dichos temas, sumado a un trabajo de comparación y decantación que cubre muy bien la misión y objetivos asumida por el autor al concretar este libro.

Dr. Humberto Nogueira Alcalá

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Talca

INTRODUCCIÓN

La pretensión de establecer límites al legislador o al gobernante se remonta hasta el mundo clásico. En la época de Solón se distinguía ya entre los *nomoi*, o leyes fundamentales de la comunidad a la que los gobernantes debían someterse, y los *psefismata*, que vendrían a ser las leyes o decretos aprobados, a propuesta de un magistrado, por la asamblea del Pueblo. Para garantizar los primeros, y prevenirse de los demagogos, existía, en primer lugar, una acción penal de carácter público, llamada *graphé paranomon*, por la que un ciudadano podía denunciar un *psefismata* que los vulnerase y, en segundo lugar, una acción, llamada *dike idia*, que cualquier ciudadano podía interponer contra el magistrado que vulneraba individualmente sus derechos. Teniendo en cuenta que la primera de las acciones mencionadas, junto con la condena del magistrado (normalmente a destierro, pero podía suponer la pena de muerte) implicaba la anulación del decreto, podemos afirmar (salvando todas las distancias propias de una comunidad sacral, en la que la verdadera voluntad que se trataba de preservar con los *nomoi* era la de los dioses) que constituyen, respectivamente, el antecedente remoto del control de constitucionalidad (Ruipérez, 2008: 8) y el amparo.

En Roma, lo más parecido a los *nomoi* era la *humanitas* a la que comienzan a hacer referencia expresa las fuentes romanas a partir del siglo II a. C., pero que se consideraba por los juristas e intelectuales romanos implícita en toda la legislación republicana, formando parte de su ordenamiento positivo y operando desde dentro de la ley, lo que hacía innecesario una instancia superior de control de legalidad. Ello no significa que, a pesar de que el formalismo de sus instituciones no permitiese desarrollar la libertad e igualdad del mismo modo que en Grecia, faltasen en la comunidad política romana elementos de contrapoder: existía una acción penal que podía dirigirse contra los magistrados cuando terminaban su mandato; cabía, además, en todo proceso, la *advocatio ad populum*, y no se puede olvidar que los censores, creados por el plebiscito Ovinio en el año 312 a. C, impedían el acceso al Senado de aquellos antiguos magistrados que, aun no siendo merecedores de condena penal alguna, deshonorarían, por sus gustos y aficiones privados, a la institución. Mención aparte merecen los Tribunos de la Plebe, creados tras la huelga militar del año 259 a. C, los cuales contaban con unos poderes que también recuerdan, en cierto modo, a las funciones que hoy se consideran propias de la jurisdicción constitucional, ya que estaban capacitados para amparar al plebeyo amenazado (*auxilium*) y vetar las leyes de los cónsules (*intercessio*).

Si en el mundo clásico las luchas por la libertad y la igualdad tuvieron lugar entre la plebe y la nobleza, lo que caracterizó a la Edad Media, además de las luchas entre el Emperador y el Papa, fueron los conflictos entre monarcas y nobles. En este contexto socio-político surgieron también algunas instituciones que normalmente se consideran antecedentes remotos de la justicia constitucional. Es el caso –tal y como destacó Victor Fairén Guillén (1971: 7-8)–, del Justicia Mayor de Aragón, el cual, aunque hoy da nombre al *ombudsman* autonómico, consistía, más bien, en una suerte de institución de amparo o, al menos, de *habeas corpus*. Aquellos que podían acogerse a los fueros, y de acuerdo con lo que establecían estos, podían, en caso de ser detenidos, solicitar pasar a estar bajo la custodia penitenciaria del Justicia, lo que impedía que fuesen torturados. Si una vez que se dictaba sentencia, este entendía que la sentencia incurría en un vicio grave, podía negarse a entregarlo.

Si estos son –como se ha dicho– antecedentes remotos de la justicia constitucional, el primer caso de control judicial de la legislación y, por lo tanto, antecedente directo de la implantación, en Estados Unidos de América, de la *judicial review*, tuvo lugar en Inglaterra, con el *Bonham's Case*, de 1610. El juez Coke, Presidente del Tribunal de los *Common Pleas*, identificando el *Common Law* con la Norma Fundamental a la que debe ajustarse toda Ley del Parlamento, dejó escrito entonces que «cuando una ley del Parlamento contraste con la justicia común y la razón o sea repugnante a estas, o sea irrealizable, es posible negar la legitimidad sobre la base del Derecho Común y, si es el caso, declararla nula». El juez fue destituido de todos sus cargos, y a pesar de algunas reivindicaciones posteriores de su doctrina, finalmente terminó siendo derrotada por la de la soberanía del Parlamento (Pegoraro y Rinella, 2020: 19).

Sería en los Estados Unidos donde, casi dos siglos después del caso *Bonham*, naciese de forma pretoriana, en el célebre *Marbury vs. Madison*, de 1803, la *judicial review*, empleando como parámetro de control de las leyes la Constitución. Este control no estaba previsto en la Norma Fundamental americana, a pesar de que un autor tan influyente como Hamilton, en el Federalista 78, había ya manifestado que «por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas limitaciones expresas aplicables a la autoridad legislativa (...) Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los Tribunales de Justicia, cuyo deber ha de ser declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución».

En Europa, la justicia constitucional tardaría, debido a dos factores diversos, más de un siglo en llegar: el primero es una clara reticencia de los revolucionarios liberal burgueses respecto del Poder Judicial, al que redujeron, según la célebre máxima montesquieuana, a ser simplemente «la boca de la ley»¹; el segundo, es que, conse-

1 «Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes» (Montesquieu, 2003: 214).

cuencia de la persistencia del principio monárquico, las Constituciones no llegaron nunca a ser consideradas como normas supremas, ya que, al situar al soberano por encima de la Constitución, es la voluntad de aquel, y no la del acto constitucional, a la que debe adecuarse la legislación estatal (De Vega, 1985: 42 y ss.). Cabe indicar, con todo, que algunas propuestas de control a la acción del legislador hubo tras el periodo de la revolución francesa que se conoce con el nombre de *termidor*: Sieyès propuso un jurado constitucional que sirviese de freno a la voluntad mayoritaria del legislador en nombre de la voluntad unánime de la Constitución y Constant hablará de un poder preservador considerando que toda Constitución debe considerarse como un acto de desconfianza (Rosanvallon, 2010: 192).

No obstante, la primera propuesta de carácter científico dirigida a instaurar en Europa un control judicial de la legislación proviene de G. Jellinek –verdadero «padre» de los Tribunales Constitucionales europeos (Sagües, 2020: 180)– quien, en 1885, escribió una obra titulada *Un Tribunal Constitucional para Austria*. En ella, aboga por conferir al Tribunal del Imperio unas funciones que hoy se consideran propias de la jurisdicción constitucional. De hecho, su propuesta es muy similar a la que formularía treinta años después H. Kelsen, a pesar de ser este quien normalmente es reconocido como el «autor intelectual» de la justicia constitucional europea. Aunque el primer presidente del Tribunal austríaco –quizás por la poca simpatía que sentía hacia él (Palici di Suni, 2013: 4)– nunca cita al Profesor de la Universidad de Heidelberg, la principal diferencia entre ambas propuestas es que, mientras Kelsen defiende un control represivo o *a posteriori*, Jellinek defiende la intervención del Tribunal imperial como instancia arbitral, ejerciendo, a petición de una minoría, un control previo (*Ibid.*: 25). Por lo demás, en ambos casos se atribuye la justicia constitucional a un *órgano* especializado, instado por determinados sujetos legitimados. En cualquier caso, serían los escritos de Kelsen los que más repercusión alcanzarían tanto por la célebre controversia con C. Schmitt sobre quién debe ser el defensor de la Constitución, como por la influencia que ejercieron en la configuración del primer Tribunal Constitucional austríaco, que acaba de cumplir un siglo.

Como se verá en las páginas siguientes, durante estos cien años la justicia constitucional ha conocido una espectacular extensión y ampliación de funciones, aunque ello, lejos de suponer una completa consolidación, ha supuesto un cuestionamiento quizás mayor que en ningún momento. Los gobernantes, tanto de antes como de ahora, se sienten incómodos sometidos a control judicial², y aunque siempre ha habido voces críticas con la justicia constitucional, en el último lustro hemos asistido en España a un espectacular incremento de trabajos académicos (en muchos casos doctorales) que abogan por una nueva forma de ejer-

2 Incluso, como indica Esteve Pardo (2020: 83) con el control de legalidad de los actos administrativos. Este opúsculo relata, de forma amena las dificultades históricas para lograr un efectivo control judicial del poder.

cer la justicia constitucional. Trabajos que fueron realizados al mismo tiempo que nuestro Tribunal Constitucional, teniendo que enfrentar, como consecuencia del desafío catalán, la mayor crisis constitucional desde que se aprobó la Constitución de 1978, era sometido a una espectacular campaña de descrédito dirigida a tratar de minar su autoridad.

El objetivo de esta breve monografía será estudiar esta evolución, tratando de extraer consecuencias teórico-prácticas de la misma, al tiempo que se analizan críticamente los argumentos contrarios a la justicia constitucional. Ello requerirá combinar el método comparado con un estudio, fundamentalmente doctrinal, de las principales posturas acerca de la justicia constitucional.

La obra se divide en seis capítulos: en el primero se estudia, desde el punto de vista del Derecho Comparado, la universalización de la justicia constitucional, y se proponen nuevas clasificaciones explicativas de la misma; en el segundo, se somete a crítica los postulados del más célebre detractor de la justicia constitucional, el neozelandés J. Waldron, que inspira a muchos críticos de la justicia constitucional no solo en el mundo anglosajón, sino también en Europa y Latinoamérica; en el tercero se aborda una cuestión que acompaña a la justicia constitucional desde su misma implantación, como es su relación con la Democracia, pero aportando nuevas perspectivas desde estudios recientes; en el cuarto se expone la problemática relativa a la interpretación constitucional, que es, a fin de cuentas, la cuestión más delicada en relación a la justicia constitucional; en el quinto capítulo, se exponen los principales retos que habrán de abordarse en nuestro país de cara a mejorar la justicia constitucional; por último, una breve referencia a la articulación entre las jurisdicciones constitucionales de la libertad y los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos.

I

EVOLUCIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

I.1. El Derecho Constitucional Comparado y la Teoría de la Constitución para conciliar teoría y realidad constitucional en materia de justicia constitucional

La Constitución de un Estado no es objeto de estudio exclusivo del Derecho Constitucional sino, en mayor o menor medida, de un conjunto de disciplinas que podemos denominar «Ciencias Constitucionales» (Ruipérez, 2017: 49 y ss.), entre las que cabría citar: la Teoría de la Constitución, la Teoría del Estado, el Derecho Constitucional Comparado, la Ciencia Política, la Historia de las Ideas Políticas o la Filosofía del Estado. Por supuesto, el constitucionalista no puede ser, a la vez, comparatista, filósofo, politólogo, historiador etc., pero desde su respectiva especialización debe estar mínimamente informado sobre el estado de las ciencias que forman su sector cultural, para poder aplicar los valores que estas realizan a la sociedad civil (Lucas, 1987: 76).

Lógicamente, el conocimiento que se le puede exigir a un constitucionalista del Derecho Constitucional Comparado es muy superior al de otras ciencias, y se ha llegado a afirmar –incluso– que el iuspublicista actual tiene que ser, necesariamente comparatista (Pegoraro y Rinella, 2007: IX). Esto tampoco significa que toda investigación constitucionalista deba adoptar el método comparado, pues la finalidad perseguida justificará la elección de la disciplina científica con su correspondiente metodología, pero sí implica que, en un mundo cada vez más integrado y globalizado, disminuye el número de materias que pueden afrontarse exclusivamente desde la perspectiva nacional. El estudio del contenido y garantía de los derechos –por ejemplo– quizás pueda adoptarse desde una perspectiva puramente interna (sin perjuicio de alguna referencia extranjera y de ser susceptible, también, de estudios comparados) pero, desde luego, no podrá comprenderse la justicia constitucional como institución renunciando a la comparación.

Ahora bien, corolario de lo dicho es que cuando el constitucionalista se sirve del Derecho Constitucional Comparado para sus investigaciones, esta ciencia tiene, necesariamente, que perder el carácter «laico» (lo que significa que se trata de una ciencia relativista, que renuncia a emitir juicios de valor) que –según L. Pegoraro y A. Rinella (2016: 65 y ss.)– le caracteriza. Este indiferentismo hace perder a la comparación su carácter constitucional. Quizás pueda hablarse de Derecho Público Comparado, pero no de Derecho Constitucional Comparado. Todo Estado tiene un Derecho Público, incluso un Derecho Político (Lucas, 1980: 43-45), pero hay un acuerdo bastante generalizado entre los constitucionalistas para considerar que no todo Estado tiene –en sentido estricto– una Constitución y, por lo tanto, tampoco en todos existe un Derecho Constitucional.

Cuando esta pretensión se conjuga con la de que estos estudios comparados abarquen todo el orbe jurídico (Pegoraro y Rinella, 2018: 24 y ss.) –incluso si dicha pretensión, en el caso de los autores que se han citado, se limita (con excepciones) a la macrocomparación– se transita por sendas que ningún constitucionalista (ni siquiera uno positivista) debe recorrer. Ejemplo de esto que se critica sería incluir, como hacen estos autores (Pegoraro y Rinella, 2020: 203 y ss.), en la clasificación acerca del parámetro empleado por los distintos sistemas de justicia constitucional, la *Sharía* en tanto que fuente suprema del Derecho de algunos países islámicos.

Es cierto que, cuando se examinan los distintos tomos de la obra *Derecho Constitucional Comparado*, recientemente publicada por estos autores, se comprueba que resultan bastante ambivalentes pues, en primer lugar, a pesar de afirmar que «no existe una visión «correcta» y una «errónea» [del Derecho]», siendo para ellos cualquier diferencia observable en el Derecho Comparado «visiones diferentes, que ofrecen informaciones diversas» (*Ibid.*: XI), no dudan, sin embargo, en afirmar, al mismo tiempo –realizando auténticos juicios de valor–, que algunas constituciones (como la de China) son «constituciones sin constitucionalismo», que no cumplen las funciones de tales, y existen solo de cara a la Comunidad Internacional (*Ibid.*: 181). En segundo lugar, también sostienen que el constitucionalista y, en general, el iuspublicista doméstico, tiene una perspectiva distinta del comparatista, pues mientras aquel interpreta con operaciones conceptuales exclusivamente internas de modo *top-down* (al igual que jueces y abogados), este, moviéndose por el análisis empírico, construye categorías conceptuales que le consienten clasificar e individualizar analogías y diferencias en ellas (siendo, entonces, su trabajo *bottom-up*) subsumiendo, si es oportuno, los casos concretos» (Pegoraro y Rinella, 2016: 24). Con base en esta idea, en un momento posterior de la obra, exponen el concepto de «*tertium comparationis*» afirmando que se trata de «la «idea» de aquello que une, respecto a la búsqueda de lo que divide» (*Ibid.*: 194), añadiendo finalmente que: «describe esta o aquella realidad jurídica, elevándola a prototipo o modelo ejemplar. Su utilidad, por lo tanto, está en ofrecer al comparatista un parámetro de referencia en base al cual expresar sus propias evaluaciones críticas sobre los términos de la comparación» (*Ibid.*: 195-196).

Es decir, que en el fondo no son tan relativistas ni escépticos, y tampoco operan tan de abajo a arriba. El método comparado, consistente en elaborar clasificaciones tras identificar los elementos determinantes para las mismas sigue dotando de autonomía a dicha ciencia, pero las diferencias entre el constitucionalista comparatista y el nacional no son tan radicales. Sería, ciertamente, muy lamentable que, siendo el Derecho Constitucional Comparado, al igual que otras ciencias como, por ejemplo, la Teoría del Estado o la Historia de las Ideas Políticas, el refugio de los verdaderos constitucionalistas cuando deben desempeñar su labor en un marco político de privación de libertades, no permitiese a los constitucionalistas que lo practican en Democracia usarlo con el mismo espíritu para una crítica del Derecho vigente.

Dicho «*tertium comparationis*» solo puede identificarlo cabalmente la Teoría de la Constitución. El Derecho Constitucional Comparado otorga a los estudios constitucionales una buena dosis de realidad y hace descender a los constitucionalistas de las nubes dogmáticas. Puede verificar una eventual obsolescencia de ciertas categorías explicativas. Pero en tanto que sea un Derecho «Constitucional», no puede ignorar la Teoría de la Constitución. Puede que no resulte extraño dicho alejamiento cuando esta ciencia –como señala J-J. Gomes Canotilho– se ha disuelto en otras materias provocando «a desvalorização da constituição e as teorias nela centradas» (Gomes Canotilho, 2003: 1355). En gran medida, la Teoría de la Constitución se disuelve en las teorías filosóficas de la justicia, las cuales se enriquecen con ella, y pueden luego retroalimentar aquella, pero no son suficientes para fundamentar construcciones constitucionales, en concreto, y como se verá a lo largo de este trabajo, acerca de la justicia constitucional.

Los filósofos de la Política y el Derecho, independientemente de la postura que adopten sobre la justicia constitucional tienden, por lo general, a relacionarla con modelos democráticos, aportando un punto de vista interesante y complementario, pero insuficiente, por sí mismo, para comprender la justicia constitucional en toda su complejidad y magnitud. Teorías deliberativas, argumentativas, reflexiones acerca de la Democracia mayoritaria o consensual, etc., tienen siempre que ser un paso posterior, no anterior, ni sustitutivo, de la explicación de los presupuestos de jurisdicción constitucional desde el concepto de supremacía constitucional con base en el principio de soberanía popular.

1.2. La universalización del tipo jurisdiccional de defensa de la Constitución

El inicio de la jurisdicción constitucional en Norteamérica es de sobra conocido. Su primera afirmación se encuentra en la ya mencionada (y, por cierto, bastante mitificada) sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Marbury vs. Madison*, de 1803. En el caso *Fletcher vs. Peck*, de 1810, el Tribunal Supremo anula por primera vez una ley estatal por ser contraria a la Constitu-

ción³. No obstante, pasaría casi un siglo hasta que el precedente de *Marbury* volviese a ser usado por la Corte, concretamente en *Mugler vs. Kansas* de 1887 y después en *Pollock vs. Farmers' Loan & Trust Co.* de 1895. Hoy en día el control de constitucionalidad es ejercido por todos los jueces, reservándose el Tribunal Supremo unos pocos casos (menos de doscientos casos al año son admitidos). En Canadá, el *Judicial Committee of the Privy Council* revisaba, desde 1833, los Estatutos de las colonias, y la Constitución de 1867 estableció previsiones para que los jueces limitasen la acción del legislador. Desde la creación, en 1875, del Tribunal Supremo, este se ha encargado de casos de relevancia constitucional. Actualmente, el mayor instrumento de control de constitucionalidad está contenido en la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* de 1982, pero este país responde a un modelo de constitucionalismo débil, en el que las legislaturas federales y provinciales pueden acudir a la *notwithstanding clause* para hacer inmune a la justicia constitucional una ley tanto con carácter previo como posterior a una decisión de la Corte (Pegoraro y Rinella, 2020: 57 y ss.). En México, el control de constitucionalidad judicial se establece en la Constitución de 1824 en 1847. Actualmente, su sistema de justicia constitucional se basa en un control centralizado en la Suprema Corte respecto de las acciones y controversias constitucionales (art. 105) y el amparo, llevado a cabo por los jueces de la federación (art. 103).

En Centroamérica también se fue extendiendo el control jurisdiccional. En Guatemala se introduce en 1921 a través de una reforma de la Constitución de 1879, que permite a los jueces inaplicar las leyes contrarias a la Constitución. En Honduras, aunque existían acciones de protección de derechos desde 1865, es la Constitución de 1894 la que incluyó un recurso de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte, así como la obligación de los jueces de no dar cumplimiento a leyes contrarias a la Constitución. En Nicaragua se establece en 1893 la potestad de la Corte Suprema de inaplicar las leyes contrarias a la Constitución y, a partir de 1905, las Constituciones establecieron el amparo. En El Salvador se estableció en 1871 el *habeas corpus* y en 1886 el amparo, pero una acción de inconstitucionalidad y la potestad de inaplicabilidad no llegarían hasta 1921, con la Constitución de la República Centroamérica. En Costa Rica, el control de constitucionalidad comienza, a partir de 1887, en manos de todos los jueces, hasta que en 1938 se concentra en la Corte Suprema el recurso de inconstitucionalidad, que es el sistema que rige hoy, pero competencia de la Sala Constitucional. Finalmente, en Panamá, se instaura un sistema mixto en 1904, pasando a ser concentrado a partir de 1941. En la actualidad, por tanto, todos los Estados de América Central tienen un control jurisdiccional de constitucionalidad, aunque configurado de diferentes maneras. En Belice, cualquier juez puede plantear la cuestión de constitucionalidad a la Corte Suprema. En Costa Rica, únicamente

3 Se ha señalado que la *judicial review* sirvió también para dotar de coherencia al sistema federal (Jerusalem, 1930: 54).

la Sala Constitucional lleva a cabo el control de constitucionalidad de las leyes. En Panamá, la Suprema Corte vela por la constitucionalidad de las leyes, decidiendo sobre los proyectos que el ejecutivo haya objetado cuando la Asamblea insista en su promulgación, y a través de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por cualquier persona. En Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua, el control de constitucionalidad es ejercido tanto de manera centralizada (por la Corte de Constitucionalidad, las Salas de constitucionalidad de las Cortes Supremas de Justicia y Corte Suprema respectivamente) como por jueces ordinarios.

En la región del Caribe, Barbados merece mención especial, pues cuenta, como Gran Bretaña o Nueva Zelanda, con una Democracia de tipo mayoritario (Lijphart, 2012: 38 y ss.) y, sin embargo, posee también una Constitución escrita y rígida, que proclama (art. 1) su supremacía sobre todo tipo de leyes y normas inferiores, otorgando a los jueces la facultad de revisión. Del mismo modo lo establece, por su parte, el art. 2 de la Constitución de Bahamas. Cuba instauró en 1901 un control de constitucionalidad concentrado en manos del Tribunal Supremo, al que se accedía por recurso incidental, acción pública plural y acción pública incidental. En 1940 se creaba el Tribunal de Garantías Constitucionales como una Sala del Tribunal Supremo –la primera de este tipo (Sagües, 2020: 191)–, ampliándose las vías procesales de acceso, pero dejó prácticamente de funcionar a partir de 1959 para dejar, a partir de 1976, paso a un control de tipo político. La Constitución de 2019 establece, pero dejando su desarrollo en manos del legislador, una acción de protección de derechos y un procedimiento de *habeas corpus*, sin llegar, por tanto, a establecer –como a nadie sorprenderá, tratándose de una dictadura– una verdadera justicia constitucional (Villabella, 2019: 108). Tanto en Antigua y Barbuda como en Trinidad y Tobago, son las Cortes Supremas las que dirimen cuestiones constitucionales. Por último, en Jamaica, la Constitución prevalece, con las excepciones hechas en los artículos 49 y 50 de la Constitución, sobre el resto de las leyes, teniendo la Corte Suprema jurisdicción en primera instancia en materia de protección de derechos.

En América del sur, algunos países adoptaron un tipo jurisdiccional de control de constitucionalidad ya en el siglo XIX: Argentina tuvo, en el caso *Sojo*, de 1887, su particular *Marbury vs. Madison* (Nogueira, 2006: 105). En Bolivia, la *judicial review* se estableció con la Constitución de 1861. En Brasil surgió un control de constitucionalidad también difuso con la Constitución de 1891. En 1858, en Colombia, se estableció la facultad de la Corte para suspender las leyes estatales contrarias a la Constitución, debiendo dar cuenta al Senado para que decida definitivamente sobre su nulidad, y a la vez, la posibilidad de que el Presidente objete la inconstitucionalidad de las leyes, pero estableciendo también que si ambas cámaras rechazaban las objeciones, este no podía negarse a sancionarlas, no siendo hasta 1886 que se establece (antes que en Austria) un control concentrado de constitucionalidad, aunque en manos de la Corte Suprema. También se estableció un control concentrado en la Constitución de Venezuela de 1858, que reguló una acción popular directa de

inconstitucionalidad, pero solo respecto de las leyes provinciales. En Uruguay, a pesar del silencio de la Constitución de 1918 al respecto, en 1874, excepcionalmente se declaró inconstitucional una ley de 1862 que establecía que el Estado no debía indemnizar a los particulares daños de guerra. En el siglo XX llegaría la jurisdicción constitucional a Chile (1925), Ecuador (1945), Paraguay (después de 1992), Perú (1979) y Uruguay (1934). Actualmente, el panorama de sistemas de justicia constitucional en esta región es enormemente variado: en algunos Estados un único órgano ejerce el control de constitucionalidad, pudiendo ser este un Tribunal Constitucional (Bolivia), la Corte Suprema (Uruguay) o la Sala Constitucional de la Corte Suprema (Paraguay). En Chile hay un doble control concentrado en el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. En Perú, Colombia y Ecuador existe control abstracto por parte de un Tribunal Constitucional especializado cuyas resoluciones tienen efectos *erga homines* y por los jueces ordinarios, que deben aplicar preferentemente la Constitución en caso de conflicto con las leyes. Otros, como Brasil, tienen un control concentrado en el Tribunal Supremo (que conoce de diversas acciones) y, asimismo, los jueces tanto federales como estatales pueden controlar la constitucionalidad de las leyes y resolver determinadas acciones. En Venezuela, la Sala Constitucional declara la nulidad de las leyes, debiendo los jueces ordinarios aplicar con preferencia la Constitución frente a estas. Finalmente, en Argentina, todos los jueces tienen la facultad de inaplicar las leyes.

En Europa, la justicia constitucional tardaría más de un siglo en llegar. Dejando al margen el ya mencionado antecedente del *Bonham's Case*, su «acta de nacimiento» se encuentra en los Tribunales Constitucionales creados por las Constituciones de Checoslovaquia, de 29 de febrero, y Austria, de 1 de octubre. El delicado momento político de la Europa de entreguerras y la falta de cultura jurídico-política democrática determinó la desdichada suerte de los tres primeros Tribunales Constitucionales. El Tribunal Constitucional austríaco comenzó su declive cuando, en 1929, se modificó el art. 147 de la Norma Fundamental fortaleciendo, a costa del Parlamento, el papel del Gobierno Federal en el nombramiento de Magistrados, pero no fue hasta 1933 que, en virtud de una modificación del art. 6 de la Ley del Tribunal, este quedó completamente paralizado (De Miguel y Tajadura, 2018: 220-223). El Tribunal Constitucional checo funcionó, aunque con escaso protagonismo (Sagües, 2020: 181 y ss.) mientras la Constitución de 1920 estuvo vigente, que fue todo el periodo que abarca hasta los acuerdos de Múnich de 1938, en que comenzó un proceso de desintegración del Estado que finalizaría el 16 de marzo de 1939, con el establecimiento del protectorado alemán (Cruz Villalón, 1982: 119). En 1921 se creó en Liechtenstein un «Tribunal de Estado» con competencias constitucionales que, con importantes reformas en 2003, subsiste hasta nuestros días (Sagües, 2020: 189). El Tribunal de Garantías Constitucionales, creado por la Constitución española de 1931, gozaba de muchas más atribuciones que sus homónimos, pero no se constituyó hasta octubre de 1933 y no dicta su primera sentencia hasta junio de 1934, reduciendo muchísimo su actividad una vez iniciada la guerra y hasta principios de 1939, en que se puede considerar que

cesa toda su actividad. Además, se trató de un Tribunal muy desacreditado: la disposición final de la LOTGG, que impedía que este controlase las leyes aprobadas por esas mismas Cortes, su composición, con una mayoría de Magistrados de alto perfil político, el rechazo de la clase política catalana a alguna de sus sentencias, y el hecho de que su primer Presidente dimitiese por desavenencias con el Gobierno, no lo hicieron un órgano digno de ser tomado como referencia por el constituyente de 1978 (Tomás y Valiente, 1993: 29-30).

En Europa occidental, la jurisdicción constitucional conoce dos momentos de expansión: después de la II Guerra Mundial, primero, y en los años setenta después. En Europa central y oriental antes de 1989 solo Yugoslavia (1963), Checoslovaquia (1968) y Polonia (1982) contaban con órganos jurisdiccionales especiales de control de constitucionalidad. Pero, a partir de 1990, las Constituciones de Bulgaria, Polonia, Rumanía, República Checa, Eslovaquia, Eslovaquia, Croacia, Eslovenia, Hungría y Rusia establecen un Tribunal Constitucional (Rousseau, 2012: 14-18). En un buen número de casos, los Tribunales Constitucionales se establecen en países que transitan de una dictadura a una democracia. Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976) y España (1978) son ejemplos de ello. Hoy en día, excepto en los ya mencionados casos de Holanda y Gran Bretaña, todos los Estados europeos cuentan con tribunales con competencias constitucionales. Algunos lo han hecho en un momento relativamente reciente: por ejemplo, en Luxemburgo, cuya Constitución data de 1868, no es hasta 1996 que se introduce, en el art. 95 ter, un Tribunal Constitucional. En Finlandia, hubo que esperar al año 1999 para que se introdujese un control de constitucionalidad de inspiración difusa. Finalmente, en Francia, que contaba hasta 2008 con un control de constitucionalidad de tipo político, introdujo un control jurisdiccional de tipo incidental.

En África encontramos modelos concentrados de control de constitucionalidad, por ejemplo, en Sudáfrica y Marruecos (que ejerce también competencias en materia de control de elecciones al parlamento y referéndums). En el primero de los países mencionados, durante la vigencia de las Constituciones de 1964 y 1983, la *judicial review* estaba encomendada a todos los jueces, pero la de 1996 creó este órgano, el cual ejerce un control únicamente *a posteriori*, y la competencia de los jueces ordinarios desapareció por completo en 2013 (Pegoraro y Rinella, 2020: 130). Como regla general, en este continente, las excolonias francesas cuentan con órganos constitucionales, denominados «consejos constitucionales» como en Chad o Argelia o Cortes Constitucionales (Congo, Benín...) que normalmente incluyen, junto al control preventivo, el control *a posteriori*. En las que fueron colonias inglesas existen Tribunales Supremos que ejercen, también, como órganos de revisión constitucional (*Ibid.*: 97).

En Asia, muchos países cuentan con Tribunales Constitucionales: es el caso de Turquía, con la Constitución de 1982, Uzbekistán, Tayikistán, Kazajistán, Azerbaiyán, Armenia, algún otro ordenamiento surgido del desmembramiento de la URSS, Tailandia, Corea, etc. (*idem*). En India, la Corte Suprema ejerce, y de modo

muy activo, funciones constitucionales. Sin embargo, en el país más poblado del continente (China), por ser ajeno a la idea de constitucionalismo, no existe ningún tipo de control de constitucionalidad⁴.

En Oceanía, por último, encontramos el caso de Nueva Zelanda donde, como es sabido, se rechaza –al igual que en Gran Bretaña– cualquier tipo de control de constitucionalidad. Sin embargo, en Australia existe un sistema de jurisdicción constitucional inspirado en el modelo norteamericano donde cada juez puede ejercer el control de constitucionalidad sobre leyes federales y estatales pero en el que, al igual que en los EE.UU, existe un alto grado de concentración en la Corte Suprema, sobre todo, en materia de conflictos territoriales mientras que, en Vanuatu y Samoa, las Cortes Supremas tienen competencia para juzgar eventuales violaciones e interpretar la Constitución (*Ibid.*: 85 y ss.).

1.3. La expansión de funciones de la justicia constitucional

Resulta importante destacar que, igual que su más fecunda teorización se produce en la época de entreguerras, la extensión de los órganos de jurisdicción constitucional se produce en Europa –tal y como señaló P. De Vega– en una época de crisis jurídica, política e ideológica de la Constitución. Ello determina, así mismo, el reforzamiento de sus funciones, pues, como nos indica este autor: «que la justicia constitucional nazca históricamente como respuesta a una crisis generalizada del concepto de Constitución obliga, antes de nada, a establecer un adecuado y radical planteamiento sobre cuáles habrán de ser sus funciones. (...). Que los tribunales constitucionales se configuren como guardianes de la Constitución (...) significa, en primer lugar, que se va a operar una ampliación importante de sus esferas de competencias. Hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, hablar de justicia constitucional equivalía a hablar de control jurisdiccional, de la *judicial review*, tal y como fue abordada y entendida por la tradición jurídica norteamericana. Hoy en día, por el contrario, el control de constitucionalidad es únicamente un aparato (si bien, importante y nada desdeñable) de una fenomenología mucho más rica y compleja. A su lado hay que situar instituciones y actividades tan decisivas como la *Verfassungsbeschwerde*, la resolución de los conflictos entre los órganos superiores del Estado, la declaración de anticonstitucionalidad y la prohibición, en su caso, de los partidos políticos, la declaración de pérdida de derechos fundamentales, etcétera» (De Vega, 2004: 299-300).

Al respecto de esto último, cabría mencionar los casos del Tribunal Constitucional Federal alemán, con competencias para declarar el abuso del derecho, la inconstitucionalidad de los partidos políticos y controlar las elecciones, o la

4 Se considera que la Asamblea Popular Nacional y el Comité de esta son los más altos órganos legislativos y aquellos facultados para resolver controversias. Ello a pesar de que la Constitución establece un control formal de la Constitución que no ha sido habilitado (Zhai, 2013: 70).

Corte Constitucional rumana, cuya Constitución le otorga competencias en materia de elección, suspensión e interinidad presidenciales, el control del referéndum y –también– la constitucionalidad de los partidos políticos. Asimismo, encontramos en este tipo de órganos otras competencias alejadas de la idea de control de constitucionalidad: por ejemplo: competencias en materia de *impeachment* o incapacidad del Presidente, competencias para establecer las medidas para la ejecución de sentencias de Tribunales internacionales y deliberar sobre la decisión del Presidente de la República, de anular resoluciones especiales adoptadas por el legislativo, competencias para verificar las circunstancias de la disolución presidencial, comprobar las incompatibilidades de los ministros y pronunciarse sobre las candidaturas al cargo presidencial, funciones consultivas y otras de lo más variado (incluidas emitir pareceres sobre medidas de emergencia o decidir la extradición de extranjeros) (Pegoraro y Rinella, 2020: 174 y ss.).

1.4. La obsolescencia de los modelos

Visto esta amalgama de jurisdicciones constitucionales y la enorme diferencia de las funciones que ejercen los órganos con facultades constitucionales, se comprende fácilmente por qué los estudios comparados de referencia sobre justicia constitucional muestran la incapacidad de la teoría tradicional de los modelos americano y europeo para explicar la realidad actual de los órganos encargados de la defensa de la Constitución. Lejos de las aparentemente claras líneas delimitadoras con las que algunos siguen aproximándose al estudio de la justicia constitucional⁵, lo cierto es que, tal y como indica F. Rubio (1998: 160), hay más diferencias entre los sistemas de justicia constitucional existentes en Europa que entre algunos de ellos y el norteamericano. Al respecto podrían citarse Dinamarca⁶ (donde, incluso a falta de previsión constitucional, la jurisprudencia ejerce desde los años veinte del siglo pasado el control de constitucionalidad) o Suecia (cuyo sistema de control de constitucionalidad responde, desde 1964⁷, a un modelo de inspiración difusa) (Duranti, 2009: 143-144).

Pero, por supuesto, no se trata, tan solo, de que los modelos no se den uniformemente en los continentes donde tuvieron su origen. Para comprender las insuficiencias dogmáticas de la teoría de los modelos de justicia constitucional la

5 Como señala A. La Pégola (1978: 37-39), lo que Kelsen trataba de hacer, era racionalizar y adaptar la *judicial review* a Europa, pero debe destacarse que sus tesis fueron muy discutidas en su momento y aunque pudiera parecer que el modelo triunfaba tras la II Guerra Mundial (García Belaunde, 2017a: 223 y ss.) se verá en las próximas páginas cómo ello no es así. Además, autoras como M. Ahumada han señalado que probablemente el fundador de la escuela de Viena exageraba las diferencias y la superioridad del modelo europeo por una cuestión, en definitiva, de ego personal (Ahumada, 2005: 277-278).

6 *Vid.*, decisiones *UFR* 1921.153 y 1921.169.

7 Fue establecida por la Corte en la Sentencia NJA.

principal referencia es la obra de G. Tusseau titulada *Para acabar con los «modelos» de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*. Este autor entiende que la contraposición entre modelo concentrado (europeo) y difuso (americano) basada en cuatro elementos (si existe o no un órgano *ad hoc* encargado de ejercer la justicia constitucional, si el control es abstracto o concreto, si la cuestión se plantea por vía de acción o de incidente, si la decisión tiene efectos generales o solamente entre las partes) no se sostiene ni teórica, ni pragmática, ni políticamente, y por ello es necesario reemplazarlos. Propone que se haga utilizando un metalenguaje comprensivo y neutro. Es decir, desde una perspectiva pragmática, que conduce a la relatividad y pertinencia contextual de las elecciones conceptuales.

Pretender obtener un conocimiento sobre la jurisdicción constitucional basado en esta dicotomía es un empeño necesariamente condenado al fracaso si se ignora que hoy la jurisdicción constitucional está conformada por un conjunto interrelacionado (sistema) de elementos que, lamentablemente, no responden a una lógica tan simple.

La evolución de la justicia constitucional en Estados Unidos la acerca a un modelo concentrado, a pesar de no ser del todo correcta la habitual afirmación de que es un Tribunal especializado en cuestiones constitucionales⁸. Es habitual, en este sentido referirse a la institución del *writ of certiorari* por el que el Tribunal elige discrecionalmente los casos de los que va a ocuparse. Dos reformas procesales de 1988 eliminaron, además, su jurisdicción de apelación, también, respecto de los Tribunales federales. Aunque el control sea incidental, una ley de 24 de agosto de 1937 reguló la intervención del *Attorney General* siempre que se discutiese la constitucionalidad de una ley federal (una intervención que lo aproxima al sistema de acción). Por último, la vinculación al precedente hace que en la práctica los efectos (sobre todo en una sentencia del Tribunal Supremo) sean generales (Fernández Segado, 2014: 89 y ss.).

En Austria el control abstracto puro duró poco: en 1929 se llevó a cabo una reforma para permitir al Tribunal Judicial y a la Corte de Justicia Administrativa presentar cuestiones de inconstitucionalidad. Este acceso se amplió en 1975 a los Tribunales de segundo grado, en 2012 a los Tribunales administrativos de los *Länder* y desde 2015 a todos los jueces ordinarios (Pegoraro y Rinella, 2020: 64 y ss.). Ni que decir tiene que este modelo «mixto» es el que se adoptó originalmente en Estados como Italia y España de modo que el llamado modelo austríaco realmente solo estuvo vigente en Francia hasta 2008.

8 Richard Posner (2008: 299) nos muestra que, aunque los casos constitucionales reciben no solo más atención, sino que generan más controversia dentro y fuera del Tribunal, raro es el año en que superan el 50%. De todas formas, ello no invalida la tesis de la difuminación de los modelos: también, por ejemplo, el TC español, cuando resuelve amparos (que son la mayoría de sus sentencias) rara vez se pronuncia sobre constitucionalidad de las leyes.

1.5. Nuevas clasificaciones de la justicia constitucional (revisión de la tipología de Lucio Pegoraro y Angello Rinella)

Los Profesores L. Pegoraro y A. Rinella (2020: 268 y ss.), aun coincidiendo con la irrealidad de la teoría clásica de los modelos de justicia constitucional, consideran necesaria mantenerla como categoría explicativa de los actuales sistemas. Sostienen que un análisis empírico no puede prescindir de ella porque está presente en la conciencia de los legisladores, que creen que pueden importarlos y adaptarlos. De hecho, combinando esta clasificación tradicional con la variante territorial organizan los sistemas de justicia constitucional del siguiente modo: a) sistemas unitarios (casi) integralmente concentrados; b) sistemas plurales parcialmente concentrados; c) sistemas plurales parcialmente descentralizados; d) sistemas plurales integralmente descentralizados.

No parece la mejor opción. La teoría de los modelos puede seguir manteniendo virtualidad pedagógica en docencia universitaria de nivel básico, pero comprobada su obsolescencia para describir los actuales sistemas de justicia constitucional parece necesario –y en tal propósito se ha empeñado en los últimos años la doctrina comparatista– elaborar otras clasificaciones que resulten más descriptivas. Si se conviene que uno de los aspectos negativos de seguir manejando la teoría de los modelos es que impide obtener conclusiones comparativas relevantes, dado que en ellas los tipos híbridos o mixtos constituyen la norma, se avanza poco sustituyendo la terminología de mixtos por la de sistemas parcialmente concentrados o descentralizados. Por el contrario, resulta mucho más pertinente clasificar los órganos de justicia constitucional según formen parte o no del Poder Judicial, pues ello tiene no solo la virtualidad de describir los órganos de manera más nítida (dado que, por ejemplo, es difícil decir con certeza si la Sala Constitucional venezolana forma parte de un sistema difuso o es un órgano concentrado) si no que permite, también, transitar con más seguridad por otras sendas del control de constitucionalidad. Especialmente, en lo relativo a la naturaleza del control, cuando los órganos lo son del Poder Judicial, se puede dudar hasta qué punto los órganos superiores hacen un control subjetivo (se ha dicho con frecuencia que los órganos judiciales superiores norteamericanos razonan solo en abstracto respecto de la ley, haciendo un control objetivo), pero esa cuestión ni se plantea –respecto del control de constitucionalidad (cosa distinta es en amparo)– cuando es un órgano independiente.

Estas clasificaciones deben combinar elementos estructurales y procedimentales. También es necesario prescindir de tipos que son residuales. Por ejemplo: tras las reformas en Austria el tipo general de control puramente abstracto está en extinción, y sólo en unos pocos casos, como Estados Unidos (de forma pre-

valente), Suecia y Luxemburgo (de forma pura) se da solo un control incidental, siendo la regla que se combinen uno y otro. Lo mismo ocurre con el control *a priori* y *a posteriori*: lo normal –con algunas excepciones como Rumania y Francia– es que los sistemas de justicia constitucional combinen en el procedimiento de control abstracto a ambos, siendo lo habitual un control preventivo de los Tratados y *a posteriori* de las leyes. Pero incluso en estos países, al contar con procedimientos de control abstracto e incidental, el control es en parte preventivo y en parte *a posteriori*.

Otro ejemplo de clasificación de la que debe prescindirse es la que distingue entre justicia constitucional jurisdiccional y política. Como se ha visto en páginas anteriores, desde el punto de vista teórico (o de los fundamentos) resulta muy cuestionable que pueda hablarse de justicia constitucional «política»⁹. El artifice tanto de la Constitución austríaca como del primer órgano de justicia constitucional en Europa rechazaba esta hipótesis, no solo respecto del presidente del Reich sino, también, del Parlamento ya que: «Sería ingenuidad política contar con que el Parlamento anularía una ley votada por él en razón de que otra instancia la hubiera declarado inconstitucional. El órgano legislativo se considera en la realidad como un libre creador del Derecho y no como un órgano de aplicación del Derecho vinculado a la Constitución, no obstante que lo está, teóricamente, bien que en una medida relativamente reducida» (Kelsen, 2011: 274). Cuando se toman en consideración los fundamentos teóricos de la justicia constitucional que se han venido exponiendo, no cabe más que dar la razón a quien, como M. Aragón, defiende claramente que solo es justicia constitucional aquella de tipo jurisdiccional. Según este autor: «la democracia constitucional, en la que la democracia «en» la constitución está subordinada a la democracia «de» la constitución, exige que haya justicia constitucional. Justicia de jueces y no de políticos (lo que sería un contrasentido), pues es función «natural» de la jurisdicción resolver los conflictos entre normas (entre la constitución y las que componen el resto del ordenamiento)» (Aragón, 2019: 23). Desde un punto de vista comparado, también es una categoría que resulta problemática. L. Pegoraro (2019: 51) no ofrece un concepto claro, sino que lo define por oposición al tipo jurisdiccional y, de hecho, en el libro escrito junto con A. Rinella (2020) se utiliza la expresión control político en sentidos muy diferentes (para referirse al modelo francés, al poder de veto presidencial, las funciones consultivas de la Corte canadiense etc.). Considerando todos ellos como tal, sería también un caso en que la mayoría de los ordenamientos deberían ser considerados híbridos. No por casualidad –como se ha visto en el epígrafe anterior– es el modelo que se ha generalizado en todo el mundo.

9 Por eso en esta obra se usa como sinónimos los términos «justicia constitucional» y «jurisdicción constitucional».

Con estos criterios, y siguiendo en lo demás las premisas de estos autores, proponemos la siguiente tipología clasificatoria, en la que se ha intentado seguir la regla de que las categorías sean mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas (Tusseau, 2011: 82):

- a) De acuerdo con la estructura cabe distinguir: 1) sistemas donde la jurisdicción constitucional compete a los órganos del Poder Judicial, que pueden dividirse a su vez en aquellos que cuentan con una Sala Constitucional dentro de los Tribunales Supremos (por ejemplo, Paraguay o Costa Rica) y aquellos que carecen de ella (Estados Unidos, Argentina...); 2) sistemas en los que la jurisdicción constitucional corresponde a un órgano independiente del Poder Judicial (Austria, España...), aunque se puedan dividir en Salas o Senados. Esta organización a veces se reproduce a nivel federal y estatal, como es el caso de Alemania, que cuenta con Tribunal Constitucional Federal y Tribunales Constitucionales en los Estados; y en otros casos difiere, como en México, donde únicamente en los Estados existen Salas Constitucionales en los Tribunales Superiores.
- b) De acuerdo con el método de renovación cabe distinguir: 1) modelos de elección mediante acto compuesto, que requieren dos voluntades: la gama es amplísima, pudiendo ser del Presidente y legislativo (caso paradigmático de Estados Unidos), de elección parlamentaria a propuesta del judicial, propuesta del legislativo y elección por el ejecutivo...; 2) modelos de elección mediante designación directa, que puede ser parlamentario, corporaciones o –como en el caso de España– por varios órganos; 3) modelos mixtos (p. ej. Francia, Chile o Bosnia)¹⁰.
- c) De acuerdo con el mandato cabe distinguir: 1) sistemas donde el mandato sea vitalicio, lo que no es habitual, pero se da en países como en Estados Unidos, Austria y Bélgica; 2) sistemas donde se establece una edad de jubilación obligatoria, siendo más habitual en países donde las competencias constitucionales las ejercen órganos de la jurisdicción ordinaria como por ejemplo Australia, en donde los jueces permanecen hasta cumplir los 70 años, India (65 años) o Canadá (75 años); 3) sistemas donde el mandato se establece por un determinado plazo. Estos son muy diferentes: Bolivia (6 años), España (9 años), Venezuela y Alemania (12 años) etc. En estos cabe diferenciar si cabe o no reelección (como en Paraguay y Honduras) y, si vencido el plazo sin producirse la renovación, el mandato queda prorrogado (como en España) o no (Italia).
- d) De acuerdo con las posibilidades de acceso cabe distinguir: 1) sistemas de justicia constitucional acceso restringido, donde únicamente determinados sujetos (habitualmente el gobierno, un número significativo de diputados, entes regionales y, como en el caso de España, el Defensor del Pueblo) pueden accionar la actuación del Tribunal; 2) sistemas de justicia constitu-

10 Para un desarrollo y ejemplificación de esta compleja clasificación *Cfr.*, Estrada (2014: 35-90).

- cional que conceden legitimación activa a los particulares para la tutela de sus derechos (Alemania, España, Brasil...); 3) sistemas de justicia constitucional donde además existe acción popular (p. ej. Hungría o Venezuela).
- e) De acuerdo con el parámetro utilizado cabe distinguir: 1) sistemas de justicia constitucional donde el parámetro de control es únicamente la Constitución (Brasil, El Salvador); 2) sistemas de justicia constitucional donde el parámetro de control lo conforma el bloque de constitucionalidad [son la mayoría, pero la casuística es muy variada: pen algunos casos, como Francia –a diferencia de lo que ocurre en España o México– las normas que conforman el bloque tienen todas ellas el mismo rango. En los ordenamientos Latinoamericanos (con alguna reticencia en el caso de Chile), la regla es –a diferencia de en Europa– que los Tratados de Derechos Humanos conformen el bloque de constitucionalidad, etc.].
- f) De acuerdo con el objeto de control cabe distinguir: 1) sistemas de justicia constitucional con objeto parcial, en que la Constitución o la jurisprudencia excluyen determinados actos del control de constitucionalidad. Algunas veces el objeto es tan limitado que ni siquiera abarca a todas las leyes ordinarias (en Suiza, por ejemplo, el Tribunal Federal no anula leyes federales). En Luxemburgo las leyes de ratificación de los Tratados no pueden, según la Norma Fundamental¹¹, ser objeto de control. En Italia se prohíbe el control sobre los reglamentos parlamentarios. En otros Estados, como Irlanda y España, la jurisprudencia constitucional ha rechazado llevar a cabo el control de la reforma. 2) Sistemas de justicia constitucional con objeto integral, donde el control de constitucionalidad alcanza tanto a actos de los poderes públicos, leyes y otras disposiciones normativas, como Tratados y leyes de revisión. Aquí encontramos también modulaciones: por ejemplo, en Colombia o Austria, respecto de las leyes de reforma, la Constitución únicamente permite realizar un control de constitucionalidad formal, pero en el primer caso, su Corte Constitucional ha reconducido vicios materiales a formales a través de la «doctrina de la sustitución»¹², por lo que entraría dentro de esta categoría.
- g) De acuerdo con la extensión del control cabe distinguir: 1) sistemas de justicia constitucional cuyo control se extiende únicamente a los actos de los poderes públicos (p. ej. Paraguay); 2) sistemas de justicia constitucional cuyo control se extiende también a las omisiones legislativas (los casos paradigmáticos son Portugal y Brasil, pero en otros sistemas, como Alemania, Italia y España la solución ha llegado por vía jurisprudencial,

11 Art. 95 ter, párr. 2.

12 Lo hace a partir de la Sentencia C-551-2003, basándose expresamente en la teoría de la reforma del constitucionalista español Pedro De Vega La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente.

a través de modalidades de soluciones como las sentencias aditivas, la inconstitucionalidad sin nulidad o apelaciones al legislador.

- h) De acuerdo con el sistema de votación, podemos distinguir: 1) sistemas en los que únicamente se exige mayoría simple (es lo más habitual), pudiendo, cuando el número de magistrados es par, como en España, decidir un posible empate el voto de calidad del presidente; 2) sistemas en los que se exige una mayoría cualificada (por ejemplo, en México, debe ser declarada por ocho de los once ministros de la Corte).
- i) De acuerdo con sus efectos cabe distinguir: 1) sistemas de justicia constitucional en que la norma declarada inconstitucional es inaplicada (Estados Unidos, Paraguay...); 2) sistemas de justicia constitucional donde la inconstitucionalidad implica (como regla que admite excepciones) la nulidad (España¹³, Venezuela¹⁴...), que puede ser *ex nunc* (como en Austria) o *ex tunc* (como en España)¹⁵; 3) sistemas de justicia donde los tribunales encargados del control emiten una declaración de incompatibilidad (Canadá¹⁶ y Nueva Zelanda) debiendo ser el legislador quien derogue.
- j) Por último, respecto de la ejecución de sentencias constitucionales, cabe distinguir: 1) sistemas donde los órganos con competencias constitucionales carecen completamente de poderes de ejecución (Italia); 2) sistemas donde la ejecución se lleva a cabo por otros órganos, a instancias del Tribunal (Alemania, Austria); 3) sistemas donde los órganos con competencias constitucionales ejecutan sus propias sentencias, lo que es habitual en aquellos sistemas donde estos órganos forman parte del Poder Judicial ordinario, pero también en Estados como España y Moldavia, pudiendo en algunos casos, como en Ecuador (art. 436), ejercer poderes de intervención activos.

Por supuesto, se han recogido únicamente los elementos que se consideran relevantes. Habría otros criterios clasificatorios de Tribunales Constitucionales, que pueden ser, incluso, interesantes¹⁷, como si se permite o no los votos particulares, pero que no alcanzan el rol de categoría sistémica.

Quizás esta clasificación no cubra toda la riqueza y complejidad de los sistemas de justicia constitucional comparados. Tendrá, en consecuencia, lógicas limitaciones, pero se evita tanto categorías vacías (o casi vacías) como que un mismo ordenamiento pueda estar en varias de ellas.

13 El TC ha indicado –como ocurre en otros Estados– que no siempre inconstitucionalidad significa nulidad (STC 45/1989 y 236/2007).

14 Recuérdese que este país tiene una sala integrada en el Poder Judicial ordinario.

15 *Vid.*, STC 60/86.

16 En este caso, el art. 33 de la Carta de Derechos permite a las Asambleas aprobar leyes que contravengan derechos enunciados.

17 *Vid.*, *infra*, epígrafe V.2.

II

DEFENDIENDO AL DEFENSOR: CUATRO CRÍTICAS A JEREMY WALDRON

II.1. Los desacuerdos sobre el Derecho y las reticencias respecto de la supremacía judicial

Si se considera, tal y como se indicó en la Introducción de este trabajo, que la justicia constitucional supone la posibilidad de que los jueces limiten la preponderancia del poder legislativo, no es de extrañar que la misma fuese cuestionada desde sus orígenes. Ahora bien, hasta pasada la segunda mitad de este siglo, como agudamente indica P. De Vega (2004: 304), las críticas contra un hipotético Estado judicial¹⁸ provenían, al menos en Europa, de las concepciones jurídicas más autoritarias (se refería a los casos de C. Schmitt y E. Forsthoff). El significado en los Estados Unidos de las expresiones «supremacía judicial» o «gobierno de los jueces» tuvo siempre un significado más moderado. La primera la adoptó Charles Grove Haines en una obra de 1914 titulada *The american doctrine of judicial supremacy*; la segunda autores como Boudin y Walter Clark. Otros, como Burgués, hablaron de «aristocracia de la toga». Lo que estos autores criticaban era la extensión que, después de 1883, alcanzó el control de constitucionalidad en los EE.UU. De estas doctrinas se haría eco ya en 1921 y en Europa Edouard Lambert, quien, en su obra *El Gobierno de los Jueces*, criticaba como se había pasado de un control de competencia a un control sobre la racionalidad y oportunidad de las leyes.

18 La idea de un Estado verdaderamente gobernado por jueces es tan absurda que el propio Waldron, a pesar de afirmar que es una idea que seduce a algunos intelectuales –sin citar ninguno!– reconoce que solo ha existido, según la biblia, en el Israel del antiguo testamento (Waldron, 2018: 125). Pero esta afirmación resulta muy superficial y poco rigurosa: como es evidente, los protagonistas del «libro de los jueces», incluido en el Antiguo Testamento (piénsese en Sansón...) no son administradores de justicia. Esa función correspondía probablemente, en el Pueblo de Israel, a los ancianos o sacerdotes.

Tras estas primeras críticas, con la extensión de las facultades de la jurisdicción constitucional que se produce en este siglo, surgen los autores, entre los que destaca J-H. Ely (cuya obra, *Democracy and Distrust*, pasa por ser la obra del Derecho Constitucional estadounidense con más repercusión de los años ochenta), que, sin oponerse a su existencia, trataron de limitar el alcance de esta. Su tesis del procesalismo constitucional, que consiste, en síntesis, en que, a la hora de examinar la constitucionalidad de una ley, el Tribunal no debe verificar sino que el proceso de elaboración de la ley se ha llevado a cabo sin exclusión de ningún sector social minoritario que pueda verse desfavorecido por la aplicación de esta, ha tenido un enorme impacto a nivel mundial.

Una crítica convincente a este autor la ha realizado en nuestro país V. Ferreres, quien con razón aduce que, de la idea de Democracia, y del ideal igualitario que subyace tras esta, se puede derivar no sólo el principio a no ser discriminado en el proceso legislativo, sino otros derechos como, fundamentalmente, a la autonomía individual (Ferreres, 2012: 66). Por esta razón –siempre según este autor– cabe un control sustantivo de constitucionalidad. Control que contribuye, además, a una cultura constitucional de deliberación pública, pero que debe realizarse siempre desde la presunción de constitucionalidad de la ley, excepto cuando la disposición impugnada afecte a grupos que han sido discriminados en el pasado siempre que, fruto de esa discriminación, se den actualmente todavía desigualdades de hecho. En ese caso, el juez debe sustituir la presunción de constitucionalidad por la sospecha.

Lo verdaderamente importante –como se ha dicho– es que estos autores no niegan la posibilidad e, incluso, la necesidad, de la *judicial review*. Muy al contrario, su esfuerzo (se compartan sus resultados o no) se encamina a tratar de legitimar la actuación de los jueces. Esto se aprecia con claridad cuando el exdecano de la Universidad de Stanford trata de responder a las críticas de Perry y Wellington respectivamente acerca de si con su limitación del control judicial de constitucionalidad a aspectos procedimentales podría tener lugar de nuevo un holocausto o tener que aceptar una absurda ley que prohibiese operaciones de vesícula (Ely, 1997: 215-217). Respecto del supuesto del holocausto, entiende este autor que un régimen nazi es justo el ejemplo en que una minoría estaría discriminada (lo que justificaría el ejercicio de control). El ejemplo de la prohibición de operaciones de vesícula cree, simplemente, que es una hipótesis absurda, que no podría ocurrir, pero siguiendo el juego de esta suposición reconoce que su opción personal sería la desobediencia civil judicial (ejerciendo el control incluso cuando su teoría no permite hacerlo, porque siempre es mejor que «ocupar el capitolio»).

Recientemente aumentan los críticos que, en vez de tratar de limitar su alcance, censuran la justicia constitucional por ser –según su concepción– un poder anti-democrático y apelan sin tapujos por la primacía del legislador. Sus tesis pueden agruparse bajo lo que se ha venido en llamar «constitucionalismo popular». Defensores de lo que desde la célebre obra de Alexander M. Bickel se denomina

«objeción contramayoritaria»¹⁹ (Bickel, 1986: 16 y ss.), niegan la posibilidad de que los jueces controlen la voluntad de los representantes de la ciudadanía. En nuestro país, los principales exponentes críticos con la justicia constitucional proceden del ámbito de la Filosofía del Derecho, y pertenecen, fundamentalmente, (de manera directa o indirecta) a la escuela de Elías Díaz: Juan Carlos Bayón, Pablo De Lora, Pedro da Silva... Aunque actualmente todavía son mayoría los juristas partidarios de la justicia constitucional, el número de críticos aumenta paulatinamente. En las tesis de estos autores se aprecia una clara influencia de Jeremy Waldron²⁰, el cual puede ser considerado el más conspicuo crítico de la justicia constitucional de nuestros días. Por esta razón, la defensa del control de constitucionalidad debe tratar, a su vez, de mostrar la debilidad de sus postulados.

La filosofía de este autor trasciende la mera crítica a los órganos y funciones de la justicia constitucional: se trata una enmienda pretendidamente positivista y antiliberal a los presupuestos medulares del constitucionalismo y al concepto de derechos fundamentales. En cuanto al control judicial de constitucionalidad se refiere, sus tesis, en síntesis, pueden resumirse de la siguiente manera: en las sociedades pluralistas actuales existen desacuerdos sobre los principios de justicia y la democracia misma, los cuales, en virtud del principio de participación, deben dirimirse por mayoría en los parlamentos compuestos por los representantes electos del pueblo y no en una institución «no electa ni responsable» (Waldron, 2005: 351). El valor de una ley consiste en el respeto que merece por

19 Esta denominación de «poder contramayoritario» que otorgan al Poder Judicial puede ser considerada errónea. B. Friedman aduce, con razón, que los jueces tienden, por lo general, a adecuar sus resoluciones a la voluntad popular, y que los ciudadanos, por lo general, están de acuerdo con las decisiones judiciales, respetándolas, en todo caso, aun cuando no coinciden con ellas. Siendo así, sostiene este autor, plantear la controversia en términos de «contramayoría» es un error (Friedman, 2005: 125).

20 El pensamiento de Bayón y Niembro Ortega va a ser analizado en próximas páginas. Por eso se recogerán aquí las de P. De Lora y P. Da Silva. El primero terminaba el libro consecuencia de su tesis doctoral afirmando: «Si, como creo, no resulta del todo desencaminado entender que el carácter de la Constitución, en particular, su catálogo de derechos fundamentales, es el documento donde se expresa una determinada concepción de la justicia política, existen razones (morales, claro), vinculadas con el respeto a la igual consideración de todos los individuos (del que resulta un derecho nácico a la participación en la toma de decisiones que les afectan) para que sea esa mayoría (o la de sus representantes) y no la del órgano de control de constitucionalidad (sic) la que tenga carácter final» (De Lora, 1998: 301). Este planteamiento, como se verá inmediatamente, es exactamente el de Jeremy Waldron.

El segundo dedicaba su también exitosa tesis doctoral defendida y publicada por el CEPC titulada Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley, al mismo tema, y comienza la misma mostrando su estupefacción por determinadas resoluciones judiciales (como la que anula la posibilidad de que las aerolíneas cobren por el equipaje de mano) que han tenido lugar en su país (Brasil), a partir de lo cual defiende toda una doctrina de «constitucionalismo político», donde toda deliberación acerca de los derechos ocurriría en las instancias representativas mientras que el juez, en un papel institucional muy limitado, habría de mostrar deferencia hacia el legislador, entendida esta como «presentar su decisión como si estuviera autorizada por la norma general, como si pudiera leerse en cuanto a resultado del plan del legislador» (Da Silva, 2019: 390)

el logro que representa haberla producido en las «circunstancias de la política»²¹, siendo una acción en conjunto frente a los desacuerdos (*Ibid.*: 131).

Waldron (*Ibid.*: 71) se pregunta «¿qué razón puede existir para querer establecer un proceso no electivo para revisar, y en ocasiones invalidar, el trabajo realizado por el legislativo?, y su conclusión es que en las sociedades «razonablemente democráticas» el mayor problema no es la disfuncionalidad de sus instituciones legislativas, sino la discrepancia de sus miembros sobre los derechos (*Ibid.*: 123). Su apuesta es por un «constitucionalismo débil» donde los jueces no tengan lo que él denomina «supremacía judicial» (*Ibid.*: 125 y ss.) o última palabra acerca de las leyes.

En las páginas que siguen se tratará de mostrar que muchas de las conclusiones de este autor se asientan sobre premisas que acusan, en algunos casos, un gran desconocimiento de cuestiones esenciales de teoría constitucional y, en otros, un rechazo expreso de las mismas. Lo primero no resulta extraño cuando se tiene en cuenta que la bibliografía por él empleada adolece de un claro sesgo en favor de autores anglosajones. Destaca, especialmente en un autor que ha dedicado decenas de trabajos a cuestionar los fundamentos básicos de la *judicial review*, que no cite ni una sola vez la obra de Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, y de Kelsen cite únicamente la *teoría pura del Derecho* y no el amplio comentario crítico titulado «quien debe ser el defensor de la Constitución» que dedicó a la obra de Schmitt.

II.2. Primera crítica: no existe tal supremacía

Pocos autores niegan completamente la posibilidad de que los jueces ejerzan un control de constitucionalidad. Ni siquiera lo hace Waldron, quien en sus últimos escritos fue moderando su posición desde la aparente «enmienda a la totalidad» a la justicia constitucional que parecía deducirse de su obra *Derecho y Desacuerdos* a –como acaba de decirse– criticar, con la expresión «supremacía constitucional» (la cual, como vimos, era ya conocida en la literatura norteamericana), que los jueces tengan la última palabra.

A través de una visión más global del problema se mostrará que muchas de las afirmaciones de Waldron no coinciden con la realidad, pero quizás convenga comenzar reconociendo que ciertos recelos acerca de la justicia constitucional resultan muy comprensibles dado que, en la práctica, pudiera parecer –como afirmó Charles Evans Hughes (quien llegaría a ser presidente del Tribunal Supremo norteamericano)– que «vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es». Nadie puede negar que los órganos de justicia constitucional son el supremo custodio constitucional y eso les otorga un considerable poder que, además, –como se viene diciendo– se está incrementando en los últi-

21 Waldron identifica dos circunstancias de la política: la existencia de desacuerdos y la necesidad de una acción común.

mos años. Ello sería verdaderamente preocupante si los jueces constitucionales pudieran imponer su pura y simple voluntad. Pero lo cierto es que, como al respecto concluye J. Rawls en su obra *El Liberalismo Político*, «la Constitución no es lo que el tribunal supremo dice que es. Es, antes bien, lo que el pueblo, actuando constitucionalmente a través de las otras ramas, permite eventualmente al tribunal supremo decir que es» (Rawls, 2006: 273).

La postura del eminente filósofo norteamericano es que la revisión judicial, aplicada por un Tribunal Supremo, es necesaria en (utilizando la terminología de B. Ackerman) un régimen constitucional dualista, nombre que recibe por fundamentarse en las distinciones entre, por un lado, el poder constituyente del pueblo y los poderes constituidos y, de otro lado, la Constitución (que incorpora un catálogo de derechos) y las leyes. En este tipo de democracias constitucionales –sintetiza brillantemente este autor– porque el poder supremo es ejercido por el pueblo a través del legislativo, ejecutivo y judicial, al aplicar la razón pública, el Tribunal corre con la tarea de prevenir la erosión de la ley por mayorías pasajeras o «más probablemente por parte de estrechos poderes organizados y bien situados que trataran de llevar el agua a su molino» (*ibid.*: 268).

Es curioso que, en su crítica a este autor, Waldron no haga referencia precisamente a este fragmento del *Liberalismo Político*. Es más, bien puede afirmarse que sus esfuerzos de refutación de la obra del filósofo de Harvard resultan dignos de mejor de causa. Como es sabido, el proyecto liberal trata de priorizar (sobre el concepto del bien común) la idea de justicia como categoría moral que precede y es independiente de cualquier idea de bien. Dichos principios de la justicia se derivan a partir de la posición original, presidida por el velo de la ignorancia. Su teoría es, por supuesto, susceptible de críticas: la más conocida quizás sea la de otro filósofo de la misma Universidad, Michael Sandel (2013: *passim*), que afirma que la idea de justicia del liberalismo es limitada, en tanto que los individuos no pueden apartarse completamente de ciertas identidades comunitarias. Hay, incluso, a quien la idea de posición original le parece una «entelequia metafísica» (De Vega, 1998: 21) y, por supuesto cabe plantearse, como hace Waldron, si los individuos –en contra de lo que, optimistamente, sostiene el liberalismo– no discrepan, también, acerca de los principios de justicia.

Al margen de que la respuesta más factible a esta pregunta es que si los ciudadanos no comparten la idea de justicia (que en la versión liberal significa un acuerdo entorno a derechos) es difícil que pueda existir una comunidad y que los ciudadanos acepten las reglas del juego (sean estas cuales sean), lo verdaderamente importante ahora es destacar que la impertinencia, para el fin propuesto, de las críticas de Waldron, no deriva de lo incorrecto de las mismas sino, simplemente, de pasar por alto una advertencia que consta expresa en la obra de Rawls. Afirma –adelantándose a las críticas del neozelandés– que: «Ciertamente, algunos dirán que la supremacía parlamentaria, sin carta alguna de derechos

que valga, es mejor que el régimen dualista norteamericano (...) Por otra parte, algunos podrían pensar que es mejor una constitución que, como la alemana, incorpora a modo de blindaje una lista de derechos básicos, colocando estos derechos fuera de cualquier enmienda, incluso de enmiendas promovidas por el pueblo o por el tribunal supremo (*sic*) alemán (...) Debería subrayarse que el liberalismo político como tal no afirma ni niega ninguna de estas tesis (...) Nosotros nos limitamos a sostener que, cualquiera sea el modo en que decida sobre estas cuestiones, el contenido de una concepción política de la justicia incluye los valores de la razón pública, de acuerdo con la cual deben juzgarse los méritos de tres tipos de régimen» (Rawls, 2006: 270-271).

Ello es porque, tal y se comenzó diciendo, los Tribunales Constitucionales son los supremos intérpretes de las Constituciones en tanto que normas jurídicas, lo cual no significa que tengan la última palabra (y que en consecuencia los regímenes constitucionales se caractericen por lo que nuestro autor denomina «supremacía constitucional»): no es solo que, como ha argumentado B. Friedman (2009: *passim*), en realidad los jueces tiendan a adecuar sus decisiones al sentir mayoritario de la ciudadanía, sino que el legislativo (que es al que normalmente se encomienda mediante votación por mayoría cualificada la reforma constitucional) puede imponer su voluntad frente a una determinada decisión jurisdiccional. Y si el órgano con competencias constitucionales anulase la reforma de la Constitución hecha por este, entonces estaríamos ante una crisis constitucional que estaría cuestionando su vigencia, y que requeriría ser arbitrada por el Pueblo mediante la apertura de un proceso constituyente.

Todos los autores que critican la supremacía constitucional parten de una supuesta preponderancia sobrevenida de este poder frente a los otros, respecto de lo que establecía la doctrina de la separación de poderes. Muy claro es, en este sentido, Lambert, quien con gran vehemencia afirma que: «En los Estados Unidos la alteración del equilibrio se ha producido en favor del Poder Judicial, que ha sometido a los otros dos a su control y ha establecido, de esta forma, un régimen de gobierno de los jueces» (Lambert, 2010: 21). Lo cierto es que el Poder Judicial se configura en el siglo XVIII como un poder debilitado frente a los otros dos. Así lo expresaba, de modo meridianamente claro Hamilton, en el Federalista 78, afirmando que «el ejecutivo no solo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El legislativo no sólo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa». La evolución que ha experimentado el poder judicial, que solo cuenta con su *autoritas*, se dirige a conseguir un efectivo equilibrio. La jurisdicción constitucional, y la multitud de funciones atribuidas a estos órganos, «manumite» (Leibholz, 2019: 59), por fin, al poder judicial, equiparándolo con los otros.

II.3. Segunda crítica: positivismo jurídico y justicia constitucional

No son pocos los que afirman que el positivismo es, muchas veces, un «eslogan», una teoría que muchos dicen abrazar más por el rechazo que les genera la idea de un Derecho Natural que por una elección plenamente consciente. Este es el caso de Jeremy Waldron, quien, como vamos a ver a continuación, hace –de hecho– decir a los teóricos del positivismo jurídico (al igual que vimos que hacía, en ese caso para criticarlo, con el liberalismo) no solo lo que no dicen, sino que expresamente rechazan.

Con la seguridad que le caracteriza, afirma nuestro autor que «al ponernos a elaborar este ideal, recurrimos de forma natural a una teoría del derecho de orientación positivista. Los teóricos positivistas se preocupan por el derecho positivo (...). En la medida en que sus teorías incorporan una dimensión normativa, tradicionalmente prefieren los sistemas jurídicos dominados por un legislativo a aquellos que se articulan en torno a la tradición del *common law*» (Waldron, 2005: 43).

Dejando al margen el hecho de que los únicos ordenamientos donde actualmente se rechaza la idea de control de constitucionalidad son básicamente Gran Bretaña y Nueva Zelanda, y sin perjuicio de que algunas interpretaciones de autores positivistas pudieran haber desembocado en un legalismo simplista que supeditaba los derechos a la voluntad del Estado (Bachof, 2019: 59), nada más lejos de la supuesta relación directa que Waldron afirma que existe entre positivismo y justicia constitucional. Como indica Werner Kägi (2005: 228), «también allí donde la decisión mayoritaria, con evidente arbitrariedad, carece de toda fundamentación razonable, el más consecuente teorizador (positivista) del decisionismo democrático, finalmente, se ve forzado a un veredicto de inconstitucionalidad». El hecho de que los dos primeros teorizadores científicos de la justicia constitucional en Europa (Jellinek y Kelsen) sean los dos más claros exponentes del positivismo jurídico alemán de finales del siglo XIX y principios del XX debería ya ser muestra suficiente del poco rigor de esta afirmación del Profesor de la Universidad Nueva York.

Aparentemente desconocedor de las teorías de estos autores europeos clásicos, lo que Waldron hace es, en síntesis, sostener que las tesis de Herbert Hart respecto de la norma de reconocimiento pueden aplicarse –aunque él mismo reconoce que el que fue Profesor de la Universidad de Oxford no lo hace– de modo que fuese el Parlamento el que, con la promulgación de las leyes, estableciese qué es Derecho y qué no lo es. El Derecho sería (de ahí que denomine a su postura como positivista) la norma escrita, y no cabría en dicho concepto las interpretaciones

basadas en la voluntad del legislador, pues «*no todo lo que se dice en el debate legislativo puede poseer autoridad legislativa*»^{22, 23} (*Ibid.*: 53).

En realidad, no es que H-L-A. Hart no lo haga, sino que también advierte justamente contra tal pretensión. Lo que la obra de Hart contiene es una crítica a la idea de soberanía expresada en términos de orden, hábito y obediencia, pero en ningún caso niega que «una constitución escrita puede restringir la competencia de una legislatura no simplemente al especificar la forma y manera de la legislación (...) sino al excluir por completo ciertas materias del ámbito de su competencia legislativa, lo que importa imponerle limitaciones de fondo» (Hart, 2012: 85). A lo largo de toda su obra compara los sistemas donde eso ocurre, y en los cuales los Tribunales pueden anular una ley, con el caso inglés, donde una Ley del Parlamento puede privar a una regla del *Common Law* de su condición de Derecho. En estos sistemas, dice Hart, es fácil confundir fuente suprema del Derecho con criterio último de validez (*Ibid.*: 132). Pero, tanto en uno como en otro sistema, la regla de reconocimiento es lo que permite a jueces, funcionarios y particulares identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios (*Ibid.*: 137). No es, pues, algo que pueda corresponder exclusivamente al Parlamento.

Es más, la obra de Hart, lejos de para reforzar sus tesis, sirve para justo lo contrario. Buena parte de sus esfuerzos se dedican a impugnar la idea de una autoridad soberana, tanto en la versión hobbesiana, en la que ese poder pertenece al representante, como en la austiniana, según la cual pertenece al electorado (*Ibid.*: 63 y ss.). Las tesis de Waldron, por el contrario, conducirían a la soberanía del Parlamento.

II.4. Tercera crítica: el constitucionalismo como la historia de la humanidad por alcanzar cada vez mayores cuotas de derechos y libertad

Afirma Waldron (2018: 36): «no es que me importe particularmente la integridad de la tradición constitucionalista. Es una tradición pomposa y donde hay pomposidad no suelen andar lejos los equívocos deliberados. Sin embargo, me preocupa que se hagan jugadas similares en las discusiones sobre el *Estado de Derecho*»²⁴. A continuación, ofrece una caricatura del constitucionalismo que él entiende, simplemente, como un conjunto de restricciones al gobierno y, además, con una visión

22 Cursiva en el original.

23 Es posible, pero se trata solo de una suposición, que Waldron esté aquí criticando la regla, establecida en 1992, por la que los jueces buscan en los debates parlamentario aclaraciones a puntos oscuros de la ley (Geldart, 1995: 5).

24 Cursiva en el original.

puramente nacional²⁵. A esta imagen del constitucionalismo contraponen la idea de autogobierno democrático, buscando una teoría nueva del Derecho Constitucional que tome en cuenta, de manera apropiada «que el pueblo no se vea privado de sus derechos por el mismo documento que debería empoderarlo» (*Ibid.*: 42). Su ensayo «Constitucionalismo: una postura escéptica» concluye con la siguiente pregunta (a la que se tratará aquí de dar respuesta): «¿Por qué la furia, los celos posesivos, las lágrimas de cocodrilo ante la ofensa de la democracia, cuando la democracia nunca fue tenida en alta estima por el constitucionalismo?» (*Ibid.*: 53).

En primer lugar, habría de indicarse que pocas furias (académicamente hablando) existen como las que Waldron dirige a todo con lo que no concuerda y/o desconoce. Porque, en segundo lugar, el constitucionalismo es solo en parte limitación del poder. Como magistralmente expuso K. Loewenstein (2018: 150), «la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, *así como establecer una justificación espiritual moral o ética de la autoridad*²⁶, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente». Ello significa que incorpora el principio democrático como fuente legitimadora de las limitaciones al poder (De Vega, 1998: 23 y ss.).

En tercer lugar, que son precisamente las exigencias del Estado de Derecho a las que la jurisdicción constitucional da –tal y como afirma uno de los más célebres autores positivistas que primeramente se ocuparon de la justicia constitucional y que Waldron nunca cita– adecuado cumplimiento. Así, de acuerdo con Jellinek (2013: 44), del mismo modo que la administración debe estar sometida a la ley, cuando el Parlamento antepone su discrecionalidad a la ley (tal vez sería mejor decir Constitución) deja de comportarse como órgano del Estado, y al hacer primar su voluntad sobre la voluntad general, incurre en un ilícito (o inconstitucionalidad). A esto hay que añadir, además, que –como nadie que se haya dedicado a las Ciencias Constitucionales desconoce, a pesar de que Waldron afirme lo contrario– la idea de Estado de Derecho no implica solo obligaciones negativas sino, también, positivas. Independientemente de si todos los preceptos constitucionales (especialmente los relativos a derechos sociales, así como aquellos que afirman valores) pueden ser reivindicados ante los Tribunales, es claro que el constitucionalismo democrático exige la voluntad de todos, y especialmente del legislador, de dar cumplimiento a todos y cada uno de los preceptos constitucionales²⁷. Así, por ejemplo, el derecho a la salud

25 La falta de lecturas europeas de este autor se hacen patentes una vez más, cuando se tiene en cuenta que autores como Boris Mirkine-Guetzévitch teorizaron ya en 1933 acerca del Derecho Constitucional Internacional, y él apoya su afirmación en los conocidos votos del Juez Scalia contrarios a la aplicación por parte del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de los referentes comparados.

26 Cursiva añadida.

27 A esto aluden expresiones de la doctrina como «voluntad de Constitución» (Hesse, 2012: 85) o, en un sentido entre lo jurídico y lo psicológico «sentimiento constitucional» (Lucas, 1985: 10 y ss.).

podrá ser exigible judicialmente en algunos casos, pero el modo más efectivo de cumplimiento será a través de la ley (que no es otra cosa que la voluntad del legislador de dar cumplimiento a lo dispuesto, en el caso de España, en el art. 43 CE).

Las tesis waldronianas llevan, en lugar de a la afirmación, a la negación de cualquier concepción posible de Estado de Derecho. Desde luego, es contraria a la idea de Estado de Derecho como «*always under law*» propia de los Estados Unidos porque esta es consustancial a la judicial review (Gomes Canotilho, 2003: 95). También a la idea de Estado de Derecho entendido como *Rechtsstat*, que significa limitación del Estado por el Derecho (*Ibid.*: 97), pues como indica W. Kägi (2005: 229), la afirmación de lo normativo trata de defender la norma frente a todo absolutismo de la voluntad mayoritaria. Como ello requiere, según este autor, que el juez vigile el imperio de la Constitución (*Ibid.*: 230), la justicia constitucional es, de hecho, la máxima expresión del Estado de Derecho (Lucas Verdú, 1984: 847). Ello es así –y esto es lo importante, ya que las obras de Waldron van dirigidas a influir en el debate inglés acerca de una *written Constitution*– incluso concebido este como *rule of law*, pues es verdad que ningún intento de que los jueces británicos invaliden o inapliquen una ley ha tenido éxito (Torres Muro, 1995: 63 y ss.), pero esto, y el principio de soberanía parlamentaria, no deben hacer pensar, en ningún caso, que los jueces no tengan un papel fundamental, incluso comparable al de los americanos. No dejaran, como se ha dicho, sin efecto, ley alguna, pero son los artífices de la Constitución británica, ya que, como indica Dicey (2019: 218), los derechos y principios de la Constitución británica se inducen de las resoluciones particulares pronunciadas por los Tribunales. Además, aunque no es una visión compartida por todos, también en Gran Bretaña Bentham, Austin y otros autores que los siguen han reconocido el papel legislador de los jueces (Geldart, 1995: 10).

El ataque waldroniano probablemente se deba a un intento de refutación de la tesis de J. Rawls (2006: 266) según la cual el Tribunal Supremo, como modelo de la razón pública, se basa en cinco principios en los que él, de un modo académicamente mucho más riguroso, sintetiza el constitucionalismo, a saber: a) la distinción entre el poder constituyente del pueblo y los poderes constituidos; b) distinción entre ley suprema y ley ordinaria; c) que una Constitución es una expresión de principios, en la ley suprema, de la aspiración política de un pueblo a gobernarse por sí mismo de una determinada manera; d) que merced a una Constitución democrática ratificada, con una carta de derechos incluida, el cuerpo de ciudadanos fija, de una vez por todas, determinadas esencias constitucionales; e) en el Estado Constitucional, el poder último no puede dejarse al legislativo, ni tampoco al Tribunal Supremo, que solo es el intérprete jurídico supremo de la Constitución.

Difícilmente podría resumirse la esencia del constitucionalismo con menos palabras, siendo el último punto la clave, pues a lo que Waldron se opone es, simplemente, a la división de poderes, que es lo que verdaderamente caracteriza al Estado Constitucional (Loewenstein, 2018: 50). Y si ese Estado constitucional,

democrático y social que se ha ido desarrollando a partir de las revoluciones liberal burguesas desde la ideología del constitucionalismo es, sin duda, y hasta la fecha, el mayor instrumento de liberación de los hombres y mujeres (Ruipérez, 2003a: 141), he ahí la razón por la que los constitucionalistas no deberíamos guardar silencio ante los intentos de destrucción, pues «triste sería el oficio de constitucionalista si el entusiasmo en los comienzos de un régimen democrático se transformara luego en silencios culposos de sus problemas, para terminar —como en ocasiones ha ocurrido— constatando con exaltación su final» (De Vega, 2017: 259).

En la caricatura que dibuja Waldron del constitucionalismo, despoja a este de toda sustancia, reduciéndolo a una serie de procedimientos para tomar decisiones colectivas, tanto en los momentos constituyentes (procedimiento de elaboración o reforma de la Constitución) como en los momentos constituidos (el control jurisdiccional, o procedimiento a través del cual los jueces determinan el alcance de ciertas fórmulas y principios constitucionales) (Bayón, 2000: 71). Como tal procedimiento o procedimientos —siempre según Waldrón— el constitucionalismo resulta una teoría falible, inferior, comparativamente hablando, a la pura regla de la mayoría, pues carece del valor intrínseco que, a su juicio, tiene esta (básicamente, la igual consideración de todos los ciudadanos) (*Ibid.*: 82). Ni siquiera un autor tan influenciado por él como Juan Carlos Bayón le sigue completamente en este punto, y formula tres réplicas, todas ellas dirigidas a demostrar que los procedimientos a los que Waldron se refieren no son ineludibles (*Ibid.*: 83-84): afirma, en primer lugar, que la adopción originaria de ciertas restricciones responde siempre a una razón sustantiva previa a cualquier procedimiento, pues si no se da esto, la comunidad sencillamente no existe; en segundo lugar, que es perfectamente plausible, que ciertos elementos (restricciones) se sustraigan del procedimiento de reforma, a través de cláusulas de intangibilidad; en tercer lugar —y aquí da parcialmente la razón al profesor neozelandés— entiende que el procedimiento de determinación llevado a cabo por los jueces constitucionales resulta inevitable solo cuando las restricciones sustantivas se formulan como principios y no como reglas precisas²⁸.

Ciertamente, la Comunidad política surge mediante el pacto social, y este tiene un carácter sustantivo, aunque sea en el acto constitucional en el que, de acuerdo con los esquemas del constitucionalismo democrático y social, se aprueban por el poder constituyente los Derechos Fundamentales que el legislador va a tener la obligación no solo de respetar sino, también, de implementar de manera efectiva²⁹. Y porque ello es así, necesariamente la reforma

28 De acuerdo con el ejemplo puesto por él mismo, es distinto prohibir al legislador establecer la pena de muerte que prohibirle llevar a cabo penas inhumanas o degradantes.

29 Sobre esto, y en especial respecto de la diferencia con el Estado liberal, en el que los derechos se consideraban una esfera previa que limitaba incluso a los constituyentes: De Vega, 2017: 255 y Ruipérez, 2003: 51.

constitucional ha de ser una operación jurídicamente limitada, a fin de que el poder de reforma no pueda colocarse en el lugar del constituyente. Por ello, las Constituciones recogen habitualmente cláusulas de intangibilidad (o pétreas) y la mayor parte de Tribunales Constitucionales entienden que existen límites materiales a la reforma, que pueden ser implícitos³⁰. Es este pacto social, en el que se acuerda fundar o refundar una Comunidad Política de acuerdo a un determinado conjunto de principios y valores, el que aporta una dimensión sustantiva al procedimiento por el cual se elabora la nueva Constitución. Aunque, huelga decir, la Constitución, como no podía ser de otra manera, se aprueba por mayoría, se hace en un momento excepcional³¹, en el que la unanimidad del cuerpo político³² es consciente de estar decidiendo los aspectos clave que van a regir, desde ese momento, y hasta que sea necesario darse una nueva Constitución, la convivencia pacífica. Ello es lo que lo hace sustantivamente distinto al procedimiento legislativo ordinario. Un proceso constituyente posee por ello un componente lógico-racional que no se da en otros procesos decisorios. Así se deduce de la teoría democrática de J-J Rousseau, quien precisamente por ello bien puede ser considerado el «padre de la Democracia moderna» (Ruipérez, 2008: 52). La Constitución, fruto de la voluntad general, tiene, a diferencia de las leyes ordinarias, vocación universal³³.

Respecto del tercero de los procedimientos mencionados por Waldron, y que es precisamente el relativo a los jueces, es verdad que cuando la Constitución resulta meridianamente clara el control de constitucionalidad no es más que una mera manifestación del principio de jerarquía normativa, y muy pocos objetarán la legitimidad que tiene un Tribunal con competencias constitucionales de anular –siguiendo el propio ejemplo de Bayón– una reforma del código penal que recogiese la condena a muerte para determinados delitos, a la luz de lo que dispone el último inciso del art. 15 CE. Pero, normalmente, las Constituciones no contienen normas claras y de sentido unívoco, lo que remite al problema de la interpretación constitucional que será abordado en el Capítulo IV de este trabajo, razón por la cual no es menester ahora argumentar, de manera exhaustiva, por qué –como ya se ha insinuado en este mismo epígrafe– dicho supuesto «proceso de determinación» no se realiza (tal y como insinúan Waldron y los demás autores con planteamientos afines) exclusivamente por los jueces constitucionales.

30 Sobre esta cuestión me remito a: Fondevila, 2016: 73-97 y 113 y ss.

31 Sobre esto, resulta ineludible la obra de J-G-A. Pocock *El momento maquiavélico*.

32 Rousseau establecía la regla de la unanimidad para el pacto social (Libro IV, Cap. II del Contrato Social) pero ello implica unanimidad en la participación, pues ningún sector puede quedar excluido, pero no, lógicamente, de resultado.

33 Así lo indica el ginebrino en el Libro II, Capítulo VI, del Contrato Social.

II.5. El problema referido a los votos en los Tribunales Supremos y Constitucionales.

Con su siempre vehemente manera de plantear las cosas, considera Waldron (2018: 53 y ss.) «ofensivo» e «insultante» para la conciencia democrática que una exigua mayoría de miembros de un Tribunal con competencias constitucionales pueda anular una ley que puede ser fruto de un consenso de años. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se toma una decisión por cinco votos contra cuatro.

No es extraño en la práctica de los Altos Tribunales que un alto número de decisiones sean adoptadas por mayoría de sus miembros. En los Tribunales Constitucionales que se permiten, con excepción de Alemania (Pegoraro y Rinella, 2020: 304), no es infrecuente la emisión de votos particulares por parte de los magistrados. De hecho, en un 80% de las decisiones de carácter constitucional adoptadas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos hubo división de opiniones (y en las cuestiones de carácter no constitucional, que fueron mayoría, el porcentaje era del 63%) (Posner, 2011: 299).

La problemática que ello suscita, a pesar de la insistencia de nuestro autor relativa a que ha sido frecuentemente ignorada, no es nueva. El mismo C. Schmitt (Schmitt y Kelsen, 2009: 83) hace referencia a ella en su polémica con Kelsen para hablar de «decisionismo judicial» en el sentido de que, en este tipo de resoluciones, más que una argumentación para convencer a todos se adopta –según él– una decisión que disipa de modo autoritario las dudas sobre el contenido de un determinado precepto constitucional.

Para Waldron, el único argumento que tal vez pudiera justificar la adopción de decisiones por mayoría en los Tribunales Constitucionales es el enunciado por R.M. Hills, y que consiste en que todos los jueces merecen igual consideración por lo que representan (el Derecho), de modo que esa regla decisoria resulta la más respetuosa con la función que tienen encomendada. Aun así, ese argumento puede, a su juicio, –y no le falta razón– encontrar dificultades para dotar de legitimidad a una decisión adoptada por una mayoría ajustada.

En la teoría de J. Rawls, los jueces, dado que el Tribunal Supremo es la rama del Estado que sirve a la razón pública, no podrían o no deberían ofrecer en sus votos y opiniones argumentos religiosos, convicciones morales personales y tampoco podrían, por ejemplo, sostener que una determinada decisión es buena para calmar a los mercados monetarios (Dworkin, 2007: 265). No cabe duda de que a veces, aunque sea de un modo más o menos sutil, lo hacen³⁴, y algunos

34 Es el caso paradigmático, en España, de la STC 145/2015, sobre la objeción de conciencia farmacéutica, unánimemente criticada por la doctrina.

autores (Basabe-Serrano y Valdivieso Katsner, 2014) han mostrado datos empíricos que demuestran que los jueces deciden muchas veces los casos de forma estratégica³⁵; pero en general –como se ha venido indicando– su autoridad está bastante asentada en todos los países democráticos y los Tribunales Constitucionales resisten la prueba del tiempo a pesar de sus críticos y –también– de sus errores puntuales.

Pero más allá de esto, Waldron, precisamente por ser abolicionista de la tradición constitucionalista, compara de manera burda dos cosas distintas como es la votación que se lleva a cabo en el Parlamento que aprueba una ley de dudosa constitucionalidad y la que tiene lugar en el seno del Tribunal que ha de enjuiciar dicha ley. Resulta sumamente interesante, sin embargo, como un gran constitucionalista como es G. Zagrebelsky (a quien Waldron tampoco parece haber leído o, al menos, no lo cita) tiene en este punto un planteamiento bastante parecido. También él entiende una contradicción que la Constitución sea «aquello sobre lo que no se vota» y, sin embargo, los jueces voten (Zagrebelsky y Marcenò, 2012: 147 y ss.). Sostiene que siempre es preferible la unanimidad, que la división presenta la Constitución como un campo de batalla, y considera, además, que esta contradicción no se solventa sosteniendo que lo que está vetado es decidir sobre la Constitución y no «de acuerdo con» la Constitución. La razón que esgrime, y es muy acertada, es que la Constitución es interpretable, por lo que la decisión de acuerdo con la Constitución nunca es evidente por sí misma. No obstante, hay una diferencia sustancial: aunque los jueces con sus votos determinen –vía interpretación– el contenido de un precepto constitucional sobre lo que votan es sobre la ley impugnada por algún sujeto legítimo, y es esta la que ratifican o dejan sin efecto. Cuando el legislador aprueba una ley inconstitucional está votando –incluso si no es consciente de ello– sobre la vigencia de la Constitución. A veces lo hace expresamente: este objeto de la votación de una ley presuntamente inconstitucional se observa claramente en los llamados modelos de constitucionalismo débil como Canadá, que permiten conforme a Derecho votar acerca de la Constitución acompañando las leyes de la *notwithstanding clause*.

Con todo, y para finalizar, lo que resulta más paradójico de la argumentación del Profesor de la Universidad de Nueva York es que para criticar las decisiones tomadas por 5-4 confronte la configuración del Tribunal Supremo federal con las regulaciones que de sus respectivos órganos establecen las constituciones de Nebraska y Dakota del Norte, que exigen, respectivamente, el voto de cinco (sobre siete) y cuatro (sobre cinco) jueces para declarar inconstitucional una ley. También este tipo de soluciones fueron adoptadas en países como Perú, y no son, en

35 Lo que no quiere decir siempre. Por ejemplo: López, Rodrigo y Sanz (2016: 15), llegan a la conclusión de que nuestro TC, en sus resoluciones relativas a las CC. AA mantiene un enfoque legalista por oposición a uno con motivaciones políticas.

modo alguno, buena idea, pues, como nos advierte C. Landa (1999: 393), pueden provocar la paralización del órgano y aumentar los conflictos entre los miembros. Cuando el voto de una minoría basta para que una ley no sea declarada inconstitucional se corre el riesgo de que aumenten las presiones gubernamentales sobre los magistrados y haya, consecuentemente, una mayor politización del órgano. Es decir, se consigue precisamente lo contrario de lo que se persigue.

III

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

III.1. Democracia mayoritaria y justicia constitucional

Las discusiones acerca de la justicia constitucional que se han presentado en el Capítulo II repercuten, como se ha dicho, más allá del ámbito geográfico norteamericano y del ámbito material de la jurisdicción constitucional. Evidentemente, las críticas de Waldron han trascendido respecto del debate en torno a la introducción del control de constitucionalidad en Gran Bretaña, fuese esta, o no, la intención del autor. Como magistralmente indica Dworkin (2007: 166): «Hay justo ahora una discusión, no solo en Estados Unidos sino en todo el mundo, sobre si el control judicial de constitucionalidad es consistente con la Democracia. Los juristas y políticos que debaten sobre este tema no asumen meramente que la democracia significa regla de la mayoría, lo que haría que el control judicial resultase por definición antidemocrático y la única cuestión que quedase por decidir fuera si está justificado a pesar de ello. Por el contrario, juristas y políticos discuten qué es realmente la democracia: algunos insisten en que el control judicial no es inconsistente con la democracia porque esta no significa solo la regla de la mayoría sino la regla de la mayoría sujeta a aquellas restricciones que la hacen equitativa. La mayoría de aquellos que se oponen al control judicial rechazan esta definición más compleja de la democracia e insisten en que democracia significa la regla de la mayoría o, quizás, regla de la mayoría restringida simplemente por unos pocos derechos procedimentales limitados, incluyendo la libertad de expresión, más que por el conjunto completo de derechos que hoy están típicamente protegidos en las constituciones nacionales e internacionales».

La Ciencia Política suele distinguir entre modelo mayoritario y modelo consensual de Democracia. Pero, además, como advierte A. Lijphart (2012: 17), «existe una tendencia sorprendentemente fuerte y persistente a equiparar la democracia únicamente con democracia mayoritaria y a no reconocer la democracia consensual como una forma de democracia alternativa e igualmente válida». Este autor

distingue hasta diez aspectos que diferencian uno y otro tipo de Democracias y, por lo que aquí nos interesa, una de ellas es el control de constitucionalidad, propio de las consensuales, y que tradicionalmente se rechaza en las de tipo mayoritario. Pero también nos advierte, en primer lugar, que en Gran Bretaña la soberanía del Parlamento se ha visto controlada por parte de los jueces consecuencia de la integración en la UE³⁶ y su pertenencia al CEDH y, en segundo lugar, que en Barbados (modelo de Democracia mayoritaria) la Constitución (que es muy rígida, pues requiere de mayoría de 2/3 para su reforma) atribuye a los jueces el control de constitucionalidad de las leyes.

Es necesario evitar el riesgo de una simplificación excesiva. Es difícil imaginar que un régimen donde gobernase pura y simplemente la mayoría pudiera considerarse democrático. Desde Aristóteles existe el temor de que este tipo de regímenes puedan derivar en demagogia. Pero si se trata de un régimen representativo se trata ya de una hipótesis imposible, ya que como han señalado Aristóteles, Montesquieu o Rousseau la elección tiene una naturaleza aristocrática³⁷ (Manin, 1998: 168). Lo que convierte al régimen representativo en una Democracia representativa es que la voluntad de los representantes elegidos por sus cualidades personales esté limitada por la voluntad soberana del pueblo, lo que por lo general se hace a través de Constituciones escritas y rígidas.

En este tipo de regímenes (pero, como acaba de verse, no solo en ellos) la posibilidad del control judicial de constitucionalidad resulta consustancial a los mismos, pues, como afirmó en la famosa sentencia *Marbury v. Madison* el juez Marshall: «o es la Constitución una ley superior, suprema, inalterable en forma ordinaria, o bien se halla al mismo nivel que la legislación ordinaria y, como una ley cualquiera, puede ser modificada cuando el cuerpo legislativo lo desee. Si la primera alternativa es válida, entonces una ley del cuerpo legislativo contraria a la Constitución no será legal; si es válida la segunda alternativa, entonces las Constituciones escritas son absurdas tentativas que el pueblo efectuaría para limitar un poder que por su propia naturaleza sería ilimitable».

Jeremy Waldron –por mucho que sea prácticamente el único que defiende, sin matices, que el principio mayoritario garantiza la igualdad mucho mejor que ningún otro procedimiento– parece ser consciente de la dificultad que conlleva aplicar pura y simplemente, hasta sus últimas consecuencias, dicha regla, y por ello establece cuatro condiciones que deben cumplir las sociedades para poder pres-

36 Hoy habría que matizar indicando obviamente, que fue así hasta el Brexit, y que incluso antes de este el Reino Unido había conseguido excepciones a la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales en su territorio.

37 Consciente del riesgo de la tensión entre Democracia directa y representativa, y de que esta última pudiera derivar en aristocracia electiva, proponía Fichte (1994: 231 y ss.) a finales del siglo XVIII, la instauración de un eforado, como poder de prohibición, que a diferencia del poder judicial no ejerce competencia ejecutiva alguna, para depurar responsabilidades de los que ejercen el poder público.

cindir del control judicial de las leyes, a saber: 1) instituciones democráticas cuyo funcionamiento sea razonablemente correcto, incluido un poder legislativo representativo electo por sufragio universal de la población adulta; 2) un conjunto de instituciones judiciales que, a su vez, también presenten un funcionamiento razonablemente correcto establecidas sobre bases no representativas y destinadas a escuchar demandas legales individuales, resolver disputas y mantener el Estado de derecho; 3) un compromiso de la mayoría con los miembros de la sociedad y de sus funcionarios con la idea de los derechos individuales de las minorías; 4) un desacuerdo persistente y de buena fe acerca de los derechos entre los miembros de la sociedad comprometidos con la idea de derechos (Waldron, 2018: 68-69).

Se trata de verdaderas quimeras porque, además, el filósofo neozelandés rechaza discutir acerca de los resultados que en un determinado país (como EEUU) haya podido generar la justicia constitucional, insistiendo, en varias ocasiones, que pretende plantear en abstracto su compatibilidad con la idea democrática. Hay que reconocer que tienen un punto de atractivo y, con un análisis superficial, alguien podría pensar que, efectivamente, con instituciones representativas y judiciales que funcionan bien, y si los miembros de una sociedad tienen un compromiso con las minorías (y aunque en cuyo caso no se vislumbra con claridad qué tipo de desacuerdos sobre la justicia podrían mantener), la necesidad de un control judicial de constitucionalidad parece desvanecerse. Desde las nubes dogmáticas a las que Waldron nos eleva, la *judicial review* puede, ciertamente, parecer antidemocrática. Lo que hace es presentar un mundo ideal y, efectivamente, como indicó J-J Rousseau en el *Contrato Social* (Libro III, Cap. IV), «un gobierno de dioses se gobernaría democráticamente», aunque –añade– «un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres».

Waldron no admite estas críticas: entendidas como un fin a perseguir, cree que no son tan difíciles de cumplir y que, además, puede que el control judicial no ofrezca mayores garantías (Waldron, 2018: 118-119). Pero, como acertadamente señalan algunos autores, refiriéndose a estos requisitos, existe un «dilema waldroniano» (Roa, 2019: 427), que consiste en que, a mayor nivel de exigencia de los mismos, mayor necesidad –de hecho– de la justicia constitucional.

El Profesor de la Universidad de Nueva York lo confía todo a que, cumpliéndose las mencionadas condiciones, las minorías aceptarán la decisión de la mayoría, desde la premisa que, aunque han perdido estas elecciones para hacerse con el gobierno, en otro momento ellos mismos pueden ser tal. Pero es importante recordar, con C-J Friedrich (1966: 81 y ss.), y para finalizar con este epígrafe, en primer lugar, que «toda Democracia que funcione bien se cuidará, por un sentimiento de formación de la comunidad, de que, en una decisión importante y grave, una gran minoría no sea tiranizada por una escasa mayoría» y, en segundo lugar, que «el dominio de una mayoría sobre una minoría sólo parece soportable cuando está prevista una protección de la minoría». Este autor establecía, además, una importante diferencia entre lo que él llama «minoría política», esto es, un partido político que puede aspirar a convertirse en mayoría y lo que denomina «minoría social», que puede ser

étnica o religiosa, y que difícilmente dejará de ser minoría dentro de la Comunidad. Esto es, lógicamente, un problema mayor en las Democracias consensuales, porque hay grupos o partidos que nunca pueden aspirar a formar gobierno. En este tipo de Democracias ni siquiera la existencia de una Constitución formalmente flexible es óbice para la justicia constitucional: el Tribunal Supremo de India, de hecho, es de los más activistas (junto con Alemania, EEUU y Canada) a la hora de anular leyes.

III.2. La función política del Tribunal Constitucional

Una vez comprendido lo que se acaba de exponer no cabe sino concluir, con H. Kelsen (2011: 197), que «si se ve que la esencia de la democracia no es la omnipotencia de la mayoría, sino el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría, y, por tanto, en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para realizar esta idea. La simple amenaza de interposición del recurso ante el Tribunal Constitucional puede ser, en las manos de la minoría, un instrumento propicio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses jurídicamente protegidos y para oponerse, en última instancia, a la dictadura de la mayoría que no es menos riesgosa para la paz social, que la de la minoría». Según este autor, al igual que había expuesto Jellinek treinta años antes, esta es, junto con actuar como árbitro de los conflictos entre el centro y periferia en los Estados políticamente descentralizados, la función política que los Tribunales Constitucionales están llamados a llevar a cabo.

Al igual que ellos, los primeros autores que en nuestro país se ocuparon de la justicia constitucional, una vez recuperada, por la Constitución de 1978, tras cuarenta años de dictadura, destacaron también esta función política. Para García de Enterría (2006: 201): «una de las funciones básicas de la jurisdicción constitucional es la de mantener abierto el sistema, la de hacer posible su cambio permanente, el acceso al poder de las minorías frente a cualquier intento de cierre o congelación de la dominación existente por parte de mayorías más o menos ocasionales, lo cual es por lo de pronto también un hecho de experiencia fácilmente comprobable. Y se comprende fácilmente que esa apertura del sistema sea precisamente más posible cuando la asegura un Tribunal Constitucional como intérprete de una Constitución democrática que no cuando queda confiada a la buena voluntad del partido en el poder en cada momento».

Esto es algo que ya había se deducía de algo indicado en abril de 1938 por el propio Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso *United States v. Carolene Products Co.* En una nota a pie de dicha sentencia, el Tribunal indicaba que cabe un control más riguroso de constitucionalidad de una ley cuando puede afectar a minorías contra las que existen prejuicios que pudieran socavar el proceso legislativo al cual normalmente se confía su protección³⁸.

38 Vid., 304 US 144 (1938) Footnote 4.

En consonancia con la función de protección de las minorías se configura el acceso a los Tribunales con competencias constitucionales (Pegoraro y Rinella, 2020: 187 y ss.). Por ello, en los Estados federales, tanto la Federación como los entes federados (y en algunos casos las entidades menores como los ayuntamientos) tienen legitimidad activa ante el Tribunal. Al margen de la legitimación activa en los casos en los que actúa como árbitro federal, lo más habitual es que el presidente de la República esté habilitado para impugnar las leyes. Junto a él, suele darse dicha posibilidad a las minorías parlamentarias o a las propias asambleas legislativas (al presidente o alguno de sus órganos) para impugnar las deliberaciones antes de la promulgación. En países como España tiene legitimación activa el Gobierno y, además, el Defensor del Pueblo. Menos habitual es que cualquier ciudadano pueda impugnar la constitucionalidad de las leyes, tal y como, en virtud del art. 241 de su Constitución, ocurre en Colombia.

Cuando Kelsen rebate la tesis de Schmitt que consistía en erigir como defensor de la Constitución al presidente del Reich afirma que «si algo es indudable es que ninguna otra instancia es menos idónea para tal función que aquella, precisamente, a la que la Constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político de violarla. Pues sobre ningún otro principio jurídico se puede estar tan de acuerdo como que nadie puede ser *juez de su propia causa*»³⁹ (Schmitt y Kelsen, 2009: 293). Esta afirmación es también válida, e incluso más intensamente, para el Parlamento, por ser el órgano que aprueba las leyes. Como bien indica Gerhard Leibholz, preocupado porque en el estado de partidos la Democracia representativa no fuese destruida por partidos autoritarios «el peligro que la libertad corre a manos del Poder legislativo en los regímenes de democracia a base de partidos políticos, es un peligro especial» (Leibholz, 2019: 9). Dominique Rousseau (2002: 26 y ss.) expone, además, y de forma brillante, que la Ciencia Política ha demostrado que los representantes tienen a menudo intereses opuestos a los gobernados que deben representar, haciendo consecuentemente pivotar la legitimidad de la justicia constitucional en esta defensa de los gobernados –incluso, por tanto, de los que votaron a los representantes del partido mayoritario–.

Refirámonos ahora brevemente al caso de la justicia constitucional en los sistemas federales que, como se había mencionado, es la otra gran vertiente de la función política de los Tribunales Constitucionales. Kelsen afirma que «es ciertamente en el Estado federal en donde la justicia constitucional adquiere la más grande importancia» (Kelsen, 2011: 297), pero lo cierto es que, aun cuando ello sea así, tampoco es que resulte imprescindible su existencia en este tipo de forma estatal como, tampoco, que exista una relación entre federalismo y Democracia. Puede haber otras fórmulas que garanticen la autonomía de las regiones. Sin embargo, la fórmula que, en este tipo de Estados, se ha generalizado, es la existencia de un

39 Cursiva en el original.

órgano jurisdiccional que medie en los conflictos competenciales entre la federación y los estados miembros. Este, entre otras posibles funciones al respecto, declara la inconstitucionalidad de aquellas leyes del Estado central que invaden la esfera competencias de los entes descentralizados y viceversa. Lo hace, en no pocas ocasiones, interpretando cláusulas competenciales cuyo contenido no está perfectamente delimitado.

Es curioso que ni Waldron ni, por lo general, ninguno de los críticos del control jurisdiccional se refiera a esta importante cuestión. Tratando de seguir la lógica de sus planteamientos cabe imaginar que también propondrían la supresión de este tipo de control⁴⁰ sustituyéndolo por la posibilidad de un referéndum o, quizás, abogasen por establecer un poder de veto por parte de la segunda Cámara. Tal y como se ha señalado en otro lugar (Fondevila, 2018: 57), son soluciones posibles, y no hay duda de que serán del agrado de los más recelosos respecto del decisionismo judicial. Pero habría que advertir de que, si bien las soluciones políticas pueden parecer preferibles para los grandes conflictos, en la vida normal de un Estado federal la mayoría de decisiones competenciales revisten un carácter –incluso si hay cierto margen de discrecionalidad– mucho más técnico, que pocos dudarán que obtendrán mejor respuesta por parte de un órgano jurisdiccional.

III.3. ¿Democracia deliberativa o simplemente constitucionalismo débil? (una crítica a Gargarella y Niembro Ortega)

Cualquier crítica contra la supuesta supremacía constitucional o contra el constitucionalismo que algunos denominan fuerte tienen un pretendido fundamento igualitario. Desde sus respectivas visiones de la Democracia sostendrán que los jueces no tienen un conocimiento tan excelso, una moral tan intachable, ni una imparcialidad tan incuestionable que justifique la alta responsabilidad que tienen encomendada. Lo que, a fin de cuentas, vienen a condenar, es esa suerte de «cuasi tutelaje» (Dahl, 1992: 186) que se otorga a los jueces con competencias constitucionales. No son reticencias nuevas. Ya en la Francia posrevolucionaria, cuando Sieyès propone el jurado constitucional al que se ha hecho referencia en la Introducción de este trabajo, varios miembros de la convención le cuestionan sobre quién controlará a ese vigilante y si no se convertirá dicho órgano en un amo que encadenará a los poderes públicos (Rosanvallon, 2010: 226).

40 A ello se refirió K-C. Wheare (2008: 179) indicando, no obstante, que tenía más inconvenientes que ventajas.

Lo que sí resulta novedoso y envidiable es la seguridad que algunos críticos recientes muestran respecto de sus teorías, y muy sorprendente, tratándose de académicos, la vehemencia con la que retan, a quienes no comparten sus posiciones, a demostrar que se equivocan. Es el caso de Roberto Gargarella, quien concluye su trabajo titulado *La justicia frente al gobierno*, de la siguiente manera: «Nuestros oponentes nos tendrán que convencer, por ejemplo, de que es deseable que jueces no electos por la ciudadanía ni sujetos a una responsabilidad electoral inmediata sigan decidiendo cuestiones sustantivas (...) Deberán darnos razones para otorgar al poder judicial la «última palabra» en materia constitucional cuando sabemos (particularmente en Latinoamérica) lo permeable que es la magistratura a la presión de los grupos de poder. Nuestros oponentes deberán persuadirnos de que la reflexión individual y aislada de los jueces nos garantiza la imparcialidad de un modo más certero que la propia reflexión colectiva. Nuestros oponentes tendrán que hacernos entender que es deseable que el buen ejercicio judicial siga dependiendo del azar de contar con «buenos jueces». Nuestros oponentes deberán aclararnos estas dudas a menos que (...) prefieran simplemente negarse o imponernos sus razones» (Gargarella, 1996: 265).

Efectivamente, y más allá de condenar los términos en los que el profesor de la Universidad de Buenos Aires se expresa, puesto que los académicos solo somos oponentes cuando competimos por una plaza en alguna Universidad, no cuando exponemos nuestras tesis y discrepamos de otras, es posible que cualquier intento de justificar a la judicatura por encima de otras instancias democráticas esté condenado al fracaso. Probablemente esta sea la razón por la que apenas existe en la bibliografía relevante sobre el tema que nos ocupa intentos de este tipo⁴¹. Parece que el simplismo de los defensores de la supremacía parlamentaria (ellos sí defienden que cualquier ley salida del Parlamento, siempre que haya seguido determinados procedimientos, resulte irresistible) les impide ver cualquier alternativa a su tesis que no sea la también pura y simple supremacía de otro órgano (el Parlamento). Desde lo limitado de su encuadre no son capaces de apreciar todas las perspectivas de una realidad caleidoscópica.

Además, en todo caso, que las teorías de aquellos pocos defensores de una supremacía judicial que, con un marcado carácter aristocrático o elitista, basan sus teorías en una especial consideración del juez sean relativamente sencillas de

41 Por supuesto, hay excepciones. Una de ellas podría ser el prólogo que Alexander Bickel escribió en 1961 en el n° 75 de la *Harvard Law Review*, donde afirmaba que los jueces del Tribunal Supremo cumplían una «función educativa» (citado por Posner, 2011: 338). Otra la obra, ya citada, de O. Bachof *Jueces y Constitución*, que es la transcripción de una conferencia impartida en 1959 cuando accedió al cargo de Rector de la Universidad de Tubinga. Él, que además de profesor universitario era juez, sí que hace una serie de consideraciones sobre que la profesión de juez imprime un carácter a las personas que garantiza un alto nivel de objetividad (Bachof, 2019: 76). No obstante, hay que señalar que estos autores tienen un concepto bastante laxo de elitismo. Por ejemplo, Niembro Ortega (2019: 135) considera que hay elitismo en el diálogo judicial entre Cortes nacionales e internacionales.

refutar desde parámetros democráticos no significa, por supuesto, que la supremacía del Parlamento haya demostrado ser preferible o que la democracia deliberativa que este autor, con argumentos próximos a los de Carlos Santiago Nino, defiende, haya conseguido ser algo más que una simple teoría. La realidad de los regímenes políticos actuales no parece, además, favorecerla.

Autores como Niembro Ortega (2019: 209) han tratado de concretar cuál habría de ser el modelo constitucional de democracia deliberativa en que el Parlamento pueda, tras una declaración de inconstitucionalidad, responder con otra ley de contenido similar o incluso idéntico⁴². Para este autor, dado que la reforma constitucional resulta, muchas veces, demasiado compleja, de forma que la sentencia de inconstitucionalidad puede poner fin a la deliberación, esta resulta ser la solución ideal⁴³. De este modo, la justificación de la justicia constitucional (sin supremacía) se apoyará en la capacidad de esta de hacer aportaciones al proceso de deliberación, de tal forma que el juez constitucional deberá «garantizar una deliberación parlamentaria efectiva, representativa, y democrática, pública, libre y en condiciones de igualdad» (*Ibid.*: 249). Los jueces constitucionales –siempre según este autor– pueden adoptar, para cumplir con este cometido, tanto medidas comunicativas como obligar al Parlamento a repensar una norma sin establecer una situación concreta, disponer que una determinada violación de derechos debe corregirse en un tiempo límite, sugerir al legislador una serie de soluciones alternativas dejando la decisión final en sus manos y, si no resultasen eficaces, integrar la disposición a través de la analogía, extender o reducir su aplicación, aperebrir al legislador de una futura declaración de inconstitucionalidad, declarar la inconstitucionalidad sin nulidad, reconocer la inconstitucionalidad de la disposición posponiendo su declaración o, finalmente, declarar la inconstitucionalidad con nulidad. Lógicamente, estos mecanismos no son ajenos a sistemas de control fuerte, pero, de acuerdo con sus propias palabras, «la diferencia de esta propuesta con los modelos fuertes de control de constitucionalidad es que utiliza estas herramientas atendiendo al tipo de faltas deliberativas en que incurren en otros poderes» (*Ibid.*: 273).

Esta es toda su concreción. No ofrece ninguna clave de cómo podrían los jueces constitucionales elaborar sus sentencias para, separándose de estos modelos fuertes (que, según nuestro autor, no favorecen la deliberación), propiciar el diálogo parlamentario. Tan solo cabe imaginar que esté pensando en algo parecido a lo

42 Opción expresamente prohibida en algunas Constituciones como la de Colombia (art. 243). Sin embargo es una posibilidad que, por lo general existe. En su obra, él llega a la conclusión de que es así en España y México (Niembro Ortega, 2019: 220 y ss.). En Alemania, esta posibilidad ha sido expresamente permitida por el TCF, en Sentencia de 6 de octubre de 1987 (Stern, 2009: 49).

43 Resulta curioso que esto lo afirme, con pretensión de universalidad, un académico que, aunque realizó su tesis doctoral en España, donde efectivamente no sabemos utilizar correctamente el instrumento de la reforma, procede de un país donde se han sucedido 741 reformas a la Constitución.

que, en su obra titulada *One Case At A Time*, Cass Sunstein⁴⁴ denomina «minimalismo judicial», que consiste en que los jueces deciden caso por caso, rehusando establecer reglas, y dejando entonces algunas cuestiones abiertas. Hacen, pues, un «uso constructivo del silencio» (Sunstein, 2001: 5) y, con ello, promueven la democracia deliberativa porque permiten que determinadas cuestiones sean juzgadas en el seno de instancias representativas y sometidas a control popular (*Ibid.*: 26). En todo caso, si fuera esto en lo que está pensando, es contradictorio con su crítica al constitucionalismo fuerte, ya que Sunstein aclara que no cabe confundir su doctrina con el *judicial restraint*, pues no supone, en ningún caso, renunciar a invalidar leyes por inconstitucionales (*Ibid.*: 28).

Además, el autor mexicano, aparentemente, no ha valorado la posibilidad de que su propuesta no tenga los efectos deseados. Lo primero que hay que constatar es que existe una enorme distancia entre estas teorías y la realidad parlamentaria. Este no es lugar para extenderse sobre la crisis de esta institución, pero sí parece oportuno recordar, de la mano del que fuera el primer presidente del Tribunal Constitucional español, que como consecuencia de lo que él denominó «estado de partidos»⁴⁵, el Parlamento ya no es el lugar donde se adoptan las decisiones, sino aquel donde se formalizan los acuerdos previamente adoptados en el seno de los partidos (García Pelayo, 2009: 2014). Cada vez la tarea legislativa se sustrae en mayor medida (a través de decretos-leyes y otras formas de delegación en el ejecutivo) de los Parlamentos, y a las leyes que sí se aprueban en el seno de los mismos cada vez se les dedica menos tiempo y análisis. No parece que se den las condiciones para una deliberación tan ideal. Ello por no mencionar que cada vez son más frecuentes escenas lamentables de reproches, gritos insultos, vulgaridades y, en fin, de mala educación⁴⁶. Siendo así, pocas razones existen, con o sin reenvío, para pensar que en el Parlamento se va a producir una deliberación. Lo más probable es que los partidos, dependiendo del respeto que sientan hacia el Tribunal, o bien no den marcha atrás o bien asuman acrítica-

44 Se trata tan solo de una suposición, pues Niembro Ortega cita varias veces a Sunstein (y precisamente justo al indicar esto de que los jueces corrijan las faltas deliberativas de otros poderes), pero solo a pie de página y en relación con trabajos diversos al que aquí se expone.

45 Con esta expresión trata de describir la sustitución por los partidos políticos de los órganos y las instituciones del Estado. Así, afirma, en su obra *El Estado de Partidos*, que las decisiones de un partido o unos partidos son imputadas al Estado, y que los órganos de este son ocupados por personas pertenecientes a los partidos, y que se someten a su disciplina.

46 Tal vez pueda argumentarse que espectáculos lamentables se dan también en Altos Tribunales. Son conocidas, por ejemplo, las varias ofensas entre los Ministros del Supremo Tribunal Federal, Barroso y Mendes, siendo quizás la más grave la que tuvo lugar durante el conocimiento de la ADI 5394 donde los insultos e insinuaciones llegaron a obligar a suspender la sesión. Pero ello no deslegitima la teoría defendida en este trabajo, porque esta no presupone ni la bondad del legislador ni la de los jueces, si no que considera positivo que ambos ejerzan sus competencias de manera plena, lo que, por supuesto, harán, según la valía de quienes ocupen los órganos respectivos, con mayor o menor acierto.

mente las recomendaciones del Tribunal. Una teoría de la justicia constitucional haría bien en partir de las cosas tal como son, y no como gustaría que fuesen.

Además, y sobre todo, es necesario dejar claro que la tesis de Gargarella del reenvío (Gargarella, 1996: 174 y ss.), en la que Niembro se inspira, desde la errónea premisa de que los jueces tienen «la última palabra» en materia constitucional, no es, ni mucho menos, una exigencia de una teoría democrático-deliberativa. Sería mucho más honesto, académicamente hablando, que expusieran claramente sus, por lo demás, sugerentes tesis, enmarcándolas abiertamente dentro del concepto de constitucionalismo débil y no en el de democracia deliberativa, o concentrasen algún esfuerzo más en explicar por qué el reenvío en sus diversas facetas (esto es, atribuir al Parlamento la decisión final), mejora la participación democrática. Porque la idea de Democracia deliberativa, al contrario de lo que sostienen estos autores, legitima el control de constitucionalidad si se entiende que un Tribunal Constitucional, al que las minorías e incluso los individuos puedan acudir cuando entiendan que la mayoría parlamentaria viola sus derechos, va a obligar a las mayorías que ostentan el poder a fundamentar con los mejores argumentos posibles sus decisiones (Ferrerres, 2012: 166). Pero ello es mucho más plausible, de hecho, con un control de constitucionalidad del tipo que algunos llaman fuerte. El reenvío, o constitucionalismo débil, lo que hace, al otorgar primacía al Parlamento, es, en lugar de facilitar, comprometer la deliberación. Desde luego –además de la de J. Rawls a la que ya se ha hecho referencia– existen teorías de la deliberación que, incluso independientemente de la valoración que cada uno pueda hacer respecto de ellas, no solo no cuestionan el control de constitucionalidad (fuerte) sino que defienden que este es perfectamente acorde con la idea de Democracia o, incluso, lo elevan a la categoría esencial de la misma. Solo para dar una muestra de la riqueza de perspectivas al respecto, mencionaremos las del jurista Robert Alexy y la del politólogo Pierre Rosanvallon.

El autor alemán se propone justificar o explicar la compatibilidad entre el control de constitucionalidad y la Democracia. Parte de la premisa de que si el proceso de formación de la voluntad política discurre como es debido, la mayoría parlamentaria respetará y concretará tanto los derechos fundamentales como las reglas de la Democracia deliberativa, pero se pregunta qué sucede si se aprueban leyes que vulneran aquellos, o que son incompatibles con los principios de esta. Su respuesta, entonces, es que se puede, o bien confiar en el poder de auto-sanación de la Democracia, o bien instituir una jurisdicción constitucional, siendo preferible lo segundo. Reconoce que en todo ello hay un riesgo de paternalismo, pero afirma que puede contrarrestarse siempre que se conciba la jurisdicción constitucional como una representación argumentativa de los ciudadanos y si, como tal, tiene éxito (Alexy, 2009: 80). Este concepto de «representación argumentativa» consiste una forma de representación no basada en la voluntad popular expresada mediante el sufragio, sino en los argumentos o razones que, de acuerdo con la teoría del discurso, son proposiciones que tienen pretensión

de corrección, para lo cual deben ajustarse a las reglas del mismo. En una Democracia de tipo mayoritario –sostiene nuestro autor– la representación que ostenta el parlamento es meramente volitiva o decisionista, mientras que, en una Democracia deliberativa, la representación parlamentaria es, en parte decisionista y en parte argumentativa, pues las decisiones adoptadas por este órgano se basan, también, en argumentos, que pueden implicar juicios acerca de la constitucionalidad de las leyes. La representación que ostenta el Tribunal es, por su parte, meramente argumentativa, más limitada, contando entonces el legislador con un margen de discrecionalidad tan grande como es todo aquello no determinado por la Constitución. Alexy, que siempre piensa en el sistema de justicia constitucional alemán, y es de él del que extrae siempre los ejemplos, tiene claro que el Tribunal no solo argumenta sobre la constitucionalidad de una ley, sino que decide de forma autoritativa sobre la cuestión. Ello es lo que hace necesario que el Tribunal busque una representación de tipo argumentativo: dado que va a imponer su criterio al Parlamento, debe procurar que esos argumentos razonables que va a esgrimir sobre la constitucionalidad de la ley sean aceptados por un número considerable de personas racionales (Alexy, 2013: 99-103).

Alexy es analizado con cierta profundidad por Niembro Ortega (2019: 102 y ss.), (no así por Gargarella), pero empeñado en confrontarlo con Waldron, cuando –de modo nada sorprendente– este no lo cita, lo malinterpreta. Así, comienza criticando la distinción que este hace entre representación argumentativa y volitiva diciendo que «es exagerada, pues en la decisiones (*sic*) judicial también hay un elemento volitivo en tanto que [aquí el conocido argumento waldroniano⁴⁷] utilizan el mismo método de decisión que los parlamentos, esto es, la votación por mayoría» (*Ibid.*: 102, n. 44), demostrando con ello que no ha entendido la distinción, pues el concepto de representación volitiva no significa que en Parlamento se decida mediante votos, sino –como se ha dicho– que la relación entre el órgano representativo (el Parlamento) y los representados (el Pueblo) viene determinado por los votos emitidos en las elecciones (Alexy, 2013: 100). A partir de ahí, el autor mexicano continúa cometiendo más errores de interpretación del autor, llegando a afirmar, incluso, que su defensa del control de constitucionalidad no se corresponde con su teoría del discurso, pues esta no requiere que ningún número de ciudadanos acepte la decisión⁴⁸ y, de nuevo usando a Waldron como argumento de autoridad para refutarle, afirma –con cita expresa al filósofo neozelandés⁴⁹– que el déficit democrático no se supera con la aceptación por un número suficiente de ciudadanos sino por la posibilidad institucional de una respuesta por parte del Parlamento que permita

47 Niembro Ortega, que usa la misma edición de la obra que la empleada para este trabajo, remite a la p. 365 de *Derecho y Desacuerdos*.

48 Se pregunta retóricamente, y de modo literal «¿Por qué si se cumplió es necesario que un «número suficiente» acepte la deliberación?»

49 En este caso, a la página 299 de la misma obra antes citada.

la crítica y revisión de las razones que sustentan la sentencia, teniendo en cuenta lo que tienen que decir los titulares de los derechos sobre la cuestión (Niembro Ortega, 2019: 103-104). Aquí lo que hace es mezclar el concepto de «argumentación jurídica» con el de «representación argumentativa»: no se trata de que la argumentación o el discurso requieran de un número de ciudadanos que los acepten, pero sí, no obstante, la «representación»⁵⁰ a la que el Tribunal aspira. El Tribunal Constitucional –de acuerdo con Alexy– empleará la argumentación jurídica (con su reglas lógico-matemáticas) para enjuiciar la constitucionalidad de una ley, y sus argumentos (que aspiran a ser una representación, pero no de tipo político de los ciudadanos) se opondrán al Parlamento, por eso –dirá el autor alemán– «cuando triunfa la representación argumentativa, triunfa la reconciliación» (Alexy, 2006: 40).

Pierre Rosanvallon, un autor al que ninguno de los autores criticados ha hecho referencia alguna, tiene una visión mucho menos institucional de la Democracia deliberativa que la que tiene Alexy. Lo que, en general, caracteriza a su teoría democrática es la definición de distintos momentos y lugares donde el pueblo puede controlar la acción de los gobernantes o una minoría oponerse a las decisiones de la mayoría. Es esto, y no, desde luego, reglas matemáticas de lógica formal (es decir, reglas expresadas en un lenguaje que no utilizan ni la Ciencia Política ni el Derecho), lo que otorga racionalidad al sistema⁵¹. Respecto, en concreto, a la justicia constitucional, sostiene que las Cortes Constitucionales son instituciones basadas en una «legitimidad de reflexibilidad» (Rosanvallon, 2010: 28) asociada al papel que cumplen para corregir los incumplimientos resultantes de la asimilación de la mayoría electoral a la voluntad del cuerpo social tomado en su globalidad. Este autor expone, con enorme brillantez, que «la reflexibilidad introducida por los procedimientos de la justicia constitucional lleva a multiplicar los lugares, los modos y los tiempos de la deliberación pública. Invita a considerar las cosas desde otro ángulo; también introduce el equivalente de una especie de moratoria en de la reflexión. En estas condiciones, se organiza una *escena deliberativa*⁵² cuyo carácter compuesto y reflexivo permite acercar objetivos que sería difícil alcanzar organizando todos los debates públicos-políticos según los cánones de una teoría «pura» de la deliberación» (*Ibid.*: 203). Ahora bien, con mucho mejor criterio que Gargarella y Niembro Ortega, rechaza expresamente ningún tipo de constitucionalismo débil, pues no sin recordar que, en todo caso, una reforma constitucional siempre es posible para enfrentar una sentencia constitucional, afirma, de manera contundente, que «una institución de tipo reflexivo solo puede cumplir positivamente con su misión si se erige en un verdadero poder» (*Ibid.*: 227).

50 Cuestión distinta es que esta idea de que el Tribunal deba aspirar a una representación (aunque sea no política) de los ciudadanos sea, o no, convincente (remisión a Fondevila, 2014a: 263).

51 Cfr., a este respecto su obra titulada *La contrademocracia*.

52 Cursiva en el original

Si Niembro Ortega hubiera analizado a este autor francés, se hubiera dado cuenta, quizás, de que no es reduciendo el poder de los jueces, sino multiplicando los lugares en los que en Democracia tiene lugar el debate, como se consigue un mayor nivel de los argumentos. Pero ello requiere una concepción de la Democracia compleja y sistémica a la que es imposible llegar siguiendo a Jeremy Waldron.

Por supuesto, es posible, por ejemplo, que alguno dude de que haya algo parecido a la «razón pública» de la que nos habla Rawls, de que las reglas del discurso de Alexy puedan ser aplicadas por jueces (o que simplemente las entiendan), o albergar serias dudas acerca del concepto «legitimidad reflexiva» de la que habla Rosanvallon. Todas las teorías de la Democracia deliberativa tienen un alto grado de abstracción, de idealismo y, hasta de mitificación. Aquí no se ha pretendido ni criticarlas ni defenderlas sino, simplemente, mostrar que en una Democracia deliberativa (si es que algo así existe) no solo la jurisdicción constitucional goza de pleno sentido y justificación, sino que es probablemente en el seno de las mismas donde gozará de mayor aceptación.

III.4. La justicia constitucional como garante de la división de poderes

No pocas veces se invoca torticeramente el principio de separación de poderes para oponerse a toda forma de justicia constitucional. El argumento resulta elegantemente sencillo: es criticable que el poder judicial pueda dejar sin efecto la obra del legislativo. Del modo más sofisticado que le caracteriza, pero con la misma errónea idea de base, trataba de distinguir Carl Schmitt entre la función «política» del legislador, y la mera aplicación jurisdiccional de la ley (Schmitt y Kelsen, 2009: 67 y ss.). En su célebre réplica, se encargaría Kelsen de afirmar que tanto el legislador como los jueces cumplen una función política puesto que «cuando el legislador autoriza al juez, dentro de determinados límites, a sopesar los intereses que se oponen y a resolver el conflicto a favor de uno u otro, le otorga una capacidad creadora del derecho, y con ello, un poder que da a la función judicial el carácter «político» que en una medida mayor tiene la legislación» (*Ibid.*: 306).

Lo cierto es que, considerado en abstracto, al margen no solo de la realidad de los actuales Estados constitucionales, sino, incluso, de los propios presupuestos político-jurídicos dentro de los cuales surge la moderna doctrina de la separación de poderes, el argumento consistente en que la jurisdicción constitucional es contraria a esta doctrina resulta aparentemente correcto. Pero cuando se recuerda que la misma surge como uno de los pilares fundamentales de la filosofía política liberal, a la que por ello se haya indisolublemente unida, se comprende, en toda su magnitud, lo erróneo de tales planteamientos. Para el Profesor P. de Vega «invocar la teoría de la división de poderes y condenar con ella la posible incidencia del Poder Judicial en la vida del Estado no pasa de ser un recurso ideológico que, por estar parcial e interesadamente empleado, le priva de todo fundamento» (De Vega, 2004: 304).

De hecho, cuando la división de poderes se invoca al margen de la idea de limitación del poder que implica el pensamiento liberal esta no solo pierde toda bondad, sino que puede resultar incluso más perniciosa que la alternativa concentración del poder en pocas manos. Así lo exponía, con enorme ingenio, Benjamin Constant (2010: 58), quien afirmaba que «si al dividir el poder no ponen ustedes límites a la competencia de la ley, ocurre que una clase de hombres hacen las leyes, sin preocuparse por los males que puede ocasionar, mientras que otra clase ejecuta esas leyes, creyéndose inocente del mal que hace, porque dice que no contribuyó a la ley (...) Más valdría, entonces mil veces que el poder que ejecuta las leyes estuviera también encargado de hacerlas. Por lo menos, apreciaría las dificultades y los dolores de la ejecución».

El principio de separación de poderes ha sufrido importantes cambios consecuencia de la evolución de los regímenes políticos, y por ello, para una cabal comprensión de la necesidad de que exista una justicia constitucional para su correcta implementación, es necesaria una aproximación con perspectiva histórica y que llegue hasta nuestros días.

Conviene empezar explicitando que el significado de la doctrina puede considerarse algo confuso desde sus propios orígenes. Maurice Duverger, en su sugerente y provocativa obra titulada *La monarquía republicana*, hacía alusión, en primer lugar, al hecho de que, aunque aparentemente la división de poderes alude a una supuesta repartición entre los poderes entre legislativo, ejecutivo y judicial, bien parece que hay una primacía del primero, puesto que parece que ejecutar y hacer cumplir las leyes son funciones subordinadas a la legislativa (Duverger, 1974: 75). Además —señalaba en la obra citada el jurista y politólogo francés— se han dado dos concepciones distintas de esta doctrina: una igualitaria (en los Estados Unidos) y otra (europea) tendente a la soberanía del Parlamento. Las razones, a su juicio, eran que el Congreso de los Estados Unidos no pudo beneficiarse del prestigio que tuvieron los parlamentos europeos en la lucha contra el Derecho divino y los monarcas, estando en el continente americano, el poder popular, representado siempre tanto por las Cámaras como por el Presidente. Pero, en cualquier caso, y por lo que a nosotros ahora concierne, lo más interesante de esta obra (que, recuérdese, trata de denunciar la acumulación de poder que han acumulado, en perjuicio los parlamentos), es la encendida defensa que realiza de la necesidad de instaurar la justicia constitucional en países como Francia, para evitar abusos por parte de los gobiernos que dominan completamente los parlamentos. Así, nos dirá que en «todas las monarquías republicanas de forma parlamentaria (...) las asambleas parlamentarias de convierten en un apoyo del Primer Ministro a quien refuerzan, que en un contrapeso que le debilita. El monarca elegido concentra en sus manos un poder considerable, porque es, a la vez, jefe del gobierno y jefe de la mayoría. El control jurisdiccional de la constitucionalidad, se hace entonces indispensable si se quiere impedir ciertos abusos. Aunque no suficiente, es necesario para contener el poder del rey republicano» (*Ibid.*: 85). Se mostraba, por

tanto, firme partidario de que Francia adoptase un Tribunal Constitucional al modo de Italia o de que el Tribunal de Casación dictase –dice expresamente– su propia sentencia *Marbury*.

Actualmente, y por lo explicado en el epígrafe anterior, más que hablar de una preponderancia del ejecutivo, se debe hablar de que los partidos ostentan el monopolio del poder público. Ante esta realidad autores como P. De Vega y J. Ruipérez, han reformulado la doctrina de la división de poderes, indicando que en nuestros días su significado no puede ser otro que entender que es necesario los controles recíprocos o *checks and balances* se produzcan entre los partidos mayoritarios y minoritarios (Ruipe  rez, 2020: 233 y ss.). En este orden de cosas, es claro que cobra especial importancia el estatuto jurídico que la oposición política disfrute dentro del régimen constitucional, que no podrá considerarse garantizado si no tuvieran la posibilidad de acudir a una instancia de protección tanto de sus derechos de participación en el proceso legislativo que deben recoger los reglamentos parlamentarios como frente a posibles extralimitaciones, por parte de la mayoría parlamentaria, de los derechos recogidos en la Constitución.

III.5. La justicia constitucional como exigencia de una Constitución normativa

El corolario de todo cuanto se viene indicando no es otro que el que la justicia constitucional es consecuencia de la supremacía de la Constitución. Ningún jurista debería poner en duda, en el siglo XXI, que la Constitución es norma jurídica superior, ni tampoco debiera resultarle a nadie difícil de comprender que la defensa de la voluntad del poder constituyente como límite a la acción de los poderes constituidos es, también, la defensa de la Democracia (Fondevila, 2016: 73). Dado que la Constitución es la principal fuente de derechos y obligaciones del ordenamiento jur  dico⁵³, y no «un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal» (STC 16/1982) su cumplimiento debe ser exigible en vía jurisdiccional, constituyendo esta la principal (aunque no la única) garantía o medio de defensa de la Norma Fundamental. Cuando se trata de evitar que los jueces tengan la última palabra respecto de la constitucionalidad de las leyes, lo que se aboga es por sustituir el control jurisdiccional por un control de tipo político, incluso si quien lo ejerce es, como en Canadá, un órgano judicial. Al alterar la naturaleza del control, el Derecho deja no ya

53 Así se desprende claramente no solo del artículo 9.1 CE, que establece que «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», sino de los artículos 95 (que establece la primacía de la Constitución respecto de los Tratados), los artículos 161 y 163 CE (relativos, precisamente, al control de constitucionalidad), los artículos 167 y 168 CE (que establecen un procedimiento más rígido para la reforma constitucional respecto del que se exige para la aprobación de leyes ordinarias) y la Disposición Derogatoria según la cual «quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución».

de limitar, sino, si quiera, de enmarcar la acción del gobernante, que de este modo pasa a ejercer un poder tiránico. Tal y como se ha visto, algunos consideran que una ley cumple con todas las exigencias democráticas siempre y cuando sea fruto de la voluntad mayoritaria y haya seguido en su tramitación un correcto procedimiento abierto a la participación de todas las fuerzas políticas. No aclaran, quienes sostienen esto, por qué esa mayoría parlamentaria a quien se considera soberana iba, aunque solo sea, a someterse siempre y en todo momento a los cauces establecidos (Ackerman, 2015: 28). Al garantizar la Constitución, tal y como establece el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, la separación de poderes y los derechos en una determinada comunidad política, esta se convierte en un instrumento indispensable de cualquier Democracia que aspire a ser algo más que una forma vacía y quiera dotarse de un carácter sustantivo.

Innecesario debiera ser recordar cómo, durante el siglo XIX, la fórmula francesa de *L'Estat Legal* como Estado constitucional con jerarquía de normas acabaría degenerando en mero legalismo como consecuencia de atribuir incorrectamente a la asamblea la soberanía nacional (por todos, Gomes Canotilho, 2003: 95) y que, como consecuencia de ello, las Constituciones no serían consideradas en Europa más que documentos políticos sin carácter vinculante para el legislador. Todos y todas los/las que se dedican a las Ciencias Constitucionales debieran, así mismo, conocer, que esta situación se mantuvo en Europa hasta finalizada la Gran Guerra, momento en que se pusieron de manifiesto las principales contradicciones del Estado liberal. Pero sobre lo que parece necesario incidir ahora es sobre el hecho de que esto se produjo, principalmente, como consecuencia de un proceso de racionalización del poder público descrito magistralmente por Mirkine-Guetzévitch (1934: 11) como el hecho de que «la democracia, expresada en lenguaje jurídico, es el Estado de Derecho, es la racionalización jurídica de la vida, porque el pensamiento jurídico consecuente conduce a la democracia como única forma de Estado de Derecho» y es –siguiendo al mismo autor– en el marco de este proceso de racionalización del poder en el que aparece la institución de la jurisdicción constitucional (*Ibid.*: 31). La razón por la que resulta tan importante es que solo cuando se tiene presente se comprende entonces una premisa básica y medular de la Teoría Constitucional: «que las normas jurídicas, y especialmente las consagradas en los documentos constitucionales, sirven de cauce para la implantación de los valores políticos, sociales y económicos de la democracia moderna» (Fix-Zamudio, 1984: 490). Es decir, que el Derecho Constitucional, a través de sus principales mecanismos (rigidez y control de constitucionalidad) sirve de instrumento para desarrollar la Democracia.

Tras la II Guerra Mundial y la caída de los fascismos surgió, especialmente en los países que lo habían sufrido, una renovada preocupación por los derechos, y fue entonces cuando de verdad se comprendió la importancia de una institución especial de garantía. A ello hacía referencia Mauro Cappelletti cuando, en 1955, proponía la implementación de lo que el llamo una «jurisdicción constitucional de la libertad» en Italia. Afirmaba este autor, que los Derechos Fundamentales

(incluyendo también los sociales) consistiendo en un poder (*jubere licere*) de los ciudadanos, y estando situados en un plano superior respecto de los ordinarios, quedaban condenados, sin embargo, muchas veces, a la ineficacia, como consecuencia de la ausencia de una jurisdicción de este tipo (Cappelletti, 2010: 23-25).

El nihilismo de las objeciones que, no sin cierta presuntuosidad, se califican de «democráticas», arrastran consigo la idea de los derechos como restricciones a la voluntad mayoritaria, concibiendo, de este modo, el poder, desde un irracionalismo más propio de la edad moderna que de la actualidad de los Estados constitucionales. Quizás sea difícil considerar estas teorías simplemente de «erróneas» (Ferrerres, 2011: 16) porque es un calificativo difícil de aplicar en las ciencias jurídicas. Pero, y no sin el máximo respeto hacia quienes las sustentan, se puede afirmar que son desconocedoras de toda una filosofía jurídica, deudora, por cierto, del auténtico positivismo jurídico, que –ahondando en lo que se ha dicho en el tercer epígrafe del segundo capítulo de esta obra– poco tiene que ver con algunas caricaturas legalistas y/o mayoritaristas del mismo. Son dos las figuras clave del pensamiento jurídico que destacan en esta idea racional-normativa de la Democracia: nada más y nada menos que Immanuel Kant y Han Kelsen. El gran filósofo de Königsberg, afirmaba, en lo que denominó «primer artículo para la paz perpetua», que el que una mayoría decidiese por todo el pueblo constituía (usando una terminología influenciada de J-J Rousseau) «una contradicción de la voluntad general consigo misma y con la libertad». Igualmente, el Profesor de la Universidad de Viena entiende que la Democracia conjuga igualdad con libertad, que la limita (Kelsen, 2002: 109).

Hay un último aspecto que debe ser mencionado en este apartado, por estar relacionado con el moderno concepto de Constitución normativa, y muy concretamente con los derechos, que, sorprendentemente, al igual que vimos que ocurría con la justicia constitucional como árbitro de los conflictos competenciales en los Estados federales, es generalmente ignorado por los autores críticos con la justicia constitucional. Quizás esta laguna refleje, mejor que ninguna crítica a sus argumentos expresos, hasta qué punto sus posturas son teoréticas y bastante alejadas de la realidad. Y es que cabe preguntarse, una vez que ya han condenado el control de constitucionalidad y el constitucionalismo (al menos en la versión que ellos denominan «fuerte»), ¿Qué ocurre con el control de convencionalidad?, ¿Debe sufrir la misma suerte? En el caso de los países miembros de la Unión Europea, ¿Qué ocurre con la inaplicación de las leyes internas por contravenir el Derecho de la Unión? Por último, ¿No sería patético que, destruido uno de los pilares fundamentales del Derecho Constitucional, la supremacía judicial terminara colándose por los mecanismos del Derecho Internacional?

Dado el cierto aislamiento que, respecto de la Comunidad Internacional, practican los Estados Unidos y la Gran Bretaña, quizás pueda existir una explicación (que no justificación) para que este tema no se haya tratado por la doctrina anglosajona, pero resulta mucho menos comprensible en la europea y latinoamericana.

Debe tenerse en cuenta que: a) si bien su máximo desarrollo se ha producido en América Latina, en países europeos como Francia⁵⁴ y Países Bajos cuenta también con larga tradición, actuando como sustitutivo del control de constitucionalidad para que los jueces protejan derechos de los ciudadanos; b) este control de convencionalidad se basa –siguiendo a Kelsen (1981: 186)– en la voluntad constitucional de dar eficacia a los Tratados Internacionales.

Sobre estas cuestiones se volverá en el Capítulo VI de este trabajo, al que se remite para mayor profundización en el control de convencionalidad.

54 En Francia se viene desarrollando, en virtud del artículo 55 de su Constitución, al menos, desde el caso Nicolò (Consejo de Estado, 20 de octubre de 1989) y es un mecanismo que cuenta con gran popularidad en el país, precisamente, porque no es hasta el año 2008 que ha instaurado un control jurisdiccional de constitucionalidad (Jimena, 2013: 38-41).

IV

LOS PROBLEMAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

IV.1. Las especificidades de la interpretación constitucional

La mayoría, sino todos, los problemas relativos a la legitimación y legitimidad de la justicia constitucional están relacionados con la interpretación de la Constitución. Si la Constitución pudiera ser una norma jurídica de preceptos meridiana-mente precisos, claros y concisos, seguramente la justicia constitucional no habría sido nunca cuestionada, al menos, con los argumentos que se han visto. Con preceptos de esa naturaleza, evidentemente, nadie hubiera podido hablar seriamente de «aristocracia de la toga» sino de técnicos jurídicos aplicando la ley suprema, el argumento de Waldron sobre los desacuerdos respecto de los derechos decaería, y nadie podría decir, tampoco, que un Parlamento que hubiese contravenido normas tan específicas había deliberado de acuerdo con las reglas de la razón. Pero está claro que esto no es así, y tampoco es deseable. En primer lugar, para que los ciudadanos puedan tener un conocimiento, al menos aproximado, de su Constitución⁵⁵. En segundo lugar, para que la misma pueda albergar un pluralismo razonable. En tercer y último lugar, porque en el Derecho Comparado podemos encontrar Constituciones de corte más liberal, y otras de mayor inspiración social, con un contenido de carácter más programático. Incluso siendo las Constituciones tal como son, en lo que respecta a los preceptos que contengan reglas claras,

55 Bien decía el Juez Marshall, en *McCulloch versus. Maryland*, «Si una Constitución tuviese el detalle exacto de todas las subdivisiones que sus grandes poderes admiten y de todos los medios a través de los cuales dichos poderes se pueden poner en ejecución entonces tendría la prolijidad propia de un código y podría ser difícilmente entendible por la mente humana. Probablemente así nunca será comprensible por el público. De esta forma, la naturaleza de la Constitución requiere que solo sus gruesos contornos sean marcados, que solo sus objetos importantes sean señalados y que los ingredientes secundarios que componen aquellos objetos sean deducidos de la naturaleza de los objetos mismos».

ningún jurista cuestionaría (al menos mientras la jurisdicción constitucional tenga legitimación constitucional para actuar) el control de constitucionalidad. Nadie objetaría, por ejemplo, en España, que se declare inconstitucional una eventual reforma del Código Penal que incluyese la pena de muerte, dado que el artículo 15 CE es claro al respecto. Sin embargo, los jueces del Tribunal americano discrepan sobre si la pena de muerte es o no un castigo cruel.

Pero lo que, sin duda, preocupa más a los críticos de la justicia constitucional de esta cierta flexibilidad o libertad que tiene el juez para interpretar los preceptos constitucionales cuyo contenido es relativamente abierto, es que, respecto de la interpretación de la Constitución –y solo respecto a ella– se puede afirmar, en los países que tienen instaurada una justicia constitucional, que existe una supremacía judicial. La razón es que «la interpretación del tribunal constitucional (...) no puede ser revertida por nadie. Una reforma constitucional, desde luego, puede revertir su decisión sobre la ilegitimidad constitucional, pero no su interpretación del texto constitucional: la reforma constitucional no consiste en cambiar la interpretación de la constitución, sino su texto» (Guastini, 2010: 47). El Tribunal Constitucional es el último y supremo intérprete de la Constitución, aunque, lógicamente, no es el único: el legislativo, los jueces y tribunales inferiores, los funcionarios y, en fin, todos los operadores jurídicos son intérpretes constitucionales. El legislador tiene, entre todos los intérpretes, una posición privilegiada (Díaz Revorio, 2009: 18-19), pues es el primer intérprete constitucional. Con su acción, concreta y desarrolla los preceptos constitucionales, completando el significado de los mismos, y la interpretación que haga de la Constitución vinculará a todos los demás, en virtud del principio de sometimiento a la ley. Sin embargo, el TC español ha impuesto determinados límites al mismo: en primer lugar, el legislador no puede precisar «el único sentido posible entre los varios posibles que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, pues al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en su plano» (SSTC 76/1983, FJ 4º, 227/1988 FJ 3º, 17/1991 FJ 7º, entre otras). Esta doctrina jurisprudencial ha sido criticada ya que tampoco es que la interpretación hecha por el legislador se incorpore a la Constitución. Sin embargo, su corrección se aprecia, sobre todo, en materia de organización territorial, donde además pueden confluír dos voluntades legislativas distintas⁵⁶.

56 En la STC 31/2010, FJ 57º, el TC desactiva la pretensión de los Estatutos de Autonomía de establecer una concreta interpretación del reparto competencial de competencias. El TC indica, correctamente, que «El Estatuto puede atribuir una competencia legislativa sobre determinada materia, pero qué haya de entenderse por «competencia» y qué potestades comprenda la legislativa frente a la competencia de ejecución son presupuestos de la definición misma del sistema en el que el Ordenamiento consiste y, por tanto, reservados a la Norma primera que lo constituye». Pero el TC continúa afirmando: «el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica –e indiscutible– de las categorías y principios constitucionales. Ninguna norma infraconstitucional, justamente por serlo, puede hacer las veces de poder constituyente prorrogado».

La interpretación constitucional comparte muchas características de la interpretación jurídica general. Los métodos tradicionales de interpretación de normas jurídicas (gramatical, sistemático, histórico, teleológico, evolutivo) son a menudo usados por jueces y tribunales para interpretar la Constitución⁵⁷. K Hesse (2012: 67 y ss.) estableció, además, unos principios específicos de la interpretación constitucional, a saber: a) principio de unidad de la Constitución, según el cual todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales; b) principio de concordancia práctica, muy relacionado con el anterior, implica que los bienes jurídicos protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución que todos ellos conserven su entidad, evitando, a través de una ponderación apresurada realizar uno a costa del otro; c) principio de corrección funcional, por el cual, si la Constitución regula de una determinada manera el cometido respectivo de los agentes de las funciones estatales, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas sin modificar la distribución de funciones a través de la interpretación; d) principio de eficacia integradora, por el que si la Constitución se propone la creación y mantenimiento de la unidad política ello exige otorgar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad; e) por último, el principio de la fuerza normativa de la Constitución por el cual, es preciso dar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia.

A menudo se ha dicho que la interpretación constitucional debe ser «interna» (García Belaunde, 2020: 85) en el sentido de que, mientras las leyes deben ser interpretadas de acuerdo con la Constitución, esta, sin embargo, debe interpretarse desde ella misma, y no en relación con la ley u otro tipo de normas⁵⁸. Si no fuese así no podría, en puridad, afirmarse el carácter de *lex superior* de la Constitución. Pero esta tesis requiere una serie de precisiones: en primer lugar, porque, tal y como se ha visto, al menos en los Estados adheridos a los sistemas americano y europeo de protección de derechos, las Constituciones deben interpretarse en relación con los Tratados de Derechos Humanos. Ello no quiere decir que estos se sitúen por encima de la Constitución (como está por encima de las leyes) ya que la razón de la primacía de estos es la propia voluntad del poder constituyente

gado o sobrevenido, formalizando uno entre los varios sentidos que pueda admitir una categoría constitucional. Ese cometido es privativo del Tribunal Constitucional. Y lo es, además, en todo tiempo, por un principio elemental de defensa y garantía de la Constitución: el que la asegura frente a la infracción y, en defecto de reforma expresa, permite la acomodación de su sentido a las circunstancias del tiempo histórico». Aunque lo afirmado es constitucionalmente exquisito, autoatribuirse la condición de poder constituyente prorrogado ha sido una torpeza notable, que ha permitido a autor (Requejo, 2011: 323) centrar sus críticas en la misma.

57 En España, estos criterios y el analógico vienen recogidos en los arts. 3 y 4 CC.

58 También Jellinek (2018: 33) afirmaba que «el arte máximo del intérprete no consiste en la interpretación externa, sino en la interna».

expresada en el texto constitucional y la adhesión a un sistema internacional de protección de Derechos Humanos, o la ratificación de cualquier Tratado, es siempre un acto voluntario para el Estado. Es más, de acuerdo con la doctrina de los contra-límites (*vid.*, epígrafe VI. 5) los Tribunales Constitucionales podrán salvaguardar, como hizo en la práctica el Tribunal Constitucional italiano en el caso *Taricco*, los principios fundamentales del ordenamiento constitucional si estos se viesen amenazados por la integración supranacional. Pero, aun así, es innegable que, de ordinario, los derechos de la Constitución, lo diga esta (p. ej. art. 10.2 CE) o no, deberán interpretarse teniendo en cuenta los textos internacionales. Justo a la inversa ocurre, en segundo lugar, con las leyes. Es obvio que estas se interpretan conforme a la Constitución, pudiendo el Tribunal, cuando la ley admita varios significados, imponer uno acorde con la Constitución desechando los que no lo son (Hesse, 2012: 71 y ss.). En contra de lo sostenido por Hesse (*Ibid.*: 74-75) no parece que reflejo de la interpretación conforme de la ley la Constitución también adecue su interpretación a la ley, perfilándose así la unidad del ordenamiento jurídico. Cuando el Tribunal desgrana los posibles significados de una ley, e impone aquel que es conforme a la Constitución frente a otras posibles interpretaciones de la misma, el significado de la Constitución no cambia. Ni debe hacerlo, pues de lo contrario podría ocurrir que el sentido de la Constitución debiese ajustarse a diferentes leyes (p. ej., distintos Estatutos) o que aquella cambie con la misma frecuencia que estas. No obstante, esta regla tiene una excepción, en supuestos muy infrecuentes, que se abordarán en el epígrafe IV de este Capítulo. En tercer y último lugar, dado que, como indicaba en su día el Profesor P. Lucas, «no cabe duda que, frecuentemente, el Alto Tribunal tendrá que interpretar la Constitución considerando también la realidad constitucional que le circunda, y eso supone una estimación que excede al cotejo técnico-jurídico, porque los elementos que integran esa realidad son, en su mayor parte, también extrajurídicos» (Lucas, 1984: 824), el supremo intérprete constitucional debe identificar la «fórmula política», y declarar la inconstitucionalidad de la ley no ya solo cuando transgreda el tenor literal de los preceptos constitucionales sino, también, los principios esenciales que forman parte de aquella (Canosa, 1988: 298). La fórmula política, conformada por el techo ideológico, los principios inspiradores, el espíritu y programa político de la Constitución, está contenida en la Constitución, pero siendo lo que la legitima, hace también alusión a acuerdos que son preconstitucionales (*Ibid.*: 252 y ss.). Además, aunque sus elementos están incorporados a la Constitución, su concreción requiere, efectivamente, acudir a fuentes externas: así, por ejemplo, principios como el de soberanía popular o Estado social no solo están enunciados en la Constitución, sino que se plasman en varios preceptos, pero para su completa comprensión requiere acudir, también, a fuentes externas.

Con todo, el mayor debate acerca de la interpretación de la Constitución se ha producido al otro lado del océano, pues debido a su longevidad, también es la Constitución de este país la que ha sido más interpretada.

IV.2. El dualismo y la «Constitución viviente»

Hace años que en los Estados Unidos se aprecian, tanto entre la doctrina como en el propio seno del Tribunal Supremo, dos posturas enfrentadas respecto de la interpretación de la Constitución. La dominante desde hace aproximadamente cincuenta años es la concepción evolutiva de la Constitución, según la cual, *grosso modo*, el significado de los preceptos constitucionales varía con el paso del tiempo, pudiendo dar lugar a diferentes derechos y obligaciones. La tesis más elaborada al respecto probablemente sea la del gran constitucionalista norteamericano B. Ackerman.

La tesis dualista que este autor ha popularizado (sirviendo, como se vio en el Cap. II de inspiración a otros autores) se basa en la distinción entre dos decisiones diferentes que pueden tomarse en una Democracia: la primera es la decisión que toma el pueblo, la segunda, la que toma su gobierno. Las primeras se producen raramente, y en circunstancias especiales; las segundas tanto a diario como en este tipo de circunstancias (Ackerman, 2015: 24). Esta tesis enfrenta otras corrientes de pensamiento constitucional: a) la por él llamada «Democracia monista», cuya idea principal es que el vencedor en unas elecciones debe gozar de autoridad legislativa plena, con el único límite de no tratar de impedir una nueva y justa cita electoral en el momento establecido (*Ibid.*: 26), razón por la cual trata cualquier acto de revisión judicial como presuntamente antidemocrático (*Ibid.*: 28); b) la escuela fundacionalista, que con notables diferencias dependiendo de los autores (que pueden centrar su atención en los derechos de propiedad como Epstein, en la igual consideración y respeto, como Dworkin, o los derechos de los grupos desfavorecidos como Fiss), entienden que el primer y fundamental objetivo de la Constitución americana es protegerlos (*Ibid.*: 29); c) el historicismo burkeano, para los que, insertos en la tradición del *common law*, lo que cuentan son los patrones de decisión de los Tribunales y otras instancias decisorias, y que son muy recelosos respecto de las revoluciones populares.

Desde estas premisas dualistas ofrece una idea renovada de la tesis de la «Constitución viviente»⁵⁹. Defiende que, en el siglo XXI, los grandes compromisos constitucionales no se plasman, como antaño, en enmiendas constitucionales, sino que se aprecian en lo que él denomina «revoluciones judiciales» (por ejemplo, *Brown v. Board of Education*) y las «leyes estandarte» (por ejemplo, la *Social Security Act*). Por ello, «el propósito de la interpretación es entender los compromisos constitucionales que se han hecho por el pueblo norteamericano a lo largo de la historia, no los compromisos que uno u otro pensador crea que deberían hacerse» (Ackerman, 2011: 36). Esto último es una crítica expresa a R. Dworkin, afirmando que, en este punto, está más próximo a las concepciones del Juez Scalia (que se analizarán a continuación). Su idea de la «Constitución viviente» se aleja de la que

59 La expresión fue utilizada por primera vez en 1899 por el Juez O. W Holmes.

manejaban los primeros autores que adoptaron este término, especialmente de la de Michael J. Perry, quien abiertamente propone prescindir completamente de la interpretación del texto constitucional, siendo la función de los jueces simplemente la de aplicar los valores consensuados por la sociedad⁶⁰. Ackerman, por el contrario, rechaza renunciar a la interpretación, pues afirma que «mi finalidad última (...) es negar que el derecho sea la política por otros medios y que la interpretación constitucional sea pura pose (...) Sin embargo, jamás constituiremos una base sólida para la interpretación jurídica pretendiendo que el pueblo americano no ha logrado nada importante en los último setenta y cinco años» (Ackerman, 2011: 39). Su propuesta consiste en crear nuevos cánones de interpretación, basados en esos logros del Pueblo americano, que se sobrepondrían a algunos particularismos estatales.

IV.3. El originalismo «razonable» (la teoría del juez Scalia)

El que fuera, hasta su fallecimiento en 2016, juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Antolin Scalia, es el máximo exponente, a nivel tanto teórico (en una monografía titulada «Los Tribunales del *Common Law* en un sistema democrático constitucional: el rol de los Estados Unidos en la interpretación de la Constitución y las leyes»⁶¹) como práctico [a través de sus votos a varias sentencias entre las que podemos destacar *Obergefell v. Hodges*⁶² (Delgado, 2017: 348 y ss.)] del originalismo actual.

El originalismo, o textualismo, defiende que la interpretación de un texto, sea una ley o la Constitución, debe hacerse conforme al sentido original del texto. Este

60 Sobre esto, *vid.*, Alonso García, 1984: 326.

61 Este ensayo, junto con réplicas de los profesores G-S Wood, L-H Tribe, M-A Glendon y R. Dworin se recogen en un volumen editado por A. Gutman y titulado *Una cuestión de interpretación: los tribunales federales y el derecho* (Lima, 2015).

62 En esta sentencia afirma que: «cuando la Decimocuarta enmienda fue ratificada en 1868, cada Estado limitaba el matrimonio a un hombre y una mujer, y nadie duda de la constitucionalidad de hacerlo. Esto resuelve estos casos. Cuando se trata de determinar el significado de una vaga disposición constitucional, —como el «debido proceso legal» o la «igual protección de las leyes»—, es incuestionable que el Pueblo que ratificó dicha disposición no la entendió como prohibir una práctica que seguía siendo universal e incontrovertida años después de la ratificación. No tenemos base para derogar una práctica que no está expresamente prohibida por el texto de la Decimocuarta enmienda, y que lleva el aval de una larga tradición de uso abierto, generalizado e indiscutido, que se remonta a la ratificación de la enmienda. Puesto que no hay duda que el Pueblo nunca decidió prohibir la limitación del matrimonio a parejas del sexo opuesto, el debate público sobre el matrimonio homosexual debe continuar», para, finalmente, concluir afirmando que «los cinco magistrados que componen la mayoría se encuentran totalmente cómodos al concluir que cada estado violó la Constitución durante los 135 años entre la ratificación de la Decimocuarta Enmienda hasta que Massachusetts permitió los matrimonios del mismo sexo en 2003 (...) han descubierto en la Decimocuarta enmienda un ‘derecho fundamental’ pasado por alto por todas las personas en el momento de la ratificación de la enmienda y desde entonces».

sentido original del texto, como el propio Scalia se esfuerza por aclarar, se diferencia tanto de la intención del legislador⁶³ (Scalia, 2015: 80) que era característica del primer originalismo americano (representado, entre otros, por Raoul Berger o el Juez Sutherland) como del «constructivismo estricto» (*Ibid.*: 86) que implicaría una interpretación literal al margen de todo contexto. Aplicando esta metodología interpretativa a la Constitución, el autor es consciente que no cabe esperar de ella detalles precisos y hay que dar a sus preceptos una interpretación expansiva, pero no una que el lenguaje no pueda soportar (*Ibid.*: 104) ya que «las palabras sí tienen una gama de significados limitada y ninguna interpretación que vaya más allá de esa gama es permitida» (*Ibid.*: 87). Lo que el originalismo critica de la teoría de la *Constitución viviente* es que quienes determinan aquellas necesidades y «encuentran» aquella ley cambiante, consiguen como jueces un poder incluso más poderoso que en el *common law*, pues se sitúan incluso sobre las leyes de las legislaturas democráticas (*Ibid.*: 105).

Pero este originalismo, por mucho que el juez intente dotarlo de «razonabilidad», no resulta, sin embargo, ni siquiera coherente en su lógica interna. De esta teoría se ha criticado, con razón, y entre otras cosas, que no es tan objetiva como aparenta, puesto que interpretar el sentido original de un texto

63 A Pablo De Lora le parece que este originalismo intencionalista es el método de interpretación «natural» cuando se comprende la Constitución como un precompromiso (De Lora, 1998: 44). La tesis del precompromiso fue popularizada por el filósofo J. Elster en su obra *Ulises y las sirenas*, en la que presenta los derechos como autorestricciones por parte los que ostentan el poder, de mismo modo que el héroe mitológico se ataba al mástil del barco evitar sucumbir al canto de las sirenas. Pero el filósofo noruego ha recientemente variado su postura. Actualmente afirma que las Constituciones, más que actos de autorestricción, son actos para restringir a los demás (Elster, 2002: 115). Ahora entiende que «frecuentemente las constituciones se imponen a las minorías y a las generaciones futuras en el interés de la generación fundacional» (*ibid.*: 187). Esta corrección de su teoría es un error típico de quienes pretenden filosofar sobre el constitucionalismo sin sólidos conocimientos de la Teoría de la Constitución. Solo ellos –pues ningún constitucionalista afirmaría tal cosa– pueden creer que una «Constitución» hecha por una mayoría para oprimir permanentemente a la minoría merece tal nombre. La idea de legitimidad democrática de la Constitución sirve para refutar estos planteamientos. La misma descansa en el reconocimiento del poder constituyente que la establece (por todos, Schmitt, 2019: 137). Una legitimidad que si falta de origen (a este respecto, el ejemplo de la Constitución alemana, aprobada con el país ocupado es buen ejemplo) puede ganarse por ejercicio. Nadie acepta estar atado largo tiempo sino reconoce autoridad alguna a quien le impone dichas ataduras. Y, por otra parte, las ataduras siempre son, en todo caso, recíprocas, pues ninguna Constitución, tampoco, que merezca tal nombre, otorga excesivo poder a un determinado grupo o sector de la población. Además, como bien indica R. Canosa «en las Naciones democráticas no suele acontecer que una sola fuerza política pueda trasladar al ámbito constitucional la totalidad de sus objetivos políticos. Ocurre, por el contrario, que las fuerzas dominantes (...) llegan a acuerdos a través de los cuales (...) se establece un listado de objetivos políticos que la Constitución finalmente establece como propios y que son propuestos por varias corrientes ideológicas» (Canosa, 1988: 254).

Contra estas posturas intencionalistas argumenta Scalia, afirmando que los jueces no solo deben buscar el sentido original del texto sino aplicarlo a los nuevos contextos (Scalia, 2015: 103). En esto todos los comentaristas de su trabajo recogidos en la obra citada coinciden con él.

(no digamos ya la intención del constituyente originario) deja al juez un margen nada desdeñable de discrecionalidad. Si el juez debe –como ingenuamente pretenden los originalistas– «descubrir» el significado de los términos constitucionales en contextos tan distantes en el tiempo como lo es el momento de la aprobación de la Constitución americana respecto del momento actual, esta discrecionalidad aumenta muy considerablemente. Por eso el Profesor Tribe, en el comentario a la ponencia del Juez Scalia que figura en la obra citada, afirma que: «con el objeto de evitar que la tarea interpretativa degenera en la imposición de preferencias o valores personales bajo el disfraz de la exégesis constitucional, se debe (...) evitar toda pretensión que pueda ser reducida a un proceso de *descubrimiento* en lugar de un proceso de *construcción* de una interpretación y reemplazar tal pretensión por una constancia manifiesta, aunque incompleta e inconclusa, acerca de las razones por las cuales se considera que tal o cual propuesta de construcción del texto merece más aceptación a la luz de la Constitución como un todo y la historia de su interpretación» (pág. 143)⁶⁴. Muchos textualistas parecen desconocer que incluso los autores más formalistas, pero de mejor criterio, han admitido que la interpretación es siempre una actividad creativa del Derecho. Así lo establecía, desde luego, el mismo Kelsen, quien afirmaba que la interpretación «constituye un procedimiento intelectual vinculado al proceso creativo del derecho en el tránsito progresivo desde un nivel superior a otro inferior previsto por el primero» (Kelsen, 2011: 101). Este autor entendía que «es imposible que la norma superior concrete absolutamente todos los aspectos del acto que la aplica» (*Ibid.*: 102) y, por eso, la interpretación «no es una cuestión de teoría del derecho sino de política jurídica» (*Ibid.*: 106) ya que el juez «también crea derecho y así mismo es relativamente libre en el desempeño de su función» (*idem*). Kelsen supo ver, ya en 1934, algo que todavía se les resiste a algunos autores que defienden el originalismo en pro de la seguridad jurídica: afirmará que se trata de una ilusión, basada en la idea del ordenamiento jurídico como algo consolidado (*Ibid.*: 107). También Jellinek había dejado escrito, ya en 1906, que «no es preciso explicar, a quien conoce el poder creador de los jueces que la interpretación judicial de un precepto constitucional puede desarrollarse de modo progresista o retrógrado» (Jellinek, 2018: 27). Cuando se desenmascara este engaño originalista se pone de manifiesto lo que constituye en realidad: un planteamiento jurídico-político de carácter claramente conservador (Sagües, 2003: 5). Una ideología, en este caso de política judicial, que no ve, o no quiere ver, que, aunque la Constitución, ciertamente, no es como un pedazo moldeable de barro en manos de los jueces, que puedan hacerle decir lo que a ellos se les antoje, es un texto dinámico, que necesita adaptarse permanentemente a la cambiante realidad política y social.

64 Cursiva en el original.

IV.4. Estática y dinámica constitucional

El dualismo pretende ser una doctrina original para los Estados Unidos, y el propio Ackerman reconoce que las otras escuelas que él enfrenta podrían servir mejor para interpretar otras Constituciones (Ackerman, 2015: 52-53). Por tanto, es posible que también la tesis de la Constitución viviente, al menos en la versión del Profesor de la Universidad de Yale, no encaje bien con otros sistemas constitucionales ni otras teorías como la del poder constituyente. A gran parte de la doctrina europea [al menos aquella doctrina mayoritaria en Europa, no tanto en España, y Latinoamérica, que distingue correctamente entre poder constituyente y poderes constituidos y, por tanto, entre cambio «de» y cambio «en» la Constitución (Rui-pérez, 2012: 130)] le resultará muy criticable que Ackerman afirme que si se aprobase una enmienda a la Constitución americana que proclamase el cristianismo como religión oficial, él, a diferencia de los fundacionalistas de los derechos, si estuviera en el Tribunal Supremo, no dudaría en aplicarla, una vez aprobada, como parte fundamental de la Constitución. Afirma este autor que en Estados Unidos no hay ninguna oposición a la posibilidad de introducir cualquier tipo de enmienda a la Constitución, y pone como ejemplo que nadie consideró, en su día, ilegítima, la pretensión de Bush de introducir una prohibición constitucional de quema de banderas (Ackerman, 2015: 33). Pero si se comprende que nos encontramos ante la Democracia más antigua del mundo, que en más de doscientos años solo ha aprobado veintisiete enmiendas (y las diez primeras de golpe, a los cuatro años de aprobar la Constitución), y que ha conseguido, por ejemplo, terminar con la segregación en las escuelas sin ningún cambio formal en la Constitución, la doctrina dualista, comienza a cobrar sentido, al menos hoy, y en los Estados Unidos. Si la mayoría de la doctrina americana son dualistas y comparten la tesis de que su Constitución se modifica, en momentos constitucionales, a través de enmiendas, y determinadas leyes y sentencias de una importancia revolucionaria, entonces puede comprenderse, también, que mayoritariamente no admitan límites a la reforma constitucional. En Europa, donde no pocos países han visto sucederse varias Constituciones, y donde –excepción de España– se utiliza de manera razonable el instrumento de la reforma, la confusión entre reforma y revolución resulta mucho más criticable.

Pero es menester indicar, además, en primer lugar, que los elementos de la teoría de la «Constitución viviente» de Ackerman no son tan excepcionales ni exclusivos de los Estados Unidos como nos intenta hacer ver y, en segundo lugar, que sería deseable un mayor nivel de precisión acerca de las distintas naturalezas de esos logros de la sociedad norteamericana del último siglo.

Respecto de la primera cuestión, es evidente que no solo en Norteamérica, sino en muchas Democracias del mundo, se producen cambios en la Constitución como consecuencia de aprobación de leyes «estandarte» –si así se las

quiere llamar— y por vía de la interpretación. El mismo matrimonio homosexual nos sirve de nuevo de ejemplo: parece claro que el sentido original del art. 32.1 CE lo excluía, pero cuando, veintisiete años después de la aprobación de la Norma Fundamental, el legislador lo aprueba, el significado de este precepto cambió⁶⁵ y el TC no podía ya, razonablemente, invalidarlo, puesto que, tras analizar que se ha dado una «evolución» de este concepto en el Derecho Comparado, «[el] Tribunal no puede permanecer ajeno a la realidad social y hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo» (STC 198/2012, FJ 10º)⁶⁶.

Respecto de la segunda cuestión, una cosa es verificar que a través de la legislación y la jurisprudencia se producen cambios en el significado de ciertos preceptos constitucionales, y afirmar que esto es, efectivamente, un logro social, y otra muy distinta darles el mismo valor que una reforma constitucional. Como señala K-C Wheare, quien afirma que las Constituciones cambian por la interpretación judicial de las mismas, «los Tribunales no pueden (...) enmendar la Constitución» (Wheare, 2019: 84). En otras palabras, quizás en un intento exagerado de valorizar esos logros de la sociedad americana, B. Ackerman difumina conceptos que requerirían un tratamiento diferenciado. Merece la pena detenerse, aunque sea brevemente, en las diferencias entre mutación y reforma. Lo importante no es tanto el hecho, obvio por lo demás, de que esta es un cambio formal del texto constitucional y aquella una modificación que no altera su texto (Jellinek, 2018: 9), como todo lo relacionado con los límites de la primera. La mutación es, como la reforma, una facultad de la Constitución para adaptarse a la realidad política y social, pero además de todos los límites materiales (expresos, en forma de cláusulas de intangibilidad, si las hay, e implícitos, en todo caso) que afectan a la reforma (sobre esto, Hsü Dau Lin, 1998: 179 y ss.), la mutación tampoco puede contradecir abiertamente el texto constitucional (Hesse, 2012: 113-114), porque si los jueces o el legislador pudieran hacer decir a la Constitución lo que esta, claramente, no dice, habría, aquí sí, una alevosa usurpación del lugar que solo corresponde al poder constituyente o al de reforma que sería preludio de una dictadura más o menos encubierta (Ruipérez, 2005: 72-73), además de, en este caso sí, una considerable afectación al principio de seguridad jurídica. Con total seguridad Ackerman tiene que admitir esto, pues el dualismo solo tiene sentido si, cuando en lugar de ser una

65 El Tribunal Constitucional Federal alemán lleva desde los años 50 recordando que «una disposición constitucional puede experimentar un cambio de significado cuando en un ámbito surjan hechos nuevos, no previstos, o bien cuando hechos conocidos, como consecuencia de su inserción en el curso general de un proceso evolutivo, se muestran con un nuevo significado o en una nueva relación» (BVerfGE 2 380).

66 Una interpretación evolutiva similar, al otro lado del océano ha mantenido la CIDH en la OC 24/2017 §189.

enmienda la que declara una religión oficial lo hace una ley, los jueces la declaran inconstitucional. Ello es así porque «repugna y es contraria a la estructura y a los esquemas racionalizadores del Estado Constitucional, la creación de mutaciones a través de actos normativos» (De Vega, 1985: 194)⁶⁷, siempre que la contradicción sea manifiesta (Fondevila, 2016: 139-140).

Al originalismo, en todas sus variantes, aún con todas sus incoherencias o contradicciones, no se le puede negar la virtud de poner el acento en la pretensión –que justifica su rigidez– que tiene toda Constitución de perdurar en el tiempo. Con su celo en preservar el sentido original del texto o la intención del constituyente, los académicos y juristas prácticos originalistas tratan de preservar el Derecho de la Constitución respecto de quienes en un momento dado ocupan los resortes del poder. Pocos negarán que responde un espíritu jurídico verdaderamente loable frente a pretensiones sociologistas inspiradas en el concepto de Constitución de Ferdinand Lasalle. En este sentido, ni siquiera el constitucionalista de ideas políticas más progresistas debería mostrar objeción alguna a que los jueces realicen, una función conservadora. Las revoluciones judiciales de las que habla Ackerman, en su caso, solo pueden ir en la tónica de un cambio en las percepciones sociales o de nuevos consensos en la Ciencia Jurídica. Pero su mayor carencia, de carácter general, es que ignora que la vigencia de la Constitución depende de su capacidad de adaptarse a la realidad política y social (Hesse, 2012: 88-90), haciéndose esta ideología constitucional merecedora de la crítica que sostiene que las generaciones pasadas no pueden limitar a las generaciones futuras. Dado que cada vez es más habitual que los jueces ejerzan también el control de constitucionalidad de la reforma⁶⁸ y que los Tribunales son los supremos intérpretes constitucionales, se comprende fácilmente el peligro de que el originalismo pudiese acabar amparando posiciones retrógradas y antidemocráticas, o terminase convirtiendo a la Constitución en una pieza de museo.

67 En la STC 341/1993, FJ 8º, el TC impide que el legislador haga una interpretación de un concepto constitucional (el delito flagrante) contrario al espíritu de la Norma Fundamental.

68 Muchos autores han hablado de los límites a la reforma (solo en España, De Vega, Ruipérez, Aláez Corral, Fondevila. Entre la bibliografía extranjera destaca el libro de Yaniv Rohnai, que además ha sido recientemente traducido al castellano). El tema, concretamente, del control de constitucionalidad de la reforma ha recibido, por el contrario, mucha menos atención, al menos, en trabajos de carácter monográfico. No obstante, cabe destacar un extenso artículo del Profesor J. Carpizo, donde se muestra contrario a que los Tribunales ejerzan esta función si no están especialmente habilitados y destacando, además, que no debe hacerlo en ningún caso si el pueblo se ha manifestado sobre la reforma a través de la reforma (Carpizo, 2009: 774). Asimilar, como el hacía, incluso en un procedimiento de reforma constitucional, el referéndum a un acto de soberanía es un error (De Vega, 1985: 112 y ss.) pero, sea como fuere, la Profesora S. Ragone, en un riguroso libro sobre el ejercicio de esta función autónoma en el Derecho Comparado ofrece lo que podría ser una solución pacificadora. Propone que el órgano de justicia constitucional se pronuncie con carácter previo al referéndum, para paliar las «tentaciones de omnipotencia» de la política (Ragone, 2012: 220).

IV.5. Los jueces constitucionales entre Derecho y Política

Recapitulando parte de lo que llevamos dicho, tenemos que el órgano de justicia constitucional es el garante último de los derechos consagrados en la Constitución, especialmente los de las minorías políticas, para lo cual debe dotar de significado a fórmulas vagas y abiertas propias de textos de carácter axiológico, siendo capaz de interpretar la fórmula política y la evolución que determinados conceptos sociopolíticos, teniendo a su vez que tener en cuenta los Tratados Internacionales para combinar control de constitucionalidad y de convencionalidad, así como actuar de árbitro federal, sin olvidar que cumple también una función integradora consistente en preservar la unidad nacional. No parece, desde luego, una tarea nada sencilla, sobre todo si se tiene en cuenta que algunas de ellas, como la de árbitro federal, serán exclusivas de órganos especializados (Tribunales Supremos o Constitucionales) pero otras, sin embargo, corresponderán a todos los miembros del poder judicial, incluso en aquellos sistemas de justicia constitucional inspirados en modelos concentrados⁶⁹.

Nótese que se han mencionado las funciones más propias de la justicia constitucional. Aquellas que, guste o no, por lo general, se derivan claramente de lo dispuesto en la Constitución y los Tratados Internacionales. Pero no se olvide que, como se viene diciendo, los jueces, no solo los constitucionales, tienen encomendadas hoy importantísimas funciones de garantía del buen funcionamiento de la sociedad que van desde el control de las elecciones hasta enjuiciar casos de rebelión e, incluso, terrorismo. Sus decisiones van a tener inevitablemente efectos en el ámbito político, y por eso, se ha dicho que, dado que el juez constitucional debe relacionar la norma con la realidad política, cuando trata de aplicar rectamente las normas que necesitan su interpretación, debe incluir entre sus consideraciones las consecuencias políticas de su eventual decisión (Leibholz, 2019: 51). Siendo ello así, y al margen de lo que a cada uno pueda parecer, es necesario replantear el debate entre activismo y *self-restraint*. En la literatura jurídica no es extraño ver usado en sentido peyorativo el término «activista» para criticar (justamente, por lo demás) que un juez intente imponer su visión de la sociedad. Por eso no parece del todo convincente la tesis de R. Dworkin (2012: 230-231) de que, porque los derechos son apelaciones a conceptos morales, el juez constitucional deba ser activista, pues, además, conduce por caminos que pueden llevarnos fuera del ámbito jurídico. Igualmente debería trazarse una línea entre una sana auto-contención que presuma la actuación constitucional

69 Innecesario debiera ser insistir en que el control de convencionalidad les corresponde a ellos en este tipo de sistemas (STC 140/2018) sin perjuicio de que también debiera corresponder al Tribunal (Fondevila, 2019: 456). En este tipo de sistemas los jueces también llevan a cabo un juicio de constitucionalidad: cuando el juez decide aplica la ley considera que esta es constitucional y si plantea la cuestión de inconstitucionalidad es porque, al menos indiciariamente, ha formulado un juicio negativo de constitucionalidad

del legislador y lo que pudiera ser una simple dejación de funciones⁷⁰. Además, todas las apelaciones, en sus distintas versiones, a la auto-contención, nunca dejarán de ser meros consejos, guías de práctica judicial o apelaciones a la prudencia y consciencia del juez que no impedirán que un Tribunal actúe –por así decir– con más decisión, cuando estime que debe hacerlo. En materia constitucional hay que renunciar a la ingenua pretensión de establecer límites precisos al ejercicio de la jurisdicción⁷¹, y mucho más a que estos resulten imperativos, pues al igual que los legisladores siempre tienen instrumentos para superar una sentencia adversa, los jueces también suelen encontrar la formas de adoptar una postura activista cuando creen que deben hacerlo⁷². Estos límites, por supuesto, existen (nadie defiende que los jueces dirijan la política nacional), pero son, por lo dicho anteriormente, flexibles en atención a las circunstancias y de contornos difusos. Por todo ello, la tesis más correcta es la del ex presidente de la Corte Suprema Israelí, Aharon Barak, quien defiende que los conceptos de activismo y *self-restraint* deben ser puestos en relación con las funciones que los Tribunales Constitucionales tienen encomendadas⁷³ (Barak, 2006: 270). Tal y como él mismo se encarga de aclarar, ello no significa que el activismo deba ser defendido por ser una actitud más agresiva en la realización de las tareas judiciales y, por tanto,

70 Véase, infra, epígrafe V.3 sobre el control llevado a cabo por el TC en la STC 185/2016.

71 A veces estas pretensiones proceden de autores curiosamente nada formalistas, pero que, quizás precisamente por ello, se sienten en la necesidad de enfatizar cómo ha de delimitarse el papel del juez constitucional en la sociedad. Es el caso, por ejemplo, de Faller (1979: 56-57) quien sostiene que «los límites de la jurisdicción constitucional están allí donde comienza el libre ámbito de decisión política del legislador o del Gobierno. Va de suyo que estos límites resultan fluidos y a veces difíciles de reconocer. De ahí que corresponda al Tribunal Constitucional la responsabilidad de sopesar cuidadosamente y actuar con restrictiva prudencia, pues el principio de eficacia estatal requiere que no se pongan trabas a la libre actuación de legisladores y gobernantes dentro del espacio político discrecional que les pertenece». Todo ello a pesar de reconocer, citando a Wintrich, que «la interpretación de la Constitución y la fijación de su sentido son las tareas específicas de todo Tribunal Constitucional. Ello incluye también, necesariamente, un elemento creador de derecho, que por lo demás es propio de la esencia de toda actividad jurisdiccional. También la Constitución se encuentra sometida al cambio. El Tribunal Constitucional está llamado, en el más alto grado, a participar, con sus decisiones jurisdiccionales, en la evolución de la Constitución. Ese componente de creación jurídica posee un significado muy especial para la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, ya que numerosas cláusulas constitucionales poseen solamente un carácter programático o direccional que debe ser concretizado a través de la doctrina jurisprudencial de los tribunales constitucionales». También, y quizás más sorprendente en un autor que habla claramente de mutaciones, Hesse (2012: 70) para quien: «puesto que el Derecho no escrito no puede hallarse en contradicción con la constitutio scripta (...) esta última se convierte en límite infranqueable de la interpretación constitucional (...) Allí donde el intérprete se impone a la Constitución deja de interpretarla para cambiarla o quebrantarla (...) Incluso cuando un problema no puede resolverse adecuadamente por medio de la concretización, el juez que se haya sometido a la Constitución no puede elegir libremente los topoi».

72 Por ejemplo, la ya mencionada en el Cap. I «doctrina de la sustitución» de la Corte Constitucional Colombiana, adoptada para superar las limitaciones formalistas al control de la reforma.

73 Para este autor son eliminar la distancia entre la realidad jurídica y la realidad social, y proteger la Constitución y la Democracia.

la auto-contención algo condenable, sino que, definido activismo como la tendencia a crear Derecho nuevo y el *self-restraint* como la tendencia a la preservación del Derecho existente (*Ibid.*: 271), lo que los jueces deberán hacer es usar parcialmente uno u otro modo de proceder según las circunstancias (*Ibid.*: 281).

Las críticas a la justicia constitucional se han erigido, por lo general, sobre la exposición de un conflicto con el poder legislativo y un intento por fundamentar la razón por la que este debía vencer. Sin embargo, los autores que las sostienen pocas veces ofrecen a aquellos que les prestan atención la razón de por qué el conflicto habría de ser malo. Mientras que los regímenes autocráticos y autoritarios tratan, respectivamente, de tapar los conflictos sociales eliminando a unos determinados sectores de la población o al menos, procediendo a su desmovilización, lo propio de las Democracias es precisamente llevar a cabo una adecuada gestión del conflicto natural que tendrá lugar en sociedades pluralistas. En las sociedades democráticas actuales negar el conflicto resulta ingenuo, y desde la asunción del mismo es desde la que, en estas páginas, se sostiene la justicia constitucional como una institución clave para canalizarlo. A este respecto también resulta clave la postura del autor israelí que se viene exponiendo, quien sostiene que la tensión entre las diferentes ramas del gobierno no solo no es natural sino deseable (*Ibid.*: 216).

En defensa de la tesis aquí mantenida consistente en que los jueces constitucionales deben poder y saber conjugar auto-contención y activismo para adaptar la Constitución a la realidad política y social sin, por supuesto, llegar al extremo de quebrantarla abiertamente, se pueden dar dos argumentos adicionales: a) en primer lugar, que esto será lo que, en la mayoría de los casos que tengan lugar en una Democracia razonable, más beneficiará, precisamente, al legislador. Si el legislador –como presuponen muchos autores que hemos criticado en páginas anteriores– responde, efectivamente, a los anhelos del pueblo, los jueces podrán adaptar la interpretación de la Constitución a los tiempos. Si se acepta esto, y que un Tribunal razonable no impondrá su criterio al legislador (Alexy, 2006: 40) se producirá una esperada conciliación entre las diversas posturas enfrentadas en torno a la justicia constitucional; b) Al evitarse, como se ha indicado anteriormente, posturas retrógradas, las críticas a la justicia constitucional también habrían de disminuir: cuando se examinan los contextos en los que estas críticas arrecian, se comprueba que son más habituales cuando los Tribunales están sirviendo de obstáculo a avances sociales, como hacía el TS americano a principios del siglo pasado.

Por supuesto que cabe la posibilidad de que estos jueces no sepan interpretar correctamente su papel en un momento determinado, bien sea por exceso o defecto en la adopción de su decisión. Pero, por un lado, y como afirma Dworkin (2012: 230): «No debemos exagerar el peligro. Las decisiones verdaderamente impopulares resultarían erosionadas por la renuncia de la adhesión pública». Por otro, está claro que ninguna teoría de la actividad judicial puede evitar que los jueces yerren, pero lo que se debe evitar es que un posible error histórico sea

consecuencia necesaria de seguirla. Es decir, lo que debe evitar una teoría de la decisión judicial es a que, al seguirla, por un exceso –por ejemplo– de deferencia o de textualismo (o de ambas), los jueces no eliminen la segregación racial. Con la teoría aquí defendida, por el contrario, los jueces podían, efectivamente, haber anulado la ley del matrimonio homosexual, pero no siendo una decisión necesaria de seguirla, el error sería solamente de ellos, no de la teoría. Nuestra teoría evita dilemas como el expuesto de J-H Ely sobre una ley que prohibiese los trasplantes de vesícula, en que un teórico debe recomendar a los jueces, siguiendo su teoría, hacer algo que sabe que no deben hacer.

Por último, conviene señalar que, hablando de peligros el mayor no es que actuando como aquí se propone los jueces se politicen, sino justo lo contrario: que sea la política la que se juridifique, elevando a los altares de la infalibilidad las sentencias judiciales, sin crítica y sin hacer uso de las herramientas a su alcance para defender su hueco dentro de la sociedad.

V

UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA EL SIGLO XXI: LOS RETOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

V.1 La necesidad de desarrollar un auténtico Derecho Procesal Constitucional en nuestro país

Basándose en los planteamientos de H. Kelsen, sería el español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo quien, en 1933, acuñaría el término «Derecho Procesal Constitucional» dentro de su *Programa de Derecho Procesal*, para referirse, sin mayores datos, y de una forma algo imprecisa, a las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales y el Tribunal de Cuentas, consiguiendo que esta denominación quedase plenamente asentada a partir de la publicación, en el año 1944, de su libro *Ensayos de Derecho Procesal. Civil, Penal y Constitucional* que, consecuencia del exilio, vería la luz en Argentina (García Belaunde, 2017b: 184 y ss.). No obstante, una vez se afincó en México, no volvería a abordar estos temas, siendo H. Fix-Zamudio, a partir de los años cincuenta, quien más impulsaría el desarrollo independiente de esta materia. Para García Belaunde, el Derecho Procesal Constitucional abarca «lo que podríamos llamar control de constitucionalidad. O sea, supervisión y vigilancia de la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico» (*Ibid.*: 201 y ss.), lo que debiera incluir (como hace el Código Procesal Constitucional de Bolivia) el control de la reforma⁷⁴.

Como se comprenderá, no es este el lugar apropiado para detenerse en una exposición precisa y pormenorizada del concepto y contenido del Derecho Procesal

74 Para Fix-Zamudio (1999: 105), desde una visión más limitada, son tres los grandes bloques de contenido que lo componen: a) jurisdicción constitucional de la libertad; b) jurisdicción constitucional orgánica; c) jurisdicción constitucional transnacional.

Constitucional, ni el de entrar en los debates sobre su naturaleza o *nomen iuris*⁷⁵. Ello porque lo que verdaderamente importa poner de manifiesto es que, a pesar de este origen «español» de la disciplina (a la que en Europa, especialmente en Italia, se le suele denominar como «Justicia Constitucional»), lo cierto es que, se ha producido en nuestro país (así como en otros Estados europeos) un abandono generalizado de la misma⁷⁶, tanto en los planes de estudio de las Universidades (Fondevila, 2015: 128 y ss.), como por lo que respecta a trabajos doctrinales. Además, algunas de las excepciones (*vid.*, nota supra) consisten en trabajos esencialmente descriptivos y/u obsoletos. En buena medida, aunque no exclusivamente⁷⁷, esta laguna es consecuencia del positivismo jurídico dominante. El legalismo con el que (a diferencia de en el resto de Europa) se enfocan la mayoría de los estudios sobre la justicia constitucional en España tiene como consecuencia que, con notables excepciones, no existan obras que aborden en profundidad la naturaleza, legitimidad y funciones del Tribunal Constitucional y, ni siquiera, obras que constituyan críticas globales a

75 Muy brevemente, puede indicarse que hay 4 posturas enfrentadas: aquellos que entienden que el Derecho Procesal Constitucional sería una rama del Derecho Procesal (Hector Fix-Zamudio y, con una visión más amplia, D. García Belaunde); los que, por el contrario, defienden su naturaleza de Derecho Constitucional concretizado (P. Häberle); los que defienden que tiene naturaleza mixta (N-P Sagües, G. Zagrebelsky) y los que entienden que es una disciplina autónoma, aunque relacionada con ambas ciencias (H. Nogueira y E. Ferrer). El Maestro mexicano Fix-Zamudio sostenía la existencia de dos disciplinas, entendiendo que, junto al Derecho Procesal Constitucional, existe un «Derecho Constitucional Procesal» que sí sería un sector del Derecho Constitucional que estudiaría las categorías procesales establecidas en la Constitución (Fix Zamudio, 1999: 93 y 103) pero que, como bien indica García Belaunde (2017: 212) es algo que puede tener sentido didáctico pero no autonomía científica, siendo quizás por ello que no ha cristalizado. Sobre los debates en torno al contenido de la disciplina: Nogueira, 2009: 27 y ss. Este trabajo incluye un posible programa.

76 Por supuesto que el abandono no es completo, pero sí algo acusado. Curiosamente, sobre todo por parte de los procesalistas, con las excepciones de V. Fairén Guillén, M^a. C. Calvo Sánchez y, sobre todo, J. Almagro Nosete, con su obra de 1980 titulada *Justicia Constitucional*. También debe mencionarse la obra del mismo año escrita del Catedrático de Derecho Administrativo, Jesús González Pérez, y titulada precisamente *Derecho Procesal Constitucional*, aunque tratase de buscar la autonomía de esta disciplina, en lugar de que en el hecho de que la defensa de la Constitución tenga un objetivo propio de estudio, y desde el deprecio que por aquella época mostraban los administrativistas a los Profesores de Derecho Político, en que, supuestamente, estos no sabían tratar estas cuestiones desde el método jurídico. Más atención ha recibido por constitucionalistas entre los que deben destacarse Rubio Llorente (véanse los diversos trabajos sobre la materia en el tercer volumen de *La Forma de Poder*), Fernández Segado (*La evolución de la Justicia Constitucional*) Pablo Pérez Tremps (*El recurso de amparo, Sistema de justicia constitucional*, entre otras), F-J Díaz Revorio (*op. cit.*) o Marian Ahumada Ruiz (*La jurisdicción constitucional en Europa*).

77 Otras explicaciones tienen que ver con que, en Europa, durante mucho tiempo, se considerase a las Constituciones documentos de carácter político. Algo que en la práctica jurídica estaba arraigado en España también en la década de los 80, por eso en la STC 16/1982, FJ 1^o, el TC, a propósito de la falta de desarrollo legislativo del derecho a la objeción de conciencia, se vio obligado a indicar que: «La Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella»

la jurisprudencia de nuestro supremo custodio constitucional. Por supuesto, existen numerosísimos artículos doctrinales que critican determinadas sentencias (Rumasa, aborto, Bildu, *Estatut*, objeción de conciencia farmacéutica, etc.) desde distintos puntos de vista, y no pocas glosas de jurisprudencia, pero carecemos (Jiménez Campo, 1998: 63) de estudios monográficos por parte de constitucionalistas patrios sobre el objetivo de los recursos, el modo de motivar sentencias, la naturaleza y efectos de las mismas, las técnicas interpretativas, la coherencia jurisprudencial etc.

Ello no tendría mayor importancia –podría deberse, por ejemplo, desde a que los fundamentos de la justicia constitucional fuesen bien conocidos hasta a que no posean suficiente entidad como para constituir un objeto de estudio autónomo– sino fuera porque se ha sustituido el estudio crítico de estas cuestiones por el estudio acrítico de la institución y la exposición pontificadora de las sentencias del Tribunal. De esta manera, ocurre que las críticas a las sentencias que, como se ha dicho, existen, quedan relegadas a artículos sueltos en revistas periódicas, y silenciadas por una explicación dogmática del Derecho Constitucional basada prácticamente en su totalidad en los fundamentos jurídicos de las sentencias. Esta tendencia en la Ciencia del Derecho Constitucional, denominada por el Profesor P. De Vega (2017: 185 y ss.) «positivismo jurisprudencial», tiene, siguiendo a este autor, consecuencias tanto teóricas como prácticas: en el plano teórico, se dejan de lado, en los cursos universitarios de Derecho Constitucional, las grandes cuestiones del constitucionalismo, como son las bases legitimadoras de los regímenes democráticos; y al convertir a los jueces en la fuente de legitimidad de los sistemas constitucionales, lejos de racionalizar el ejercicio del poder político, lo que se hace es judicializar la política⁷⁸.

Ahora bien, como es obvio, en esta judicialización de la política se incurre cuando se convierte a los Tribunales Constitucionales en la única fuente legitimadora del sistema. Que dotan de legitimidad al sistema pocos podrán dudarlo, aunque solo sea por la simple razón de que en un régimen constitucional donde los derechos, por no estar judicialmente garantizados, fuesen papel mojado, no sería tal. Ahora bien, tal y como se viene insistiendo, ni son ni pueden ser la única ni la última razón de legitimidad del sistema: por eso Rawls, aun señalando que el Tribunal Supremo expresa la razón pública advierte –como se vio anteriormente– de que no puede atribuírsele el poder último, y P. Rosanvallon, por mucho que sostenga que los Tribunales dotan de legitimidad por reflexividad al régimen político, advierte igualmente de que tan necesario como «regular la democracia», es, y para evitar despolitizarla, prestar la misma atención a la «construcción democrática» (Rosan-

78 Quizás un ejemplo claro de ello sea lo que ha pasado en *España con el caso del aborto*. El PP recurrió ante el Tribunal Constitucional en 2010 la ley que lo convertía en un Derecho. Hasta aquí, nada que extrañar desde la lógica de un partido conservador. Lo que ocurre es que, teniendo mayoría absoluta tras las elecciones de 2011, por falta de consenso interno no fue capaz de llevar adelante su proyecto de derogación de la ley que habían impugnado, y desde entonces, hasta hoy (el recurso lleva más de 10 años pendiente en el Tribunal) los líderes del partido han decidido esperar por la sentencia antes de pronunciarse al respecto.

vallon, 2010: 304). En las Democracias modernas los ciudadanos persiguen sus objetivos no solo a través de conceder el voto a una u otra fuerza política, siendo los Tribunales una de las vías alternativas, por lo que su papel en las Democracias debe ser reivindicado, siempre y cuando no eclipsen las otras instancias.

V.2. Críticas y recelos (internos y externos) a la actuación del Tribunal

Si el Tribunal Constitucional cumple, en gran parte, una función política, a pesar de que su funcionamiento se rija por procedimientos jurisdiccionales, se enfrenta a menudo a lo que Dworkin denominaba «casos difíciles», y ello conlleva que sus decisiones sean mucho más susceptibles de ser objeto de crítica. Esta puede ser interna o externa. La primera es la que realizan los propios Magistrados a través de los votos particulares. El juridicismo que ha dominado la doctrina constitucional ha hecho que, con notables excepciones, el estudio de estos haya sido también postergado. Pero su importancia radica en que ponen de relieve una tensión entre norma y realidad, mostrando que no cabe una interpretación unívoca de la Constitución, enriqueciendo, además, el debate jurídico, mitigando el riesgo de que los profesores se conviertan en meros glosadores de sentencias (Cámara Villar, 1993: 17-18). La segunda la que lleva a cabo la sociedad civil, la clase política, y la doctrina.

También durante la II República española se publicaron los votos disidentes de los magistrados. En el ámbito comparado, en Gran Bretaña tradicionalmente la decisión de los Tribunales se ha conformado mediante la suma de las motivaciones de cada uno de los jueces. En Estados Unidos se adoptó el sistema de decisión por mayoría y publicación de los votos disidentes para fortalecer el papel del Tribunal (Pegoraro y Rinella, 2020: 301 y ss.). En Europa, la pretensión de univocidad respecto de la Constitución ha despertado muchos más recelos respecto de esta figura. De hecho, es sabido que en el TJUE no se publican votos disidentes. Los debates al respecto suelen girar en torno a los siguientes argumentos: a favor suele esgrimirse la transparencia del proceso deliberativo, el reforzamiento de la jurisprudencia, la demostración de que caben distintas interpretaciones igualmente válidas de la Constitución, y el reforzamiento de la responsabilidad del juez; en contra suele aducirse el riesgo de politización (que los jueces respondan a los planteamientos de los partidos que los han propuesto), el fraccionamiento del órgano, la pérdida de la autoridad de las sentencias y la quiebra del principio de colegialidad en pro del protagonismo de los jueces (Cascajo, 1986: 176 y ss.).

Independientemente de la postura de cada uno el caso es que, durante los primeros años de funcionamiento del Tribunal Constitucional, los votos particulares tuvieron un efecto beneficioso e, incluso, fueron preludio de cambios en la jurisprudencia del órgano (Cruz Villalón, 1983: 28-29). Recientemente, la valoración no puede ser tan positiva. Aunque el caso del Estatuto catalán minó la imagen

del Tribunal por razones diversas, los profundos desacuerdos de fondo que reflejaban los votos particulares⁷⁹ –algunos, como los del Magistrado J. Rodríguez-Zapata, especialmente duros con la mayoría–, desde luego, no ayudaron. De hecho, no pocos artículos de prensa se hicieron eco de estos y de las disensiones en el seno del Tribunal. Aunque esta imagen se había recuperado parcialmente en las muchas sentencias a propósito del *procès*, aprobadas sin votos particulares, lo que no quiere decir por unanimidad, en los últimos años han vuelto a aparecer votos especialmente críticos e, incluso, se ha dado la insólita situación de que tres magistrados tuvieran que retirar parte de un voto particular⁸⁰.

Tanto en la materia territorial a la que se viene aludiendo como en otras, las dificultades a las que se ha tenido que enfrentar el Tribunal Constitucional han sido consecuencia de insuficiencias en el diseño constitucional que no han sido corregidas a través del mecanismo de reforma constitucional (Alegre Martínez, 2017: 136). El Tribunal Constitucional ha tenido que venir a completar y actualizar la labor del constituyente recibiendo enormes presiones por parte del legislador, sobre todo, cuando de enjuiciar la constitucionalidad de leyes orgánicas se trata. Pocos podrán negar el decisivo papel que ha tenido el Tribunal Constitucional en la conformación del Estado Autonómico, y que sus Resoluciones han sido casi siempre favorables a los intereses de las Comunidades Autónomas⁸¹. Pero cuando en la STC 31/2010 –y a pesar de evitar al máximo las declaraciones de inconstitucionalidad, haciendo uso y abuso de la técnica de interpretación conforme– el TC desactivó muchas de las disposiciones del *Estatut*, parte de la clase política reaccionó con vehemencia. El hecho más significativo a este respecto se produjo cuando el Presidente Montilla convocó a los ciudadanos a una manifestación contra la sentencia, celebrada el día 10 de julio de 2010, con el lema «Somos una Nación. Nosotros decidimos». Ante estas embestidas políticas de carácter populista y, también, ante el hecho de que algunos juristas de renombre decidiesen ponerse al

79 Discrepancias, por cierto, que no han desaparecido solo porque, en sentencias posteriores, como la 137/2010, se haya sustituido los votos particulares por la votación en bloque (Álvarez Conde y Tur Ausina, 2011: 319).

80 Fue el 6 de junio, cuando los Magistrados Fernando Valdés, Juan Antonio Xiol y Maria Luisa Balaquer corrigieron un voto particular en contra de la inadmisión (STC 75/2019) del recurso de amparo interpuesto por Jordi Sánchez contra la sanción impuesta por Prisiones al hacer uso del móvil en la cárcel para hacer campaña. El fragmento retirado acusaba a la mayoría del Tribunal de emplear criterios excesivamente rigoristas para evitar una Sentencia de fondo que habría de ser estimatoria. Decía así: «La decisión de inadmitir el presente recurso por extemporaneidad es la posición por la que ha optado la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, en contra de jurisprudencia constitucional previa, para evitar que este Tribunal tuviera que pronunciarse sobre el fondo de los derechos fundamentales invocados en la demanda. A buen seguro en conciencia de que se hubiera tratado de un pronunciamiento estimatorio en relación con la invocación del derecho a la legalidad sancionadora (art 25.1 de la Constitución)» [*vid.*, Diario El País, 7 de junio, https://elpais.com/politica/2019/06/07/actualidad/1559929016_337853.html (recuperado, el 8 de marzo de 2020)].

81 Este convencimiento generalizado solo se ha puesto duda en determinados aspectos concretos como es el de la determinación de lo básico (Montilla, 2018: *passim*).

servicio de la causa secesionista catalana mostrando un absoluto desprecio tanto por el Derecho positivo como por planteamientos teóricos que son pacíficos en la Ciencia Jurídica actual⁸², tuvo como consecuencia que, ante el mayor desafío territorial de la historia de nuestro país, el supremo custodio constitucional se hallase desprovisto de un corpus doctrinal que legitimase su necesaria intervención en el mismo. Las defensas ante estos ataques, muchas veces con afirmaciones falsas⁸³, aunque bien fundamentadas (especialmente, Solozábal, 2011: 206 y ss.), llegaron demasiado tarde, cuando la imagen del Tribunal y de la política española estaban ya minadas, y no gozaron de la misma repercusión. Nótese que lo que aquí se condena no son las críticas al Tribunal. Todo lo contrario: mejor o peor fundamentadas, más o menos interesadas, resultan un ejercicio no solo legítimo, sino enriquecedor, en tanto que fuerzan respuestas que permiten avanzar en la dirección que se ha señalado como correcta en los estudios sobre la justicia constitucional.

La actuación de nuestro Tribunal Constitucional, con sus acciones e inacciones, ha dejado, muchas veces, que desear. Respecto de las acciones, aun no siendo este el momento ni el lugar para tratar de construir una crítica global a los cuarenta años de jurisprudencia constitucional, es posible afirmar, con una visión de conjunto, que el TC ha sido muy deferente con el legislador –no pocas veces con sentencias interpretativas manipulativas– pero a su vez muy garantista con los derechos de los ciudadanos. Lo primero ha supuesto que se cuestionase la garantía del sistema que ofrece el Tribunal (Fernández Segado, 2013: 1369 y ss.). Lo segundo importantes choques con el Tribunal Supremo⁸⁴. En cuanto a las inacciones, poco o nada hay que justifique los cuatro años en dictar sentencia sobre el Estatut o los cinco y diez años

82 Es el caso de Javier Pérez Royo. Este autor ha llegado a afirmar en prensa (artículo de El Confidencial, de 30 de junio de 2019), que el TC ha perpetrado un golpe de Estado en Cataluña. Pero en sede académica había sostenido antes que los Estatutos de Autonomía del art. 151 CE no podían ser controlados en lo que respecta a su constitucionalidad porque responden a pactos políticos que no corresponde al TC interpretar. Este órgano únicamente podrá intervenir, *a posteriori*, para adecuar el contenido de las leyes al de la Constitución y el Estatuto (Pérez Royo, 2011: 137 y ss.). Su tesis recuerda mucho a la solución adoptada en la Confederación Germánica, donde el «engere Versammlung» era también competente, y en exclusiva, para fiscalizar el que los legisladores, constituyentes u ordinarios, de las distintas comunidades confederadas respetaban el contenido material de aquellas en tanto en cuanto las mismas se presentaban como normas jurídicas obligatorias y vinculantes para sus destinatarios. En este caso, tales destinatarios eran, por tratarse de un inequívoco «système d'États», las autoridades de los Estados soberanos que integraban la «deutscher Bund» (Ruipérez, 2018: 277). Se trata de una tesis que no solo desprecia el Derecho positivo, sino que no responde ni a la racionalidad de un Estado de Derecho sino más bien a planteamientos predemocráticos, porque puede que los Estatutos de Autonomía del art. 151 CE tengan un carácter paccionado, pero ello no significa que se trate de un pacto que, cual si fuese entre dos sujetos soberanos (como se entendían las Constituciones en el siglo XIX, fruto del acuerdo de las Cortes con el Rey) quede al margen del sometimiento a la Constitución y del control por el TC.

83 Se llegó a afirmar que no existían casos similares en Derecho Comparado cuando el TS americano ha enjuiciado varias constituciones estatales, y también el Tribunal Constitucional italiano Estatutos regionales.

84 Rafael de Mendizábal recogió esto en un libro titulado *La guerra de los jueces: Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional*.

respectivamente que, en el momento en que se escribe este trabajo, lleva el Tribunal para pronunciarse sobre la prisión permanente revisable y el aborto.

Mención aparte merece la postura del TC ante la reforma de su Ley Orgánica.

V.3. La polémica reforma llevada a cabo por la LO 15/2015

El 16 de septiembre de 2015, un mes antes de que concluyese la X legislatura, se tramitaba por el procedimiento de lectura única una Ley Orgánica para reforzar las competencias del Tribunal Constitucional en materia de ejecución de sus propias sentencias. La reforma se asentaba en cuatro puntos:

- a) El primero es la posibilidad que se confiere al Tribunal Constitucional de solicitar, para la ejecución de sus sentencias, el auxilio de cualquier Administración o poder público. A este respecto el art. 92.2, en su nueva redacción establece: «El Tribunal podrá recabar el auxilio de cualquiera de las administraciones y poderes públicos para garantizar la efectividad de sus resoluciones que lo prestarán con carácter preferente y urgente». La reforma también atribuye el carácter de título ejecutivo a las Resoluciones del Tribunal, y establece, en materia de ejecución, la aplicación supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁸⁵.
- b) En segundo lugar, y también en orden a garantizar la efectividad de la ejecución, la nueva norma dispone que: «En caso de advertirse que una resolución dictada en el ejercicio de su jurisdicción pudiera estar siendo incumplida, el Tribunal, de oficio o a instancia de alguna de las partes del proceso en que hubiera recaído, requerirá a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento para que en el plazo que se les fije informen al respecto». Esta notificación personal está encaminada a facilitar la asunción de responsabilidades por incumplimiento⁸⁶.
- c) El tercer aspecto hace referencia ya a las facultades que se confieren al Tribunal Constitucional en orden a garantizar que sus Resoluciones son acatadas. Son cuatro: 1) la posibilidad de imponer multas coercitivas de entre tres mil y treinta mil euros a las autoridades, empleados públicos o particulares que incumplieren las resoluciones del Tribunal, pudiendo reiterar la multa hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado⁸⁷; 2) acordar la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos

85 *Vid.*, art. 87 LOTC, en la redacción otorgada por la L.O 15/2015.

86 La primera vez que se utilizó fue en el recurso del Gobierno contra Resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña, de 9 de noviembre de 2015.

87 Estas multas ya estaban previstas anteriormente (art. 95.4 LOTC), pero con una cuantía de entre 600 y 3000 euros, por lo que el aumento resulta considerable.

de la Administración responsable del incumplimiento, durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal; 3) la ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales, para lo cual el Tribunal podrá requerir la colaboración del Gobierno de la Nación a fin de que, en los términos fijados por el Tribunal, adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las Resoluciones; 4) deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder.

- d) En cuarto y último lugar, la nueva redacción de la LO 2/1979, del Tribunal Constitucional, prevé, cuando se tratara de la ejecución de las Resoluciones que acuerden la suspensión de las disposiciones, actos o actuaciones impugnadas y concurrieran circunstancias de especial transcendencia constitucional, que el Tribunal, de oficio o a instancia del Gobierno, adopte las medidas necesarias para asegurar su debido cumplimiento sin oír a las partes⁸⁸.

El contexto y trasfondo político de esta modificación es –como demuestran los debates parlamentarios⁸⁹– el desafío soberanista catalán, que el Tribunal Constitucional ha tenido que abordar en numerosas Resoluciones desde que este iniciase precisamente usando como excusa la publicación de la STC 31/2010, la cual declaraba inconstitucionales catorce preceptos y sometía a interpretación conforme a aproximadamente unos cincuenta (aunque no todas estas fueron reflejadas en el Fallo)⁹⁰.

88 Aunque el art. 92.5 LOTC in fine también establece que: «En la misma resolución dará audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de tres días, tras el cual el Tribunal dictará resolución levantando, confirmando o modificando las medidas previamente adoptadas».

89 Durante la presentación de la Proposición de Ley, el representante del Grupo Parlamentario Popular afirmó: «De este modo, cuando el Tribunal Constitucional, señorías, solicita en un fallo (sic) una acción positiva por parte de un poder público y este responde con una consciente inactividad, se produce el incumplimiento y el desacato por su explícita negativa a dar cumplimiento a lo dispuesto, ya sea a través de la omisión dolosa de lo exigido o simplemente rehusando proceder a la derogación de la ley o actos autonómicos reprobados por el Tribunal Constitucional» y, tras poner algunos ejemplos, continuaba poco después «En todos estos casos la Generalitat de Catalunya ha puesto y está poniendo de manifiesto una única actitud: el incumplimiento como respuesta, el desacato como conducta y la deslealtad institucional como bandera» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Diputación Permanente, nº 306, 16 de septiembre de 2015, p. 104). Por su parte el representante socialista, que se oponía, al igual que toda la oposición, a la aprobación de dicha norma comenzó el debate afirmando: «Estamos aquí porque el Partido Popular y el Gobierno, sin complejos, han decidido instrumentalizar una institución básica de nuestra arquitectura constitucional en plena campaña de elecciones en Cataluña» (id., p. 107). Igualmente merece señalarse aquí la apreciación del portavoz de Compromís, quien afirmó «Ustedes, en realidad, lo que buscan es un atajo que les evite transitar por el peligroso camino del artículo 155 de la Constitución y lo hacen en un tema de tanta envergadura sin que se puedan pronunciar ni el Consejo General del Poder Judicial ni el Consejo de Estado» haciendo referencia no sólo al procedimiento seguido sino a que el Gobierno estaba tratando de judicializar una institución, como la coacción federal, que es de carácter político (aunque quepa control posterior por parte del Tribunal Constitucional).

90 Sobre cómo se gestó todo: Fondevila, 2014b: 587-588.

La nueva norma ha sido examinada por el propio Tribunal Constitucional, el cual resolvió dos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno catalán y el Gobierno vasco declarando la constitucionalidad de todos sus apartados así como del proceso de elaboración. *El Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya*, en cuyo dictamen⁹¹ se basaba el recurso catalán, entendía, sin embargo, que el proceso de lectura única seguido para la aprobación de la norma vulneraba los arts. 150.1 del Reglamento del Congreso y 129.1 del Reglamento del Senado (lo que si fuese cierto supondría la inconstitucionalidad de la Ley⁹²) así como el art. 23 CE; y que con la nueva redacción que la norma otorga a los apartados b y c del art. 92.4 LOTC se vulneran los artículos 25.1 y 161.1 CE y 153 CE respectivamente.

La mayoría de juristas –con algunas excepciones⁹³– han sido más críticos con esta reforma así como con el modo en el que el TC ha planteado su examen. La doctrina ha criticado tanto la necesidad como el proceso de lectura única seguido para su aprobación (Almeida, 2016: 163 y ss.), que se trate de una ley *ad casum* que no ha contado con el consenso de la Cámara ni el parecer del propio Tribunal antes de atribuirle funciones algunas más propias de la jurisdicción ordinaria y otras responsabilidad del ejecutivo (Hernández Ramos, 2016: 252-255), que altera la naturaleza de la ejecución de las sentencias del TC, modificando la posición de éste en la fase declarativa y en la fase de ejecución, produciendo con ello una mutación en el modelo de justicia constitucional (Álvarez Conde, 2018: 9), llegando alguna autora a afirmar –incluso– que se trata de una reforma constitucional encubierta que convierte al TC en mero ejecutor de las disposiciones del Gobierno (López Portas, 2017: 149).

También lo ha sido la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión Venecia), del Consejo de Europa, que en su dictamen 827/2015, de 10 de marzo de 2017 se ha mostrado crítica con dos aspectos de la reforma: de un lado la cuantía de las multas coercitivas, incidiendo en la necesidad, dado lo elevada de las mismas, a que su imposición se lleve a cabo con los requisitos que impone el art. 6 CEDH; y de otro lado, con la posibilidad de que cargos representativos puedan verse privados de sus funciones (Biglino, 2018: 113 y ss.). El informe concluye que no resulta recomendable que el TC disponga de estas atribuciones, pero no existe un estándar europeo de referencia que pueda considerarse incumplido.

Las sentencias 185/2016 y 215/2016, adoptadas por mayoría, resuelven respectivamente los recursos de los Gobiernos vasco y catalán interpuestos contra la LO 15/2015.

Lo primero que llama la atención, y a pesar de que el TC tiene la facultad de priorizar como estime conveniente los asuntos que se le plantean, es que haya resuelto antes el recurso del Gobierno vasco, a pesar de que el recurso del Gobierno catalán

91 Dictamen 19/2015, de 26 de noviembre.

92 *Vid.*, STC 99/1987 y 103/2008.

93 *Vid.*, Torres Gutiérrez, 2015: 292 y ss. Este autor se hace eco de opiniones, expresadas en medios de comunicación, de otros reconocidos juristas como Jorge de Esteban o Enrique Gimbernat.

fue presentado con anterioridad. Lo lógico hubiese sido, en todo caso, acumularlos. Tan extraño como este modo de proceder es, de hecho, que al resolver el recurso que se había planteado con anterioridad el supremo intérprete constitucional haya ofrecido una justificación para ello. Así, indica en el FJ 2º de la STC 215/2016 que «a propuesta de los Magistrados designados ponente por turno de reparto en uno y otro recurso, consideró [este Tribunal] oportuno, como criterio de ordenación de las deliberaciones, que la Resolución el (*sic*) recurso del Gobierno vasco, pese haber sido interpuesto en fecha posterior, precediera a la del promovido por el Gobierno de la Generalitat, ya que en aquel se denunciaba como primer y determinante motivo de inconstitucionalidad, con base en una consideración conjunta de los preceptos impugnados, una desnaturalización del modelo de jurisdicción constitucional diseñado por el constituyente, en tanto que el recurso del Gobierno de Cataluña no se articula en tan genérico planteamiento, centrándose, por el contrario, en una más concreta impugnación de cada uno de los preceptos recurridos».

Este intento de justificación hubiese resultado más convincente si en la primera sentencia, a propósito de un recurso con mayor contenido sustantivo, hubiese aprovechado el Tribunal para, resolviéndolo con la profundidad que por la enorme responsabilidad que este órgano tiene encomendada se requería, elaborar un cuerpo doctrinal que sirviese de base para la resolución del segundo recurso (VP de Xiol Rios a la STC 215/2016. Párr. 4º) que, por cierto, impugnaba más preceptos de la norma que el resuelto en primer lugar.

El modo tajante en el que el TC rechazó aquellos argumentos del recurso vasco que se basaban más en principios constitucionales como la división de modelos y en la naturaleza de nuestro modelo de jurisdicción constitucional⁹⁴ ha sido muy criticado, llegando incluso la vicepresidenta del órgano, en su voto particular a la STC 185/2016, a hablar de «una lamentable «abdicación» en el ejercicio de la jurisdicción constitucional».

Esta suerte de dejación de funciones se produce no solo porque la fundamentación de algunas partes de la primera Resolución resulta cuanto menos, poco motivada, sino porque de un modo irracional y arbitrario el Tribunal Constitucional tiene expresamente una mayor deferencia con el legislador cuando se trata de la norma que regula su funcionamiento que con las demás⁹⁵. No resulta menos

94 «La presunción de constitucionalidad de normas con rango de ley no puede desvirtuarse sin una justificación suficiente, no siendo admisibles impugnaciones globales carentes de un razonamiento desarrollado que las sustente» (STC 185/2016 FJ 7.c).

95 «El alcance del control de constitucionalidad sobre nuestra Ley Orgánica presenta ciertas especificidades. Así, al margen de los límites del concreto proceso utilizado, hemos de «extremar las consideraciones institucionales y funcionales que siempre acompañan al control del legislador democrático», siendo evidente, en primer lugar, «que nuestro enjuiciamiento es exclusivamente de constitucionalidad y no político, de oportunidad o de calidad técnica», debiendo limitarnos a contrastar «con carácter abstracto y, por lo tanto, al margen de su posible aplicación práctica los concretos preceptos impugnados y las normas y principios constitucionales que integran en

erróneo al respecto que el Tribunal Constitucional sostenga, respecto de la impugnación sobre el procedimiento de lectura única seguido para la aprobación de esta Ley, que «la especial relevancia o la trascendencia constitucional de un texto normativo, a la luz del citado precepto reglamentario, no es incompatible con su tramitación por el procedimiento de lectura única, ni suficiente por sí misma, como pretenden los letrados del Gobierno vasco, para excluir la utilización de este procedimiento parlamentario, al que no le está vetada materia alguna, incluida la reforma constitucional»⁹⁶. Aquellas decisiones del órgano parlamentario de mayor trascendencia y complejidad no deben ser tramitadas por el procedimiento de lectura única (García-Escudero, 2012: 165 y ss.) y es deber del Tribunal impedirlo.

Avalada constitucionalmente la modificación, en los AATC 126 y 127 de 2017, en aplicación de estas sentencias, el TC utiliza por primera vez el nuevo baremo de multas coercitivas previsto en la LOTC, imponiendo a determinados responsables de la organización del referéndum inconstitucional previsto para el 1 de octubre multas de 6000 o 12.000 euros según el grado de responsabilidad de cada uno, para obligarles a dejar sin efecto las disposiciones que habían adoptado para tal fin y, en el caso de los síndicos electorales, obligarles a renunciar a sus cargos. Dichos autos contaron con el voto concurrente de los Magistrados Fernando Valdés Dal-Ré, Juan Antonio Xiol Ríos y María Luisa Balaguer Callejón, que aunque comparten el Fallo, dado que la actuación de los destinatarios de dicha multa crean situaciones de hecho que alteran el orden constitucional, discrepan de la argumentación de la mayoría del Pleno, en el sentido de que, en su opinión, las multas coercitivas están para obligar a llevar a cabo una determinada actuación, no para garantizar que algo no se hace⁹⁷.

cada caso el parámetro de control». En segundo lugar, tratándose del legislador democrático, «no podemos perder de vista que la presunción de constitucionalidad ocupa un lugar destacado en el desarrollo de dicho control, correspondiendo al recurrente no sólo ponerlo en marcha mediante el ejercicio de su legitimación, sino concretar los motivos de la pretendida inconstitucionalidad y colaborar con la jurisdicción constitucional». En tercer lugar, hemos de tener presente, como cuestión de principio, «que el legislador no debe limitarse a ejecutar la Constitución, sino que está constitucionalmente legitimado para tomar todas aquellas medidas que, en el marco caracterizado del pluralismo político, no vulneren los límites que se derivan de la Norma fundamental» (STC 185/2016 FJ 3.c).

96 FJ 5.c STC 185/2016. Afirma a continuación con el Abogado del Estado y la Letrada de las Cortes, que «como permite apreciar su lectura, la proposición de ley consta de un único artículo, con cuatro apartados y una disposición final, que modifican o dan nueva redacción parcial a cuatro artículos LOTC, con una estructura y un lenguaje desde la perspectiva de cualquier observador razonable (ATC 141/2016, de 19 de Julio, FJ 6), comprensibles, sencillos e inteligibles, sin perjuicio de su incidencia en una materia de indudable calado constitucional».

97 «La suspensión acordada por el Tribunal se cumple absteniéndose de realizar cualquier actuación que traiga causa de la resolución 807/XI del Parlamento de Cataluña, resultando difícil obligar a su cumplimiento mediante la imposición de multas coercitivas. Este medio de ejecución forzosa se utiliza para obligar a hacer algo, no para garantizar que no se haga. Cuestión distinta es que lo que se haya hecho incumpliendo la obligación de no hacer, deba deshacerse y para conseguir este fin, si puedan imponerse multas coercitivas».

Antes de evaluar la incidencia teórica y práctica en la naturaleza y posición en el sistema de fuentes del Tribunal Constitucional es necesario comenzar recordando que se trata de una ley *ad casum*, tal como demuestran los debates parlamentarios antes transcritos y la propia Exposición de Motivos de la norma⁹⁸. Si ello es, de por sí, una mala técnica normativa, el defecto se agrava cuando junto con legislar en caliente se hace sin ninguna negociación política previa. Téngase en cuenta que es una norma que literalmente permite que el TC suspenda de sus funciones a cualquier autoridad pública, incluyendo cargos representativos. Precisamente por eso el Informe, antes citado, de la Comisión Venecia, indicaba la necesidad de que se precisasen a qué tipo de autoridades se refiere el nuevo art. 92.4.b LOTC.

Por otro lado, como se ha visto *supra* (epígrafe I.5) en el Derecho Comparado no es habitual unos poderes de ejecución tan amplios como tiene ahora nuestro Tribunal Constitucional.

Alguno de los primeros autores españoles que se ocuparon de esta cuestión sostuvo, por influencia alemana, que era contrario a «la esencia de la constitución» que el TC llevase a cabo una ejecución forzosa de sus sentencias al modo que ocurre en la jurisdicción ordinaria⁹⁹. La doctrina posterior (Salas y Palomino, 1987: 91) ha venido entendiendo, sin embargo, de manera unánime, que era legítimo que el Tribunal Constitucional ejecutase sus propias sentencias, en tanto que los artículos 117.3 y 161 CE, incluso si se encuentran en títulos diferentes de la Norma Fundamental, hacen referencia a un mismo ejercicio de la jurisdicción.

Con razón indican los autores que se acaban de citar que, si no se desea que un Tribunal Constitucional ejecute sus Resoluciones, por considerar que no debe descender a ese nivel, quizás se le sitúa demasiado alto como para poder ejercer verdaderamente como un órgano jurisdiccional. A ello cabría añadir, además, que, si la razón es que se considera utópica la posibilidad de que el TC consiga realmente ejecutar una decisión contra altos órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas, entonces es que nos encontraríamos ante una deriva autoritaria que convierte en pura falacia la existencia de un Tribunal Constitucional, con o sin poderes

98 «Si bien la actual regulación del Tribunal Constitucional contiene los principios generales para garantizar la efectividad de sus resoluciones, la necesidad de adaptarse a las nuevas situaciones que pretenden evitar o soslayar tal efectividad obliga a desarrollar los instrumentos necesarios para que la garantía de efectividad sea real».

99 En concreto Raúl Bocanegra afirma: «Creo que en todo caso puede suscribirse, con Herzog, que el significado del art. 92 LOTC [se refiere al texto original que estaba vigente en 1982] es el de atribuir al Tribunal Constitucional, como «señor de la ejecución de sus decisiones» la competencia general para exigir a todos los órganos del Estado y a todos los ciudadanos el cumplimiento de sus obligaciones en el caso concreto, pero sin que esa genérica atribución de competencia lleve consigo, en todos los casos, la puesta en sus manos de un procedimiento de ejecución forzosa de sus sentencias que, equivalente al existente en los procesos ordinarios, pueda ser directamente dirigido contra los altos órganos del Estado (o de las Comunidades Autónomas) porque ello excedería la esencia de la Constitución, en cuanto un aparato de ejecución, que hace perfecto cualquier orden jurisdiccional, únicamente es pensable frente a los particulares, no cuando se actúa en relación a complejos de poder del más alto rango, en donde no pasa de ser una utopía» (Bocanegra, 1982: 246-247).

de ejecución. Es menester recordar, por último, que la posibilidad de imponer multas coercitivas existía desde el mismo momento de aprobación de la LOTC.

Por eso, no se trata tanto de disertar sobre si un Tribunal Constitucional puede o no ejecutar sus sentencias (algo que parece fuera de toda duda), como de responder a la cuestión de si el modo en que se han configurado los nuevos poderes del Tribunal Constitucional altera la naturaleza de este órgano o su posición como árbitro imparcial de los poderes públicos. Evidentemente, si el TC es un órgano jurisdiccional debe poder ejecutar sus sentencias (Fernández Farreres, 2018: 131); pero no necesariamente con multas de hasta 30.000 euros diarios o la suspensión de funciones de un representante político democráticamente elegido.

Dado el marco político en la que esta reforma fue aprobada también debe considerarse la posible alteración de la lógica de «ejecución federal» prevista en el art. 155 CE.

En primer lugar, está claro que al aumentar significativamente las competencias de un determinado órgano incidimos sobre la naturaleza de este. Incluso si en el caso concreto de la jurisdicción constitucional, es habitual en el Derecho Comparado que algunos Tribunales Constitucionales ejerzan competencias que exceden en rigor de lo que puede considerarse inherente a su naturaleza (y así, como se ha visto, muchos de estos órganos conocen de las acusaciones contra los Presidentes (*impeachment*), o tienen competencias en materia electoral, ilegalización de partidos, etc.) se debe ser conscientes de que cuando se espera demasiado de la justicia constitucional, y se la sobrecarga con competencias impropias de su naturaleza, se camina directamente hacia la pérdida de legitimidad de su jurisdicción.

Porque, como se viene sosteniendo, que los Tribunales Constitucionales cumplan una función política, no legitima lo que aquí ha ocurrido con esta reforma, y es que el Gobierno de la Nación, con mayoría absoluta de la Cámara, ha querido traspasar al Tribunal Constitucional una responsabilidad que es suya: la aplicación de medidas coercitivas contra el Gobierno de una Comunidad Autónoma que incumpla gravemente sus obligaciones.

De hecho, lo cierto es que tanto la suspensión de funciones de una autoridad pública que prevé el nuevo art. 92.4 LOTC como la adopción de las medidas cautelares, incluso *inaudita parte*, incorporadas al art. 92.5 LOTC supone, además de una politización de la justicia y una judicialización de la política, una rebaja de las garantías del mencionado precepto constitucional¹⁰⁰. Ello es así, porque antes de la reforma, el único modo en que un Presidente de una Comunidad Autónoma podía ser suspendido de sus funciones era a través de los cauces del artículo 155, que implican necesariamente un requerimiento previo que, sólo en caso de ser desatendido, puede dar lugar a que el Gobierno de la nación plantee ante el Senado

100 Alguna autora como González Hernández (2016: 541) ha señalado que se trata un desarrollo o, casi mejor, una modificación de facto del art. 155.

(que puede modificarlas o rechazarlas) las medidas necesarias para poner fin a la situación, pudiendo la Comunidad Autónoma afectada (como efectivamente hizo Cataluña) recurrirlas ante el Alto Tribunal.

Lógicamente, y aunque el art. 155 CE no lo exige expresamente, el motivo que podía dar lugar a ese primer requerimiento era un incumplimiento grave de las resoluciones del Tribunal Constitucional. De hecho, la doctrina española lo entendía por lo general de este modo al defender que resultaba necesario agotar todas las vías ordinarias posibles antes de activar este mecanismo excepcional (Vírgala, 2005: 93).

La reforma permite que el Gobierno pueda instar del TC medidas similares a las que podían adoptarse a través de la aplicación del art. 155 CE sin el control político y las garantías jurisdiccionales inherentes a este precepto. La posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda actuar como instrumento del Gobierno a este respecto compromete la imagen de imparcialidad que en todo momento debe acompañar a este órgano.

V.4. Las mejoras pendientes de nuestro sistema de justicia constitucional

Se han señalado como problemas de nuestra jurisdicción constitucional: a) que no existe una correcta delimitación de sus funciones; b) que se ve sometida a una excesiva carga de trabajo; c) que genera recelos institucionales, sobre todo, por parte de la jurisdicción ordinaria; d) que no exista una base legal sólida para las declaraciones de inconstitucionalidad que no impliquen nulidad; e) que existen problemas de articulación con las instancias judiciales europeas; f) que el Tribunal Constitucional ha mermado su papel como garante de derechos; g) que ha habido una falta de diligencia por parte del poder público a la hora de designar magistrados (Pérez Tremps, 2019: 209-220).

Una mejor comprensión de esta problemática (o problemáticas) requiere afrontarla desde la perspectiva más amplia, general y comparada, planteando la cuestión en unos términos distintos a los que la doctrina inspirada por el legalismo suele hacer. En caso contrario se corre los serios riesgos de que los árboles no nos dejen ver el bosque o de que la solución sea igual o peor que el problema.

Comenzando por el final, el verdadero problema desde la perspectiva propuesta es más complejo que los frecuentes retrasos en las renovaciones que proceden de los órganos políticos, el cual ha tenido distintas soluciones en otros ordenamientos jurídicos¹⁰¹. Por supuesto que este es un problema importante y,

101 En Italia, ante los retrasos, la Corte había establecido reglamentariamente la prórroga de los Magistrados. Esto sentó mal al Parlamento que aprobó la Ley Constitucional 2/1967 para excluir expresamente la posibilidad. En Alemania, si agotado el mandato el órgano encargado de la renovación no ha procedido a un nuevo nombramiento el Pleno del Tribunal envía una lista con

de hecho, contribuyó mucho a deteriorar la imagen del Tribunal Constitucional durante la tramitación de la sentencia del Estatuto de Autonomía de Cataluña, pues al retraso en las deliberaciones, las recusaciones cruzadas etc. se sumó el problema de que varios magistrados habían concluido su mandato y los órganos constitucionales no procedían a su renovación¹⁰². Cuando se ha comparado el método español con otros ordenamientos se han puesto de manifiesto tres problemas del mismo: la *lotizzazione* (tendencia a sustituir el consenso en el órgano parlamentario por las cuotas de partidos); la extendida percepción de la adscripción político-partidista de los jueces; y el mandato no representativo de los jueces constitucionales en conexión con la posibilidad de que las CC. AA. participen directa o indirectamente en su designación (Baamonde, 2019: 59). El primero de los aspectos puede parecer natural a la nueva dimensión del principio de división de poderes expuesto en el epígrafe III. 4; el segundo guarda íntima relación con este, y no es que, examinada a la luz del Derecho Comparado, la Constitución no ofrezca suficientes garantías de independencia al Magistrado; y en cuanto al tercero, su constitucionalidad ha sido salvada por la STC 49/2008. Con todo, podría resultar conveniente abrir un debate amplio sobre el estatuto del juez constitucional, pues si ha de aceptarse como inevitables las cuotas, se pueden revisar otros aspectos, desde la posibilidad de que los Magistrados estén afiliados a un Partido hasta el mencionado tema de los votos particulares, pasando por cómo evitar que los retrasos en los nombramientos impliquen que se acumulan los tercios de las renovaciones, etc. En cuanto al tercio del Senado, es verdad que la propuesta por parte de los Parlamentos autonómicos que introdujo la Ley Orgánica 6/2007 nada tiene que ver con la completamente contradictoria con la naturaleza del cargo disposición del art. 122 de la Constitución de 1931, la cual establecía que cada Región designaría un Magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales, pero lo cierto es que, en la práctica, no siempre ha servido –si esto era lo que se pretendía– para aumentar la pluralidad de la procedencia de los Magistrados, pues a veces un mismo partido con mayoría en varias CC.AA. ha propiciado que todas las Asambleas donde tienen mayoría suficiente se propongan los mismos candidatos, y sí para que existan sospechas respecto de la intención de beneficiar a determinados territorios.

En cuanto a cómo articular la coexistencia de nuestra jurisdicción constitucional de la libertad con las jurisdicciones europeas, la solución no puede ser unilateral. La solución a los problemas de articulación entre las tres jurisdicciones protectoras de derechos (TJUE, TEDH y TC) únicamente puede pasar por el diálogo entre Cortes, que tan buenos resultados ha dado, por ejemplo, en el ya mencionado

el doble de los candidatos a elegir y el órgano debe reunirse inmediatamente para proceder a la lista, bien entre los miembros de la lista del Tribunal, u otros elegidos por este.

102 Sobre ello resulta muy interesante la Encuesta sobre la renovación del Tribunal Constitucional del número 28 de la revista *Teoría y Realidad Constitucional*.

caso *Taricco*. En lo tocante a la articulación entre el TJUE y el TC, la STC 26/2014 que resuelve el archiconocido caso Melloni donde, en lugar de integrar la respuesta que le da el TJUE en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por ATC 86/2011, lo que –de modo muy criticable– hace el TC, es modificar su jurisprudencia, situando este órgano, junto al checo, entre los Tribunales menos dialogantes (Rodríguez Izquierdo, 2016: 133 y ss.). Y en relación con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH, el necesario –tal y como se sostiene en estas páginas– control de convencionalidad, aceptado por el TC en su STC 140/2018, conlleva una nueva concepción de la norma fundamental como «Constitución convencionalizada» que supone que todos los operadores jurídicos (incluido el TC) interpreten la Constitución desde lineamientos internacionalistas (Sagües, 2016: 356).

Por lo que respecta al punto «d», tampoco parece completamente satisfactorio optar –tan solo porque este haya sido el camino seguido por el TC en algunas resoluciones– por la reforma del art. 39.1 LOTC para permitir que el Tribunal Constitucional dé, en algunos casos, un plazo al legislador, sin una reflexión de fondo sobre las soluciones que en otros Estados de nuestro entorno se ha dado al problema de la posible inconstitucionalidad por omisión, y sin analizar los pros y contras de cada una de ellas. Como indica Díaz Revorio, encontramos soluciones en el Derecho Comparado que pueden ser difícilmente trasladables a España (por ejemplo, el aplazamiento de los efectos de una sentencia tiene más sentido en un sistema como el austríaco que parte de los efectos *ex tunc* de las sentencias) o que no han demostrado ser eficaces allí donde se han implantado (la acción directa de Portugal y Brasil); pero una reforma del art. 39.1 LOTC sí podría incluir fórmulas que permitiesen no solo declarar la mera incompatibilidad de una norma con la Constitución, sino modular sus efectos retroactivos de la misma. Además, soluciones unilaterales como las sentencias aditivas, aunque puedan resultar menos respetuosas con el legislador, son más coherentes con el principio de tutela judicial efectiva, pues la inconstitucionalidad sin nulidad puede llevar a un postergamiento *sine die* de determinadas situaciones hasta que se produzca la intervención del legislador (Díaz Revorio, 2009: 196-197). Incorporar al texto legislativo una práctica que ya lleva a cabo el Tribunal sin una clara habilitación legal para ello puede mejorar la seguridad jurídica, pero parece más razonable aprovechar la ocasión para buscar soluciones que puedan ser más eficaces¹⁰³.

103 Además, hay casos donde la inconstitucionalidad sin nulidad resulta contradictoria y absurda. Es el caso de su aplicación en el FJ 17º de la STC 236/2007. El TC rechaza declarar la nulidad de los preceptos que supeditaban los derechos de reunión, asociación y manifestación a la situación de los extranjeros en nuestro país porque en, en ese caso, ningún extranjero gozaría de tales derechos. Y así mismo, rechaza también declarar nulo solo el inciso que indicaba que podrían gozar de tales derechos al regularizar su situación porque se produciría una equiparación no querida por el legislador. Su solución de declarar la inconstitucionalidad y dar un plazo razonable al legislador para que enmendase la ley es incoherente con haber ligado estos derechos al principio de dignidad de la persona humana, pues ello hacía que los extranjeros, independientemente de su situación, gozasen de tales derechos por el efecto directo de los preceptos constitucionales (Balaguer Callejón, 2008).

Por último, la supuesta sobrecarga de funciones (normalmente, porque se compara con las funciones muy inferiores de los órganos de garantías constitucionales de Francia e Italia) es susceptible de ser reconsiderada a la luz de un análisis comparado más amplio, tanto sincrónico como diacrónico. Por un lado, el actual supremo custodio de la Constitución tiene un halo de competencias inferior al Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República. Por otro lado, no solo está el ejemplo del Tribunal Constitucional Federal alemán, con competencias para declarar el abuso del derecho, la inconstitucionalidad de los partidos políticos y controlar las elecciones; también encontramos en este tipo de órganos otras competencias alejadas de la idea de control de constitucionalidad: por ejemplo –como ya se ha mencionado–, competencias en materia de *impeachment* o incapacidad del Presidente, competencias para establecer las medidas para la ejecución de sentencias de Tribunales internacionales y deliberar sobre la decisión del Presidente de la República de anular resoluciones especiales adoptadas por el legislativo, competencias para verificar las circunstancias de la disolución presidencial, comprobar las incompatibilidades de los ministros y pronunciarse sobre las candidaturas al cargo presidencial, funciones consultivas y otras de lo más variado (incluidas emitir pareceres sobre medidas de emergencia, decidir la extradición de extranjeros). Con esta panorámica es fácil comprobar que, aunque nuestro Tribunal Constitucional está ciertamente dotado de importantes atribuciones, todas son, en esencia, de naturaleza claramente constitucional.

Los demás puntos pueden ser reconducidos o guardan una estrecha relación con el problema del amparo, el cual se analiza a continuación.

V.5. Especial referencia al permanente problema del amparo

El recurso de amparo es una creación original de la Constitución mexicana deudora, a su vez, de las aportaciones del gran jurista mexicano Mariano Otero (Tena Ramírez, 2007: 494 y ss.), aunque nuestra Constitución lo ha tomado de países más de nuestro entorno, fundamentalmente de la *verfassungsbeschwerde* alemana (Rubio, 1997: 457), atribuyendo esta competencia al Tribunal Constitucional¹⁰⁴.

104 La mejor doctrina mexicana (Fix-Zamudio, 1979: 245 y ss.) suele enfatizar la influencia mexicana en la adopción del recurso de amparo en España. Ciertamente es probable que el hecho de que el jurista mexicano Rodolfo Reyes se encontrase en España pudiera influir en la configuración del recurso de amparo en la Constitución de 1931. También Nicolás Pérez Serrano, indicó en su trabajo sobre la Constitución de la II República que, teniendo un antecedente en el fuero aragonés, el recurso de amparo procedía entonces de tierras americanas (Pérez Serrano, 2017: 290). Sin embargo, dos cosas deben señalarse al respecto: la primera es que la regulación del amparo en México (arts. 103 y 107 CPEUM) es distinta que la que se contiene en los arts. 105 y 121 de la Constitución de 1931. Mientras que en México se concede a los Tribunales Federales, en España a «Tribunales de urgencia» y al Tribunal de Garantías Constitucionales. En México, además, tenía un efecto centralizador, pues también se orientaba no solo a proteger los derechos del individuo

Además de estos dos, solo unos pocos Estados como Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Polonia o República Checa lo han configurado así. Aunque es posible que, sobre todo en los primeros años de vigencia de la actual Constitución, el recurso de amparo, usado intensamente por los abogados litigantes, tuviese efectos positivos (especialmente para, mediante la interpretación del art. 24 CE, reprobar algunas prácticas de los Jueces y Tribunales que habían servido durante franquismo) (Díez Picazo, 2010: 26), tanto en nuestro país como en Alemania, además de colapsar al TC, ha sido utilizado abusivamente, razón por la cual se le ha considerado un «recurso de supercasación», «recurso de los desesperados» y se ha llegado a decir en Alemania, con buenas dosis de ironía, que es un recurso «sin costo, sin esfuerzo y sin esperanza» (De Vega, 1992: 357). Por todo ello, y teniendo en cuenta que en un Estado con una Democracia consolidada es la jurisdicción ordinaria la que fundamentalmente debe garantizar los derechos ciudadanos¹⁰⁵, parece, tras cuarenta años de experiencia, que debe ser replanteado.

De esta opinión era también F. Rubio, quien afirmaba que el Tribunal Constitucional parecía más un órgano para controlar a los jueces que al legislador, y pedía, sin cuestionar su existencia, una solución al problema del amparo tanto a nivel legislativo como (en lo que a la interpretación del art. 24 se refiere) a nivel jurisprudencial (Rubio, 1997: 559 y ss.). Pero en un trabajo posterior al que ya se ha hecho referencia parece, sino contradecir, al menos matizar esta tesis, y afirma que es necesario articular un mecanismo de control de los jueces para que la definición de los derechos fundamentales no quede en sus manos, sosteniendo que «la vigencia plena de los derechos exige no solo el control de constitucionalidad de las leyes, sino, también, el de las decisiones judiciales que las aplican» (Rubio, 1998: 173). En este trabajo, como dijimos, también afirma que la diferencia entre los modelos europeo y norteamericano se ha difuminado, y propone su sustitución por modelos centrados en las leyes y modelos¹⁰⁶ basados en derechos. El modelo

sino las competencias de la Federación (aunque la invasión por las autoridades locales debiera ser denunciada por un individuo). La importación –si puede considerarse tal– se hace, en todo caso, con muchos elementos originales.

- 105 SSTC 186/1997 y 170/2013 entre otras. Sin embargo, el legislador español nunca ha dado debido cumplimiento al mandato del art. 53.2 CE de establecer un procedimiento preferente y sumario de protección de derechos ante los Jueces y Tribunales ordinarios (por todos, Hernández Ramos, 2009: 26 y ss.). Un correcto desarrollo implicaría no solo un procedimiento que tuviera prioridad en la tramitación y con plazos más breves sino, fundamentalmente, que el objeto del mismo estuviese limitado. Probablemente sería mejor desarrollarlo en una única ley de protección de Derechos Fundamentales, que no tuviese las deficiencias de la Ley 62/1978 que, como se ha venido haciendo, en las distintas leyes procesales (Álvarez Conde y Tur Ausina, 2019: 552 y ss.).
- 106 En realidad, habla de en un sub-epígrafe de este trabajo habla de «modelo centrado en la ley» y en otro de «sistemas centrados en la defensa de los derechos», pero formando, ambos, parte de un epígrafe titulado «los dos grandes modelos de la jurisdicción constitucional» está claro que usa ambos términos como sinónimos, obviando que son cosas distintas. Modelo se usa para indicar un ordenamiento de referencia o como categoría explicativa. Sistema hace alusión, como se ha indicado varias veces, a un conjunto interrelacionado de elementos.

basado en la ley pivotaría sobre el control abstracto de constitucionalidad mientras que el modelo centrado en derechos en el amparo y la cuestión de inconstitucionalidad cuando puede ser planteada por cualquier juez. En todo caso –indica– la tendencia es, en todos los modelos, a una pérdida de importancia del recurso de inconstitucionalidad y ser cada vez jurisdicciones más preocupadas en la protección de derechos.

La tesis de esta revisión de su postura inicial tiene errores de planteamiento y, en todo caso, puede decirse que hoy resulta desfasada. En primer lugar, aunque el trabajo tiene el mérito de ser uno de los primeros en cuestionar la teoría de los modelos, cuya presencia, incluso en algunas obras especializadas actuales no deja de ser sorprendente, lo cierto es que en lugar de una sustitución de los mismos, el Vice-Presidente emérito de nuestro Tribunal Constitucional los describe desde otra perspectiva, la cual –aunque resulta sinceramente interesante– adolece de problemas similares a la original: también en esta la mayoría de ordenamientos serían híbridos. Además, el criterio es demasiado «difuso y móvil» (Tusseau, 2011: 117)¹⁰⁷. En segundo lugar, no supo predecir o subestimó que el fenómeno de integración europea¹⁰⁸ no solo garantiza un mínimo de derechos en todo el continente, sino que –como se verá en el próximo Capítulo–, refuerza enormemente la posición de los jueces ordinarios en materia de protección de derechos y recoloca a los Tribunales Constitucionales como vigilantes de que este hecho no afecte a la esencia del orden constitucional más que como garantes de los mismos. En tercer lugar, es difícil estar de acuerdo con una afirmación tan rotunda y categórica como que la utilidad del recurso de inconstitucionalidad es vivamente discutida y su insuficiencia universalmente aceptada (*Ibid.*: 171). Sobre todo, porque, más bien, resulta justamente a la inversa, y a este respecto debe señalarse: primero, que las voces más críticas con la justicia constitucional no han estado (con la notable excepción de C. Schmitt) en Europa sino, como se ha visto a lo largo de este trabajo, en Estados Unidos, donde no existe este procedimiento y, además, con una discusión, como se vio, muy centrada en los derechos; segundo, que en América Latina, el espectacular desarrollo del Derecho Procesal Constitucional ha estado muy ligado a los

107 El autor francés se pregunta: «¿Se trata aquí de mantener un hipotético «objetivo» a disposición de los autores de la Constitución, de los jueces constitucionales o incluso del propio sistema jurídico? O, por el contrario ¿se trataría más bien de tomar por criterio diferenciador la relación estadística que media entre los diferentes tipos de procedimientos (...) que, efectivamente, son puestos en marcha?»

108 En el trabajo citado solo hay una referencia, con tono displicente, a esta cuestión: cuando habla de la crisis del recurso de inconstitucionalidad afirma que «Es cierto que la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos e, incluso, dentro de su limitado ámbito, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, garantizan la vigencia de los derechos fundamentales en todos los Estados miembros del Consejo de Europa o de la Unión Europea, pero no es, sin duda, esa garantía, exterior la que ha llevado a pensar a los británicos, los holandeses, o los suecos, que no era necesario añadir una protección más a la que ya ofrecen sus propios tribunales ordinarios y su cultura política» (p. 171).

órganos especializados y los procesos de constitucionalidad. Quiere la casualidad un año antes de que Rubio sostuviese que en Alemania el recurso de inconstitucionalidad era ampliamente cuestionado (aunque solo citaba a Helmut Simon y su argumento de que era una extensión de las disputas parlamentarias) alguien de la relevancia de K. Stern afirmaba que «queda fuera de toda duda que el control de la función de creación del Derecho, sobre todo del Parlamento, a través de Tribunal Constitucional es un punto neurálgico y de moderación y equilibrio entre el primer y tercer poder» (Stern, 2009: 39). Además, y en cuanto al otro modelo del que nos habla Rubio, tampoco parece que el Tribunal Supremo de los EE. UU comparta la visión que nuestro autor tiene de él, pues hace años que insiste en que su misión no es corregir los errores de Tribunales inferiores, que han tenido al menos un nivel de revisión (Posner, 2011: 298). En definitiva: es verdad que los sistemas constitucionales han evolucionado a una mayor centralidad de los derechos, pero estas cuestiones se resuelven, sobre todo, por los jueces ordinarios, que son, también, jueces de la Constitución.

Nadie negará que, desde su primera sentencia (STC 1/1981) en la que, precisamente, se resuelve un amparo, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una magnífica jurisprudencia sobre el alcance e interpretación de los Derechos Fundamentales, especialmente necesaria en un país donde, tras cuarenta años de privación de libertades, los principales puestos en la judicatura y en la Administración seguían ocupados por personas formadas en la dictadura. Ahora bien, con el paso del tiempo y la consolidación de la Democracia en España, existiendo ya una rica jurisprudencia en materia de derechos conocida y seguida en general por todos los integrantes del Poder Judicial, comenzó a desvirtuarse la importancia cualitativa¹⁰⁹ de este recurso jurisdiccional, y la avalancha de demandas planteadas comenzó a consumir prácticamente todos los medios materiales y personales del Tribunal. Los retrasos, de hasta diez años¹¹⁰, provocaron, incluso, condenas a España por parte del TEDH¹¹¹.

Dado que la reforma del art. 50 LOTC operada por LO 6/1988 no dio los frutos esperados, la doctrina y el propio Tribunal Constitucional manejaron distintas opciones para paliar esta situación¹¹². Después de que la LO 7/1999 no adop-

109 La cuantitativa resulta difícil de negar. A pesar del alto grado de inadmisión de recursos, en el año 2019 (el último del que existen datos) de las 178 sentencias que dictó el Tribunal 117 eran amparos y en 90 se produjo una estimación total o parcial.

110 El Magistrado Emérito y Profesor Manuel Aragón señaló una media entre 3 y 5 años para los resueltos en Sala y de hasta 10 años para los resueltos en Pleno (Aragón, 2009: 13).

111 *Vid.*, SSTEDH Díaz Aparicio, de 11 de octubre de 2001 y Soto Sánchez, de 25 de noviembre de 2003.

112 Las medidas que se barajaron fueron: a) reformar el Tribunal Constitucional, aumentándolo en una Sala, con un consiguiente aumento del número de Magistrados, lo cual, aparte de requerir la reforma de la Constitución, podría dar lugar a diferencias de jurisprudencia entre ellas; b) reforzar el papel de la jurisdicción ordinaria en la defensa de los Derechos Fundamentales, estableciendo un procedimiento sumario y unificado, con lo que se perdería la función de unificación de doc-

tase ninguna de ellas, finalmente, la LO 6/2007 aborda la situación estableciendo una serie de medidas entre las que destaca la necesidad de que el demandante de amparo justifique la especial trascendencia constitucional de su recurso de amparo. Además, se habilitaron las Secciones para la resolución de determinado número de amparos. Se trata, en concreto, de aquellos asuntos de amparo que la Sala correspondiente les defiera cuando para su resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional (arts. 8.3 y 52 LOTC en la redacción otorgada por la LO 6/2007). También se ampliaron las facultades de los Tribunales ordinarios respecto de la protección de los Derechos Fundamentales con la nueva redacción del art. 241 LOPJ. Se optó, pues, por «objetivar» el amparo (Aragón, 2009: 19), apostando de esta forma por una concepción que había sido largamente debatida por la doctrina¹¹³.

A la hora de enjuiciar los resultados de esta medida, debe tenerse en cuenta que, efectivamente, el número de recursos que entraron en el Tribunal Constitucional ha ido descendiendo desde los 11741 (el número más alto de toda la historia del Tribunal) en 2006 que provocó la reforma a los 6977 en 2018 (lo que supone un repunte respecto del año anterior); pero aunque la tramitación sea más rápida sigue siendo un número similar al que tenía lugar en los primeros años de la década de los 2000, momento en que, como demuestran las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes citadas, el problema ya existía. No obstante, la principal razón por la que los resultados no pueden considerarse positivos no es tanto el tiempo de resolución de los recursos, ni tampoco el número de casos que llegan al Tribunal¹¹⁴ –que, sin duda, resultan excesivos–, sino el hecho de que la inadmisión de los recursos se debe muchas veces más a la falta de pericia técnica del abogado que plantea el recurso que a la falta de fundamento de la demanda.

trina por parte del Tribunal Constitucional. Dentro del mismo orden de propuestas, otras como las de creación de una Sala Constitucional en el Tribunal Supremo son más problemáticas; c) exclusión de algunos Derechos Fundamentales del recurso de amparo (especialmente el art. 24 que es en el que se fundamenta aproximadamente el 90% de los recursos) lo cual ha sido criticado por la doctrina por socavar la jerarquía del Tribunal Constitucional respecto de los jueces ordinarios (art. 5 LOPJ); d) la introducción de un procedimiento de *certiorari* tal como existe en Estados Unidos; e) limitar el amparo, bien subjetivamente (lo cual implicaría la reforma constitucional) u objetivamente, respecto únicamente de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia; e) establecer una especie de requisito de *certiorari* en la admisión del recurso, que debería ser acordada por la unanimidad de la Sección, y en caso de obtener sólo la mayoría, elevada a Sala (esta era la propuesta del propio TC) (*Vid.*, Espinosa 2010: 7-11).

113 A este respecto *vid.*, por todos, Díez Picazo, 1994: *passim*. Este artículo criticaba una ponencia de P. Cruz Villalón en un simposio de constitucionalistas celebrado en Sevilla en 1991, y recibió respuesta por parte de este en el siguiente número de la revista.

114 Sobre todo, lo segundo, y prueba de ello es que el número de peticiones de *certiorari* en los Estados Unidos se sitúa también –a pesar de las diferencias de tamaño entre España y este país– en torno a unas 7000, con el mismo porcentaje de éxito (2% de los recursos de amparo solicitados en España y 120 de esas 7000 solicitudes en los EEUU).

TABLA 1
CASOS ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DESDE 2000¹¹⁵ A 2019¹¹⁶

| AÑO | ASUNTOS | AP | RI | CI | CP | CN | CC | CAL | TV | TI | FO | OTROS |
|------|---------|-------|----|-----|----|----|----|-----|----|----|----|-------|
| 2000 | 6901 | 6762 | 35 | 85 | 16 | - | - | 3 | - | - | | |
| 2001 | 6934 | 6786 | 26 | 105 | 13 | 2 | | 2 | - | - | | |
| 2002 | 7456 | 7285 | 61 | 92 | 10 | | | 1 | | | | |
| 2003 | 7878 | 7721 | 36 | 96 | 22 | | | 2 | 1 | | | |
| 2004 | 7951 | 7814 | 45 | 70 | 17 | | | 4 | | 1 | | |
| 2005 | 9708 | 9476 | 16 | 206 | 8 | | | 2 | | | | |
| 2006 | 11741 | 11471 | 23 | 237 | 10 | | | | | | | |
| 2007 | 10013 | 9840 | 21 | 137 | 14 | | | 1 | | | | |
| 2008 | 10410 | 10279 | 24 | 93 | 14 | | | | | | | |
| 2009 | 10848 | 10792 | 7 | 35 | 13 | | | | | | | |
| 2010 | 9041 | 8947 | 32 | 50 | 6 | 1 | | 4 | | | | 1 |
| 2011 | 7192 | 7098 | 31 | 51 | 9 | | | 3 | | | | |
| 2012 | 7294 | 7205 | 38 | 42 | 8 | 1 | | | | | | |
| 2013 | 7573 | 7376 | 76 | 106 | 12 | | | 2 | 1 | | | |
| 2014 | 7878 | 7663 | 60 | 141 | 5 | 4 | | 2 | 4 | | | |
| 2015 | 7369 | 7203 | 42 | 113 | 5 | | | 2 | 1 | | 3 | |
| 2016 | 6774 | 6685 | 32 | 44 | 10 | | 1 | 1 | | | 1 | |
| 2017 | 6381 | 6286 | 47 | 33 | 3 | | 2 | | 4 | | 6 | |
| 2018 | 6977 | 6918 | 12 | 42 | | | | | 3 | | 2 | |
| 2019 | 7621 | 7554 | 27 | 33 | 5 | 1 | | | 1 | | | |

Fuente: Elaboración propia, a partir de las Memorias del Tribunal.

115 En 1980 únicamente entraron 218 recursos de amparo, pero en 1986 la cifra era ya de 1225 y en 1993, de 3875 (fuente: Rubio Llorente, 1998: 59).

116 Uso de abreviaturas: AP (recursos de amparo), RI (recurso de inconstitucionalidad), CI (cuestión de inconstitucionalidad), CP (conflicto positivo de competencia), CN (conflicto negativo de competencia), CC (conflictos entre órganos constitucionales), CAL (conflictos en defensa de la autonomía local), TV (impugnación de disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas prevista en el artículo 161.2 de la Constitución), TI (control previo de constitucionalidad de los Tratados), FO (cuestión prejudicial de validez sobre normas forales fiscales).

Estudios recientes han señalado que, junto con estos resultados relativamente decepcionantes, la reforma ha mermado la protección de derechos en nuestro país y que ello ha generado insatisfacción a los justiciables, planteándose las siguientes propuestas de mejora: a) limitar únicamente a las dictadas por Tribunales superiores las resoluciones judiciales susceptibles de ser recurridas en amparo; b) exigir rigurosamente que la invocación de vulneración de un derecho fundamental ante la jurisdicción ordinaria sea expresa, para propiciar un mayor nivel de exactitud por parte del juez en la respuesta que a dicha invocación haga en la sentencia; c) que los abogados presenten el embrión del posible recurso de amparo ante la jurisdicción ordinaria (Tenorio, 2018: 735 y ss.).

Cada vez más, tanto en España como Alemania, se plantea la posibilidad de adoptar un sistema discrecional de admisión de amparos (al estilo del *writ of certiorari* norteamericano)¹¹⁷. Una nueva reforma del amparo constitucional parece necesaria si se considera la enorme cantidad de asuntos que siguen entrando y el invariable porcentaje de inadmisiones (siguen estando en torno al 98%). Además, la reforma del 2007 provocó un nuevo problema que es, fundamentalmente, el que más insatisfacción provoca entre los justiciables y que requiere una rápida solución: la falta de claridad en los criterios de admisión. Un problema que genera una enorme inseguridad jurídica y persiste a pesar de que, consecuencia de la STEDH *Arribas Antón*, de 20 de enero de 2015, el TC viene especificando desde esa fecha, en los autos de admisión, los motivos por los que considera cumplido el requisito de especial trascendencia constitucional.

117 Totalmente contrario a esta propuesta es P. Häberle, quien entiende que el recurso de amparo convierte al Tribunal Constitucional en un «Tribunal ciudadano» y alaba la decisión de España de haberlo adoptado en su forma actual (*vid.*, Häberle, 2011: 153).

VI

JUSTICIA CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL

VI.1. Nuevas perspectivas en el Derecho Constitucional Internacional

En 1933 escribía B. Mirkin-Guetzévitch una obra, titulada *Derecho Constitucional Internacional*, que sentaba las bases para la complementariedad del ordenamiento jurídico internacional y el constitucional. Por Derecho Constitucional Internacional puede entenderse el fenómeno por el que las Constituciones de los Estados Democráticos constituyen la mejor garantía del Derecho Internacional y, en concreto, del Derecho Internacional humanitario. Así pues, el Derecho Constitucional Internacional estudia, nos dice F. Piovesan (2013: 86-87), la rama del Derecho en la cual se verifica la fusión entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional, dado que uno y otro persiguen la primacía de la persona humana.

Para B. Mirkin-Guetzévitch (2008: 120), la fuerza obligatoria de los Tratados Internacionales está en directa dependencia de la forma de gobierno de los Estados contratantes, precisamente porque las Constituciones de los Estados democráticos se internacionalizan a la vez que los Tratados Internacionales son receptores de las tradiciones constitucionales comunes. De ello se deriva que los Estados Democráticos son la mejor garantía del Derecho Internacional. Comprendido de este modo, lo correcto es hablar, tal y como hace nuestro autor, de unidad, y no de primacía del Derecho Constitucional sobre el Internacional o viceversa (*ibid.*: 471).

A diferencia de lo que erróneamente sostienen algunos autores, de este modo no se pone en cuestión la soberanía de los Estados, que de ningún modo renuncian a ella: manifestaciones como la contenida en el art. 11 de la Constitución italiana, relativas a la limitación de la soberanía, no deben entenderse en sentido técnico (Caese, 1975: 577 y ss.). Si en Italia, por tanto, el Derecho Internacional consuetudinario forma parte del Derecho interno, lo es, precisamente, en virtud de la voluntad constituyente expresada en este precepto, pero ello no hace sino demostrar que

depende de la fórmula constitucional que cada país adopte el valor que se otorgue a este Derecho Internacional cabiendo fórmulas diferentes como, por ejemplo, la contenida en el artículo 9 de la Constitución colombiana. Esta capacidad de los Estados de obligarse a sí mismos, autolimitando el campo de su actividad, es, como ya señaló G. Jellinek (2000: 487) en su momento, manifestación del carácter formal de la soberanía. En un sentido no demasiado técnico, se puede hablar de limitación de soberanía cuando, lo que en realidad se quiere decir, es limitación del ejercicio de competencias soberanas, o cesión de competencias derivadas de la soberanía, sobre todo, teniendo en cuenta que –como se ha dicho, una de las principales virtualidades del Derecho Internacional es tratar de garantizar la paz– tratando de evitar un mal uso de este principio de soberanía por parte de los Estados. Pero en un sentido técnico, no debe olvidarse, además: primero, que la capacidad de los Estados de obligarse en el plano internacional es, precisamente, la manifestación, en el plano externo, de su soberanía; segundo, que siempre es posible retirarse (esté o no previsto en los Tratados constitutivos) de una Organización Internacional¹¹⁸ o denunciar, de acuerdo con lo establecido en la Convención de Viena, un Tratado.

Los retos actuales del Derecho Constitucional Internacional tienen un carácter más eminentemente práctico: en lugar de buscar la fórmula más adecuada para la constitucionalización del Derecho Internacional, los problemas que enfrenta hoy el constitucionalismo en lo que respecta a su apertura internacional es, de un lado, como adaptarse a los fenómenos de integración (Herrero, 2020: 125) y, por otro, la efectiva garantía de los Derechos Humanos reconocidos en textos internacionales (control de convencionalidad).

VI.2. Hacia una integración de los sistemas de protección de derechos

Lo que acaba de indicarse se traduce en la necesaria construcción de un verdadero sistema integrado de protección de derechos que, en el caso europeo (la razón de que nos centremos en él aquí es que es el más desarrollado), armonice los subsistemas nacionales (y regionales, autonómicos o estatales según las denominaciones), de la Unión Europea, y del Consejo de Europa. Un sistema que puede definirse como: «el conjunto de reglas o principios que, recogidos en una serie de instrumentos normativos emanados de las organizaciones supranacionales cuyo cometido básico consiste en la defensa de la Democracia y los Derechos Humanos en el continente europeo, apuntan de manera cooperativa y coordinada

118 Esto es interesante remarcarlo, y muy a propósito de ese elemento del Derecho Constitucional Internacional, porque, aunque algunos internacionalistas hablaban, antes de que con el Tratado de Lisboa se regulase el procedimiento de salida de la Unión Europea, de la irreversibilidad de la integración, la mejor doctrina, tanto internacionalista como constitucionalista señalaba que este derecho ya existía (Mangas y Liñan, 2014: 64), y por tanto, el Tratado no creaba nada nuevo (López Basaguren, 2017: 115 y ss.). El Brexit no vino sino a confirmarlo.

a conseguir el respeto de la dignidad de la persona a través del establecimiento de unas condiciones de convivencia pacífica» (Jimena, 2006: 23). Este sería el paso necesario para la construcción de un sistema global en el cual, cada subsistema nacional o supranacional consagraría un sistema mínimo de protección susceptible de ser superado por otro más favorable (*Ibid.*: 33).

En virtud del principio de indivisibilidad de los derechos, que implica considerar, junto a los derechos civiles y políticos, los derechos sociales y los llamados de nueva generación, lo más correcto en el plano jurídico (en el político cabría incluir la OSCE) actualmente es comprender de manera integrada, dentro sistema europeo de derechos humanos, los sistemas constitucionales nacionales, el sistema de protección de derechos de la Unión Europea (recuérdese, a este respecto, que el cap. IV de la Carta recoge derechos sociales), y el conjunto de reglas de protección de derechos establecidas por el Consejo de Europa (incluyendo, por tanto, a la Carta Social europea).

Se trata de un sistema con vocación de integrarse, a su vez, en un sistema global. Cabe mencionar, al respecto, las cláusulas de apertura de las Constituciones y, asimismo: a) la mención al Derecho Internacional global de los Derechos Humanos, y en concreto, a la Carta de Naciones Unidas, que se hace en el art. 3.5 TUE; b) el primer párrafo del preámbulo del CEDH («Considerando la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948...»).

Evidentemente, para poderlo hacer así, es necesario que los textos referentes a derechos del Consejo de Europa y de la Unión Europea tengan un cierto carácter constitucional, entendido ahora como la posibilidad de producir cambios normativos en los Estados. Al fin y al cabo, ambas organizaciones se crean con el fin de preservar la paz en el continente. Para ello resulta imprescindible el papel de los Tribunales y, en concreto, que sean capaces de instaurar un diálogo eficaz.

VI.3. La posición de los Tratados en el ordenamiento jurídico

La posición de los Tratados depende de lo establecido en las Constituciones y, cuando se analiza desde la óptica del Derecho Constitucional Comparado, se aprecian notables diferencias.

Sería también la pluma del juez Marshall la que trataría por primera vez la problemática de la incorporación de los Tratados al Derecho interno. Lo hacía con estas palabras: «Los Tratados que se refieren a intereses privados forman parte del Derecho del país, y los Tribunales tienen que considerarlos mediante una ley ordinaria; si, por el contrario, implican a los Estados Unidos de América, entonces el Tratado no se dirige al departamento judicial, sino al cuerpo político, debiendo antes el Parlamento cumplir sus cláusulas». La prevalencia de estos dentro del ordenamiento

jurídico, en el plano teórico, fue defendida por B. Mirkine-Guetzevitch, para quien: «Si la Constitución reconoce al Derecho Internacional como parte integrante del Derecho nacional y si en ese país funciona la justicia constitucional, el conflicto entre la ley y el Tratado no puede tener más que una solución: la primacía del Tratado» (Mirkine-Guetzevitch, 2008: 289).

La Constitución de los Estados Unidos, en su artículo VI, fue la primera en reconocer como Derecho interno a los Tratados Internacionales, así como también lo hacían otras Constituciones americanas de la época. La primera Constitución en Europa en reconocer la validez interna de los Tratados Internacionales fue la Constitución de Weimar de 1919 (art. 4) seguida de la Constitución española de 1931 (art. 7).

Actualmente, prácticamente todas las Constituciones incorporan los Tratados Internacionales al Derecho interno, difiriendo su rango de lo que dispongan los preceptos que regulan la materia. En México, el art. 133 de su Norma Fundamental venía entendiendo hasta 2008, en que la Corte corrigió su jurisprudencia, que los Tratados tenían un rango inferior a las leyes. Hoy se considera, al igual que, por ejemplo, en Francia y en España, que tienen un rango superior a las leyes. En Alemania, los Tratados tienen rango legal, sin embargo, en otros países, como en Austria, los Tratados Internacionales tienen el valor de enmiendas constitucionales (art. 50.3) y en otros, incluso, como Holanda, siempre que sean aprobados por mayoría de 2/3 de las cámaras, los Tratados adquieren un rango superior al de la Constitución (art. 91.3).

VI.4. El Derecho Internacional Humanitario como parámetro y el control de convencionalidad

Acaba de abordarse el tema de los Tratados Internacionales en general, pero no es extraño que los Tratados Internacionales relativos a Derechos Humanos tengan un rango superior al resto de los Tratados.

Desde luego es así tanto en España como, por ejemplo, en Colombia, aunque con soluciones diferenciadas: en Colombia, como regla general, los Tratados Internacionales tienen –a diferencia de en España, donde su rango es superior a las leyes (art. 96 CE y 31 Ley 25/201– rango legal, aunque, en virtud de lo dispuesto en el art. 93, los relativos a Derechos Humanos prevalecen en el orden interno. Además, este precepto, en términos similares a lo que dispone el art. 10.2 CE, obliga a interpretar los derechos constitucionales en virtud de lo dispuesto en los Tratados de Derechos Humanos.

En otros países, como Brasil, la enmienda constitucional 45/2004 añadió un párrafo al artículo 5º, por el cual los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos que han sido aprobados, en cada Cámara, en dos turnos, por mayoría de 3/5, tienen valor y fuerza de Constitución, mientras todos los demás se sitúan en un plano superior a la ley e inferior a la Constitución. Según la mejor doctrina (Piovesan, Mazzuoli, etc.) aquellos que no han sido aprobados por el proce-

dimiento del artículo 5.3 de la Constitución serían materialmente (pero no formalmente) Constitución. Esta solución ha sido muy criticada por un relevante sector de la doctrina (Konder, 2013: 75) que esperaban que todo el Derecho Internacional Humanitario se situase por encima del Derecho interno. Argentina, por su parte, en el art. 75.22 de su Norma Fundamental, distingue tres tipos de rango normativo de los Tratados: a) los Tratados, con carácter general, tienen rango suprallegal; b) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos; c) Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Cuestión distinta a la que se acaba de tratar es la de si estos sirven como parámetro de constitucionalidad de las leyes. Para Kelsen resultaba ser una cuestión natural ya que, en su opinión, «contra la anulación de las leyes ordinarias –o de los actos equivalentes o subordinados a estas leyes– contrarios a los Tratados no es posible esgrimir serias objeciones» (Kelsen, 1981: 186), y la razón es que cuando la Constitución reconoce al Derecho Internacional como parte del ordenamiento jurídico interno (independientemente –dirá el fundador de la Escuela de Viena– de si le atribuye a los acuerdos internacionales naturaleza de ley constitucional o no) una ley contraria a un Tratado es, por consiguiente –al menos indirectamente– inconstitucional. En la práctica, esto es así en Colombia, donde, según estableció la Corte Constitucional en la sentencia C225/95, los Tratados de Derechos Humanos forman parte del bloque de constitucionalidad. Igualmente utilizan los Tratados como parámetro de constitucionalidad la Corte argentina en Sudamérica y, en Europa, los Tribunales Constitucionales de Austria y Bélgica (Nogueira, 2006: 262 y ss.). En España, por el contrario, el TC ha establecido que, aunque los Tratados constituyen una fuente interpretativa, ello no los convierte en canon autónomo de constitucionalidad (SSTC 64/1991, 373/1993 y 41/2002).

Pero, independientemente de que los Tratados sirvan, o no, como canon de constitucionalidad de las leyes, cada vez más se impone, a uno y otro lado del océano, la realización del control de convencionalidad.

Como es bien sabido, este concepto de control de convencionalidad surgió en el ámbito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La expresión aparece por primera vez en el voto concurrente del Juez García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (2003), y lo adopta la Corte en la bien conocida *Sentencia Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, de 2006, confirmando una evolución jurisprudencial por parte de la Corte consistente en confrontar la Convención con la normativa nacional¹¹⁹.

La evolución reciente de este control de convencionalidad consiste en el paso de un control puramente «represivo» a uno «constructivo» (Sagüés, 2014: 24), que obliga a adaptar, tanto por parte del poder judicial como por parte del legislativo, toda normativa nacional a las disposiciones de la Corte¹²⁰.

La experiencia del continente Latinoamericano muestra que el control de convencionalidad, lejos de debilitar, refuerza la jurisdicción constitucional, pues al igual que ocurre en el plano normativo del Derecho Constitucional Internacional, se produce en el ámbito jurisdiccional de esta disciplina un «diálogo bidireccional» (Ayala, 2013: 160 y ss.) en el que, del mismo modo que los Altos Tribunales y Cortes Constitucionales nacionales recogen la jurisprudencia de la CIDH, esta también utiliza y cita la jurisprudencia de aquellos¹²¹.

En el continente europeo, por su parte, el TEDH no ha derivado del art. 1 del CEDH una obligación similar para los jueces nacionales de colaborar con él en la vigilancia de los Tratados, tendiéndose a un control concentrado de convencionalidad a través de las «sentencias piloto» (Queralt, 2018: 399) y el protocolo n.º 16 anexo a dicho Convenio (en vigor desde el 1 de agosto de 2018), que permite a los Altos Tribunales de los Estados parte del Consejo de Europa formular opiniones consultivas, que no obstante no ha sido firmado ni ratificado por España ni parece que lo vaya a ser en un futuro próximo.

Dado que esta obligación deriva, en todo caso, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y de las propias Constituciones, más que un inconveniente podría constituir una oportunidad, para este continente, de implementarlo sin los problemas para algunas tradiciones constitucionales que se han apreciado al otro lado del océano.

119 En los casos *Loayza Tamayo versus Perú* (1997) o *Suárez Rosero versus Ecuador* (1997) la Corte había considerado ciertas normativas internas como contrarias a la Convención, pero sin indicar claramente que deban ser anuladas. En los casos de «La última tentación de Cristo» (*Olmedo y Bustos contra Chile* (2001)) y *Barrios Altos versus Perú* (2001) reconocía ya que las normas internas que evitan la aplicación de la Convención no podían constituir un obstáculo a la eficacia del Tratado.

120 En *Radilla Pacheco versus México* la Corte indica que «es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal» (§340). Tesis que se repite en *Cabrera García y Montiel Flores versus México*.

121 *Vid.*, a modo de ejemplo, *Chocron Chocron versus Venezuela* de 1 de julio de 2011, o *Gelman versus Uruguay*, de 24 de febrero de 2011.

VI.5. Tutela multinivel de derechos

Siendo ello así, no obstante, probablemente el mayor reto en Europa para un Derecho Constitucional abierto al Derecho Internacional sería conciliar el control de constitucionalidad, el de convencionalidad, y la primacía del Derecho de la Unión Europea.

Se trata, en definitiva, de orquestar un modelo de tutela multinivel de derechos. Con esta expresión, se hace referencia a la expansión de la protección de derechos al ámbito regional e internacional. El presupuesto es la proliferación, con distintos grados de eficacia, de catálogos de derechos a nivel sub y supranacional. En un país como, por ejemplo, México, los ciudadanos gozan de los derechos que les otorgan sus constituciones estatales (regulando algunas de ellas como Veracruz y Tlaxcala amparos locales), la Constitución Federal y la Convención Interamericana, a los que aún habría que añadir los Tratados en el ámbito de Naciones Unidas. En España el número de niveles en los que encontramos declaraciones de derechos aumenta a cinco: los de algunos estatutos de autonomía, la Constitución de 1978, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio de Roma y Naciones Unidas.

De conseguirlo, con cierta lógica interna y coherencia sistémica, puede servir de inspiración al continente latinoamericano pues, si bien es cierto que el marco teórico de la tutela multinivel de derechos no es otro que el constitucionalismo multinivel, con el que se alude al establecimiento de un poder público supranacional (en concreto en la Unión Europea) basado en las Constituciones nacionales por cuanto que, aunque de base convencional, orientado al ciudadano (Pernice, 2012: 641 y ss.), el hecho de que también en otros ámbitos geográficos (especialmente en Latinoamérica) se comience a utilizar esta expresión demuestra existe tutela multinivel de derechos incluso en ausencia de constitucionalismo multinivel, cuyos presupuestos (que pueden reducirse a la idea de «constitución parcial» en la Unión Europea y en los Estados), además, tampoco son unánimemente aceptados en el continente europeo.

Para poder llevar a cabo una tutela multinivel de derechos, el juez ordinario debe tener claras las pautas de actuación distinguiendo si estamos ante un supuesto o no de aplicación del Derecho de la Unión Europea (Fondevila, 2017: 356).

El juez debe, en primer lugar, llevar a cabo el control de convencionalidad, pues si la norma es contraria a los Tratados internacionales no puede ser aplicada. Si nos encontramos frente a un juicio de Derechos Humanos hay un matiz importante en el caso de que estemos ante un supuesto de aplicación del Derecho de la Unión Europea: según la jurisprudencia del TEDH establecida en el ya mencionado caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi contra Irlanda*, de 30 de junio de 2005 el Derecho de la Unión Europea se presume conforme al CEDH. Esto condiciona este primer examen realizado por el juez, pero no se debe olvidar que se trata de una presunción *iuris tantum*. En el caso de los demás Tratados

Internacionales se impone la primacía del Derecho de la Unión Europea (con la posibilidad o en su caso –y de acuerdo con el art. 267 TFUE– obligación de plantear al TJUE la cuestión prejudicial), al que bien ya de un modo implícito como Constitución española (art. 93 CE) o la italiana, ya explícitamente mediante una cláusula específica de integración (Letonia, Eslovaquia, Francia, Portugal, Hungría, Alemania Suecia) las Constituciones de los Estados Miembros reservan un papel más relevante que el del Derecho Internacional general, por lo que se vería desplazado en su aplicación.

Una vez realizado este examen, todavía le queda al juez llevar a cabo el control de constitucionalidad, que en el caso de España se traduce en aplicar la norma conforme, en su caso, a los Tratados (juicio positivo de constitucionalidad) o en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (si el juicio sobre la constitucionalidad de la norma es negativo). Debe hacerse en este orden para poder complementar control de convencionalidad y de constitucionalidad, en el sentido de poder interpretar la Constitución de acuerdo a la norma internacional, cuando ello sea posible. En caso de encontrarnos ante un supuesto de aplicación del Derecho de la Unión Europea la última jurisprudencia al respecto del TJUE (*Aziz Melki*, asunto C-188/10), permite al juez nacional plantear la cuestión prejudicial y ejercer las demás facultades que le asisten como juez de la Unión Europea (inaplicar la norma nacional contraria al Derecho de la UE o adoptar medidas cautelares) tanto antes, al tiempo, o después de haberse remitido la cuestión de inconstitucionalidad. Ello es algo que corresponde regular al Derecho Procesal Constitucional interno. En el caso de España, el Tribunal Constitucional –en el ATC 168/2016– ha indicado que no cabe el planteamiento simultáneo de ambos incidentes, y que los arts. 163 CE y 35 LOTC exigen el planteamiento previo de la cuestión prejudicial, de cara a establecer claramente que la norma de cuya compatibilidad con la Constitución se duda, resulta de aplicación por ser compatible con el Derecho de la Unión.

Además, téngase en cuenta que –al menos en el ámbito europeo (la CIDH ha sido mucho menos sensible a estas cuestiones, negando también la posibilidad de reconocer un margen de apreciación nacional)–, y tal y como se ha indicado *supra*, siempre cabrá la posibilidad de que los Tribunales con facultades constitucionales establezcan contra-límites¹²². Esto demuestra que los Tribunales Constitucionales

122 Esta doctrina fue asentada por la Corte Constitucional italiana en la SCC 232/1989, afirmando que la ejecución de los Tratados puede quedar sometida a su control respecto de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y a los derechos inalienables de la persona humana. En este caso, la Corte se ocupaba del Tratado de Roma de 1957, pero esta ha, efectivamente, dejado en algunas ocasiones sin efecto reglas de Tratados internacionales por contravenir disposiciones constitucionales (SSCC 54/1979, 132/1985 y 128/1987), pero quizás lo más interesante es como esta teoría de los contra-límites se ha aplicado en el caso *Taricco*. Los hechos son, en síntesis, los siguientes: a) en su STJUE de 8 de septiembre de 2015, respondiendo a la cuestión prejudicial de un juez italiano sobre la compatibilidad de la normativa en materia de prescripción (que establece que la interrupción de esta no puede prolongarse de manera que aumente en más de un cuarto el tiempo para que esta se produzca, lo que puede provocar cierta

no están, respecto del Tribunal de Justicia, y a diferencia de los jueces ordinarios, en una posición de subordinación, porque también difiere su sujeción al Derecho de la Unión Europea. Por un lado, los Tribunales Constitucionales son jueces de la Unión Europea, y sus resoluciones han de ser respetuosas con la normativa europea que, como es sabido, goza de primacía frente al Derecho nacional. Por este motivo, también, están sujetos al art. 267 TFUE, son órganos habilitados para realizar el reenvío al Tribunal de Justicia¹²³, y de hecho están obligados a hacerlo cuando, para la resolución de un caso de su competencia, sea determinante la correcta interpretación de una normativa de la Unión Europea. Pero, por otro lado, tal y como se acaba de ver, los jueces constitucionales no están totalmente vinculados al Derecho de la Unión Europea pudiendo, aunque de manera excepcional, limitar algunas consecuencias derivadas de la integración que puedan poner en peligro el ordenamiento constitucional.

impunidad) con el artículo 325 TFUE (el cual establece que los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros), el Tribunal sentenció que si se constatará que la legislación nacional sobre la prescripción trajera como resultado que no se inflijan sanciones efectivas y disuasorias en «un número considerable de casos de fraudes graves que afectan a los intereses financieros de la Unión Europea», el juez nacional debería dar cumplimiento al art. 325 TFUE, soslayando, cuando fuere necesario, las disposiciones nacionales que tuvieran el mencionado efecto; b) los jueces italianos aplicaron esta doctrina de diferente manera, y se plantearon dos cuestiones de inconstitucionalidad ante la Corte, la cual, mediante ACC 24/2017 decidió plantear una cuestión prejudicial preguntando si el art. 325 TFUE y la STJUE de 8 de septiembre de 2015 permiten al juez penal italiano inaplicar, sin base legal sólida, las normas de prescripción contempladas en el ordenamiento jurídico italiano, cuando estas normas son parte del Derecho Penal sustancial y responden al principio de legalidad, e incluso cuando tal omisión pueda contradecir principios supremos del orden constitucional del Estado y derechos inalienables reconocidos por la Constitución; c) Aunque también esta resolución fue criticada, finalmente, el TJUE, en Sentencia de 5 de diciembre de 2017, matizó que la inaplicación a la que se refería en su anterior Resolución, no procede cuando ello implique una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción. Con ello, la CC italiana cerró el caso mediante SCC 115/2018, de 10 de abril.

123 *Vid.*, la STJUE de 30 de junio de 1966, Vaassen-Göbbels, 61/65, Rec. p. 395, así como las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas en los asuntos De Coster y Alpe Adria, de 28 de junio de 2001, C- 17/00, y de 25 de junio de 2010, C-205/08, respectivamente.

CONCLUSIONES

La limitación o control del poder ha sido una aspiración de todas las Comunidades Políticas desde la antigüedad. Por eso es posible encontrar instituciones históricas (la Heliea que conocía de los *graphé paranomon*, los Tribunales de la Plebe, el Justicia Mayor de Aragón) que pueden considerarse antecedentes remotos de la justicia constitucional. Pero, al margen del *Bonham's Case*, de 1610, en el que el Juez Coke defendió que toda Ley del Parlamento debía ajustarse al *Common Law*, la justicia constitucional, en sentido estricto, nace —como es bien sabido— con la célebre sentencia *Marbury vs. Madison* de 1803 en los Estados Unidos, expandiéndose por el continente americano entre finales del siglo XIX y principios del XX, y haciendo, finalmente, su aparición en Europa con la creación del Tribunal Constitucional checo en 1920. Aunque entre la doctrina, incluso especializada, sigue siendo habitual referirse a los modelos «concentrado» y «difuso» esta distinción no soporta hoy un análisis comparado y por ello resulta mejor sustituirla por una clasificación o clasificaciones de acuerdo con base en ciertos elementos determinantes. Revisando la clasificación de Pegoraro y Rinella, en este trabajo se ha propuesto clasificar los órganos de justicia constitucional de acuerdo a los siguientes criterios: 1) estructura; 2) método de renovación; 3) mandato; 4) modalidades de acceso; 5) parámetro; 6) objeto de control; 7) extensión; 8) sistema de votación; 9) efectos; 10) ejecución.

Dado que el control judicial de constitucional pasó, por su escaso uso, prácticamente desapercibido en los Estados Unidos durante el siglo XIX, las primeras críticas a esta institución, por los posibles choques con el legislador democrático, comenzaron, en Estados Unidos, en la segunda década del siglo pasado, y a finales del primer tercio de siglo en Europa, con la diferencia de que mientras allí traían causa de ciertas posturas conservadoras por parte del Tribunal Supremo (Haines, Boudin, Clark), en Europa tenían un carácter marcadamente más teórico, y procedían de posiciones ideológicas autoritarias (Schmitt, Fortshoff). Pero es con la universalización del tipo jurisdiccional y la espectacular expansión de las funciones de la justicia constitucional a partir de la II Guerra Mundial y, sobre todo, de los años 70, cuando han aumentado las críticas a esta institución. Algunas, como, por ejemplo, la de Ely en los años 80, son más bien relativas a su alcance, pero otras, especialmente de la Waldron, son una especie de enmienda a la totalidad. Sus críticas, que han influenciado a varios filósofos de la política y el Derecho e, incluso, a algún joven constitucionalista, no hubiesen tenido tanto eco si no se

hubiese producido, por parte de los constitucionalistas teóricos, un notable abandono del estudio de los fundamentos teóricos de la justicia constitucional. A base de ignorarlos o –en el mejor de los casos– darlos por supuestos, se ha terminado olvidando por parte de muchos estudiosos de las Ciencias Jurídicas que la Justicia Constitucional es la perfección del Estado de Derecho, entendido como la limitación y racionalización del ejercicio del Poder Público, sin el cual no tiene sentido alguno hablar de división de poderes. Solo así cabe entender que décadas después de los escritos de Mirkine-Guetzevitch y Friedrich sobre el Derecho Constitucional y la Democracia respectivamente, algunos pretendan hacernos regresar a concepciones simplistas y legalistas de Democracia mayoritaria.

Porque es solo una verdad a medias, y por tanto una mentira, que haya países con un razonable Estado de Derecho donde los jueces no controlen la acción del legislador. En países como Holanda, el control de constitucionalidad no existe, pero los jueces impiden violaciones de derechos por parte del legislador mediante el control de convencionalidad. En los sistemas del *Common Law*, los jueces interpretan las leyes conforme a este, y aunque un *statute* pueda dejar sin efecto una regla del *Common Law*, en Gran Bretaña (donde se lleva tiempo debatiendo la instauración de una verdadera justicia constitucional) los jueces han podido inaplicar, antes del *Brexit*, leyes contrarias al Derecho de la Unión, y pueden, en virtud de la *Human Rights Act* (sec. 4), declarar su incompatibilidad con el CEDH. Es, por tanto, mucho más realista, asumir el papel fundamental de los jueces en Democracia que apelar de manera populista a la voluntad de los legisladores.

Frente a los defensores de un constitucionalismo débil (Gargarella, Bayón) que creen que el nivel democrático mejorará si los jueces se limitan a reenviar al Parlamento leyes con algún vicio de inconstitucionalidad, en estas páginas se defiende que es con un control fuerte, es decir, ejerciendo los jueces un poder real, de bloqueo, como se defienden mejor los derechos de las minorías. Además, la práctica demuestra la percepción teórica de que los Tribunales Constitucionales son la mejor garantía de unidad y coherencia de los sistemas federales.

El positivismo jurídico ha sido el paradigma jurídico dominante durante todo el siglo XX, comenzando a perder influencia en Europa (excepto en algunos países como España) tan solo en las últimas décadas. Sus tesis han favorecido una visión formalista y estática de la Constitución, que ha ocultado la realidad de una «Constitución viviente» en permanente actualización y adaptación a los tiempos no siempre a través de los mecanismos establecidos de reforma. En este contexto, y desde una comprensión moderna del principio de separación de poderes, un jurista que no dé la espalda a la realidad política y social aceptará de forma natural que el Pueblo soberano ejerce su soberanía a través de todos los poderes constituidos, incluidos los Tribunales Constitucionales, que son y han de seguir siendo los supremos intérpretes de la Constitución capaces, cuando sea el caso, de identificar nuevos acuerdos en la comprensión de la Norma Fundamental.

Nuestro Tribunal Constitucional tiene algunos importantes retos pendientes (todavía sigue acumulando importantes retrasos, sus magistrados cometen imprudencias a la hora de exponer sus desacuerdos en votos particulares, hay incongruencias en los criterios de admisión de amparos etc.) pero ninguno tan relevante como la necesidad de conseguir integrarse en un sistema europeo (multinivel) de protección de derechos, para lo que deberá mejorar su predisposición al diálogo judicial. Sobre todo, porque es dentro de este marco moderno donde únicamente puede reencontrar su sitio de garante último de los derechos, tras la objetivación del amparo llevada a cabo por la LO 6/2007 y el fortalecimiento del papel de los jueces ordinarios en el sistema europeo de protección de derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B.** (2011). *La Constitución viviente*. Madrid: Marcial Pons.
- ACKERMAN, B.** (2015). *We the people I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Quito: IAEN.
- AHUMADA RUIZ, M.** (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa*. Navarra: Aranzadi.
- ALEGRE MARTÍNEZ, M-A.** (2017). «Vigilando al vigilante. El Tribunal Constitucional y sus circunstancias». *Revista jurídica de la Universidad de León*, 4, 135-164.
- Álvarez CONDE, E.** (2018). «La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional. ¿Un cambio de modelo de justicia constitucional?». *Revista de Derecho Político*, 101, 661-701.
- Álvarez CONDE, E; TUR AUSINA, R.** (2019). *Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Álvarez CONDE, E; TUR AUSINA, R.** (2011). «El Estatuto de Cataluña a través de los votos particulares a la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio». *Teoría y Realidad Constitucional*, 27, 315-343.
- ALEXY, R.** (2006). «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático». En Carbonell, M. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- ALEXY, R.** (2009). «Los principales elementos de mi filosofía del Derecho». *Doxa*, 32, 67-84.
- ALEXY, R.** (2013). *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, 3ª ed. México: Fontamara.
- ALEMIDA CERREDA, M.** (2016). «El “nuevo” sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español». *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, 1, 163-169.
- ALONSO GARCÍA, E.** (1984). *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- ARAGÓN REYES, M.** (2019). «El futuro de la justicia constitucional». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23-1, 11-41.
- AYALA CORAO, C.** (2013). *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. Mexico: Porrúa.
- BAAMONDE GÓMEZ, L.** (2019). *La magistratura constitucional en España e Italia*. Madrid: CEPC.
- BACHOF, O.** (2019). *Jueces y Constitución. Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre Derecho y Política*. Santiago de Chile: Olejnik.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.** (2008). «El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la STC 236/2007, de 7 de noviembre». *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 10.
- BARAK, A.** (2006). *The judge in a democracy*. Princeton University Press.
- BASABE-SERRANO, S; VALDIVIESO KASTNER, P.** (2014). «¿Cómo votan los jueces?: Un modelo integral de elección judicial aplicado a la Corte Suprema del Ecuador». *Revista de Estudios Políticos*, 164, 183-209.
- BAYON, J-C.** (2000). «Derechos, democracia y constitución». *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, 1, 65-94.
- BICKEL, A-M.** (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- BIGLINO CAMPOS, P.** (2018). «Nota a la opinión de la Comisión Venecia sobre los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional». En AAVV. *La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPC.
- BOCANEGRA SIERRA, R.** (1982). *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- CAESE, A.** (1975). «Art. 11». En Branca, G (ed). *Principi fondamentali. Arts. 1-12*. Bologna: Zanichelli.
- CÁMARA VILLAR, G.** (1993). *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- CANOSA USERA, R.** (1988). *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: CEPC.
- CAPPELLETTI, M.** (1955). *La jurisdicción constitucional de la libertad, con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austríaco*. Lima: Palestra.

- CARPISO, J.** (2009). «El Tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional». *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, 125, 735-794.
- CASCAJO CASTRO, J-L.** (1986). «La figura del voto particular en la justicia constitucional española». *Revista española de Derecho Constitucional*, 17, 171-188.
- CONSTANT, B.** (2010). *Principios de política aplicables a todos los gobiernos*. Buenos Aires: Katz.
- CRUZ VILLALÓN, P.** (1982). «Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)». *Revista española de Derecho Constitucional*, 2-5, 119-145.
- DA SILVA MOREIRA, P.** (2019) *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional*. Madrid: CEPC.
- DAU-LIN-H.** (1998). *La mutación constitucional*. Oñati: IVAP.
- DE LORA DELTORIO, P.** (1998). *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*. Madrid: CEPC.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J. y TAJADURA TEJADA, J.** (2018). *Kelsen versus Schmitt. Política y Derecho en la crisis del constitucionalismo*. Madrid: Guillermo Escobar Editor.
- DE VEGA GARCÍA, P.** (2004). *Escritos político-constitucionales*. México: IIJ-UNAM.
- DE VEGA GARCÍA, P.** (1992). «La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la Dritwirkung der Grundrechte». *PUCP*, 46, 357-375.
- DE VEGA GARCÍA, P.** (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- DE VEGA GARCÍA, P.** (1998). «Mundialización y derecho constitucional la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual». *Revista de Estudios Políticos*, 100, 13-56.
- DE VEGA GARCÍA, P.** (2017). *Obras escogidas*. Madrid: CEPC.
- DELGADO RAMOS, D.** (2017). «Obergefell contra Hodges: la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo». *Revista de Derecho Político*, 99, 325-356.
- DÍAZ REVORIO, F-J.** (2009). *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*. México: Porrúa.
- DÍEZ PICAZO, L-M^a.** (1994). «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo». *Revista española de Derecho Constitucional*, 40, 9-37.

- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.** (2010). «Tribunal Constitucional y Poder Judicial en defensa de los Derechos Fundamentales». En AAVV. *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPC, 11-27.
- DICEY, A-V.** (2019). *El Derecho de la Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DURANTI, F.** (2009). *Gli ordinamenti costituzionali nordici. Profili di diritto pubblico comparato*. Torino: Giappichelli.
- DUVERGER, M.** (1974). *La monarquía republicana*. Barcelona: Dopesa.
- DWORKIN, R.** (2007). *La justicia con toga*. Madrid: Marcial Pons.
- DWORKIN, R.** (2012). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- ELY, J-H.** (1997). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- ESPINOSA DÍAZ, A.** (2010). «El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma». *Indret*, 2.
- ESTEVE PARDO, J.** (2020). *Hay jueces en Berlín. Un cuento sobre el control judicial del poder*. Madrid: Marcial Pons.
- ESTRADA MARÍN, J-A.** (2014). *La designación de los magistrados del Tribunal Constitucional en España. Una perspectiva orgánica y empírica*. Madrid: Tesis doctoral de la Universidad Carlos III.
- FAIRÉN GUILLÉN, V.** (1971). *Antecedentes aragoneses del juicio de amparo*. México: UNAM.
- FALLER, H-J.** (1979). «Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania». *Revista de estudios políticos*, 7, 47-68.
- FERRERES COMELLA, V.** (2011). «El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática». En AAVV. *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI jornadas de la asociación de letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPC.
- FERRERES COMELLA, V.** (2012). *Justicia Constitucional y Democracia*. Premio «Francisco Tomás y Valiente» 1996, 2ª ed. Madrid: CEPC.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.** (2018). «Las nuevas facultades del Tribunal Constitucional para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones». En AAVV. *La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPC.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.** (2014). «La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional». En Bagni, S. (coord.) *Justicia Constitucional Comparada*. México: Porrúa, 61-183.

- FERNÁNDEZ SEGADO, F.** (2013). *La evolución de la justicia constitucional*. Madrid: Dykinson.
- FICHTE, J-G.** (1994). *Fundamento del Derecho Natural según los principios de la doctrina de la ciencia*. Madrid: CEPC.
- FIX-ZAMUDIO, H.** (1999). «Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del Derecho Procesal Constitucional». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 3, 89-120.
- FIX-ZAMUDIO, H.** (1984). «Derecho, Constitución y Democracia». *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, 50, 481-514.
- FIX-ZAMUDIO, H.** (1979). «El Derecho de amparo en México y en España: su influencia recíproca». *Revista de Estudios Políticos*, 7, 227-268.
- FONDEVILA MARÓN, M.** (2017). «Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos». *Estudios de Deusto*, 65-1, 347-360.
- FONDEVILA MARÓN, M.** (2014b). «Derecho a decidir y soberanía. A propósito de la STC 42/2014, de 25 de marzo». *Teoría y Realidad Constitucional*, 34, 587-606.
- FONDEVILA MARÓN, M.** (2019). «El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles: a propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23-2, 439-458.
- FONDEVILA MARÓN, M.** (2014a). *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea*. Madrid: Reus.
- FONDEVILA MARÓN, M.** (2016). *La reforma constitucional en España. Un ensayo de Derecho Constitucional como ciencia teórico-práctica*. Santiago de Compostela: Andavira.
- FONDEVILA MARÓN, M.** (2018). *Los procesos de descentralización política y su relación con los procesos de integración*. México: VLEX.
- FONDEVILA MARÓN, M.** (2015). «Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional en Latinoamérica». *Revista Peruana de Derecho Público*, 30, 123-140.
- FRIEDMAN, B.** (2005). «Constitucionalismo popular mediado». *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 6-1, 123-160.
- FRIEDMAN, B.** (2009). *The Will of the People. How public opinion has influenced the supreme court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux.
- FRIEDRICH, C-J.** (1966). *La Democracia como forma política y como forma de vida*. Madrid: Tecnos.

- GARCÍA BELAÚNDE, D.** (2020). *Cómo estudiar Derecho Constitucional*. Lima: Asociación Peruana de Derecho Constitucional.
- GARCÍA BELAÚNDE, D.** (2017b). *Ensayos de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*. Santiago de Chile: Olejnik.
- GARCÍA BELAÚNDE, D.** (2017a). «Kelsen en París. Un debate en torno al «modelo concentrado»». En **KELSEN, H.** *Sobre la jurisdicción constitucional*. Lima: Universidad Garcilaso de la Vega, 223-246.
- GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P.** (2012). «La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 de la Constitución (Especial consideración de la inadmisión de enmiendas. Los límites al derecho de enmienda en la reforma constitucional)». *Teoría y Realidad Constitucional*, 29, 165-198.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.** (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed. Madrid: Thompson-Reuters.
- GARCÍA PELAYO, M.** (2009). *Obras Completas*. Madrid: CEPC.
- GARGARELLA, R.** (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Madrid: Ariel.
- GELDART, W.** (1995). *Introduction to English Law*. Oxford University Press.
- GOMES CANOTILHO, J-J.** (2003). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E.** «El artículo 155 CE y la LO 15/2015, de 17 de octubre de reforma de la LOTC: ¿ineludible reciprocidad o círculo perverso?». *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, 529-557.
- GUATINI, R.** (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta.
- HÄBERLE, P.** (2011). «La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Derecho Constitucional». En **HESSE, K; HÄBERLE, P.** *Estudios sobre la jurisdicción constitucional con especial referencia al Tribunal Constitucional Alemán*. México, Porrúa, 125-156.
- HAMILTON, A.; MADISON, J. y JAY, J.** (1943). *El Federalista*. México: FCE.
- HART, H-L-A.** (2012). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo.
- HERNÁNDEZ RAMOS, M.** (2009). *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*. Madrid: Reus.
- HERNÁNDEZ RAMOS, M.** (2016). «Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho. A/S, 4-1, 252-255».

- HESSE, K.** (2012). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M.** (2020). *XXI Ensayos de Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: CEPC.
- JELLINEK, G.** (2018). *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: CEPC.
- JELLINEK, G.** (2000). *Teoría General del Estado*. Granada: Comares.
- JELLINEK, G.** (2013). *Una Corte Costituzionale per l'Austria*. Torino: Giappichelli.
- JERUSALEM, F-W.** (1930). *Die Staatsgerichtsbarkeit*. Tübingen: JCB Mohr.
- JIMÉNEZ CAMPO, J.** (1998). «El control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español». En **RUBIO LLORENTE, F. JIMÉNEZ CAMPO, J.** *Estudios sobre la jurisdicción Constitucional*. Madrid: McGraw Hill, 63-90.
- JIMENA QUESADA, L.** (2013). *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*. Navarra: Aranzadi.
- JIMENA QUESADA, L.** (2006). *Sistema europeo de Derechos Fundamentales*. Madrid: Colex.
- KÄGI, W.** (2005). *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*. Madrid: Dykinson.
- KELSEN, H.** (2002). *Esencia y valor de la democracia*. Granada: Comares.
- KELSEN, H.** (2011). «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, 249-300.
- KONDER COMPARATO, F.** (2013). *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva.
- LA PERGOLA, A.** (1978). «Le garanzie giurisdizionali della Costituzione». En AAVV. *La Costituzione Spagnola nel trentennale della Costituzione Italiana*. Bologna: Arnaldo Forai Editore, 31-48.
- LAMBERT, E.** (2010). *El gobierno de los jueces*. Madrid: Tecnos.
- LANDA, C.** (1999). *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. San Miguel: Pontificia Universidad Católica de Perú.
- LEIBHOLZ** (2019). *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Santiago de Chile: Olejnik.
- LIJPHART, A.** (2012). *Modelos de democracia formas de gobierno y resultados en 36 países*. Barcelona: Ariel.

- LOEWENSTEIN, K.** (2018). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- LÓPEZ BASAGUREN, A.** (2017). «Brexit: la secesión de la Unión Europea entre teoría y realidad». En *Teoría y Realidad Constitucional*, 40, 111-140.
- LOPEZ LABORDA, J; RODRIGO SAUCO, F; SANZ Árcega, E.** (2016). «¿Es el Tribunal Constitucional um instrumento del Estado frente a las Comunidades Autónomas?». *XXIII Encuentro de Economía Pública*.
- LÓPEZ PORTAS, M^a-B.** (2017). «A constitucionalidade da reforma do sistema de execução de sentenzas do Tribunal Constitucional español». *REGAP*, 1-53, 131-151.
- LUCAS VERDÚ, P.** (1980). *Curso de Derecho Político, I*. Madrid: Tecnos.
- LUCAS VERDÚ, P.** (1984). *Curso de Derecho Político*. Vol. 4. Madrid: Tecnos.
- LUCAS VERDÚ, P.** (1985). *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*. Madrid: Reus.
- LUCAS VERDÚ, P.** (1987). *La lucha contra el positivismo jurídico en la república de Weimar*. Madrid: Tecnos.
- MANGAS MARTÍN, A; LIÑÁN NOGUEIRAS, D-J.** (2014). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos.
- MANIN, B.** (1998). *Los principios del gobierno representativo*. Madrid: Alianza.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, B.** (2008). *Derecho Constitucional Internacional*. Madrid: Reus.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, B.** (1934). *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*. Madrid: Reus.
- MONTESQUIEU** (2003). *Del espíritu de las leyes*. Introducción de Enrique Tierno Galván, Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Madrid: Alianza.
- MONTILLA MARTOS, J-A.** (2018). «La evolución de las competencias compartidas bases-desarrollo». *Revista de Derecho Político*, 101, 573-605.
- NIEMBRO ORTEGA, ROBERTO** (2019). *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H.** (2006). *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*. Lima: Palestra.
- PALICI DI SUNI, E.** (2013). «Presentacione». En **JELLINEK, G.** *Una Corte Costituzionale per l'Austria*. Torino: Giappichelli, 1-35.
- PEGORARO, L.** (2019). «Control Jurisdiccional vs. Control Político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23-1, 43-86.

- PEGORARO, L.; RINELLA, A.** (2016). *Derecho Constitucional Comparado. I. La Ciencia y el Método*. Buenos Aires: Astrea.
- PEGORARO, L.; RINELLA, A.** (2018). *Derecho Constitucional Comparado. II. Sistemas Constitucionales*. Buenos Aires: Astrea.
- PEGORARO, L.; RINELLA, A.** (2020). *Derecho Constitucional Comparado, 4, Sistemas de Justicia Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- PEGORARO, L.; RINELLA, A.** (2007). *Diritto Pubblico Comparato. Profili metodologici*. Padova: CEDAM.
- PÉREZ ROYO, J.** (2011). «La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España: elementos de la continuidad y ruptura, e incidencia en las perspectivas del Estado Autonómico». *Revista Catalana de Dret Públic*, 43, 121-149.
- PÉREZ SERRANO, N.** (2017). *Obras escogidas*. Madrid: CEPC.
- PÉREZ TREMP, P.** (2019). *Sistema de justicia constitucional*, 3ª ed. Navarra: Thompson-Reuters.
- PERNICE, I.** (2012). «El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea». En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 12, 639-674.
- PIOVESAN, F.** (2013). *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva.
- POSNER, R-A.** (2011). *Cómo deciden los jueces*. Madrid: Marcial Pons.
- QUERALT JIMÉNEZ, A.** (2018). «Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, 395-424.
- RAGONE, S.** (2012). *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*. México: Porrúa.
- RAWLS, J.** (2006). *El liberalismo político*. Barcelona: Crítica, Biblioteca de Bolsillo.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P.** (2011). «La posición del tribunal constitucional español tras su sentencia 31/2010». *Revista Catalana de Dret Públic*, 43, 317-341.
- ROA, J-E.** (2019). *Control de constitucionalidad deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*. Universidad Externado de Colombia.
- ROSANVALLON, P.** (2007). *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Manantial.

- ROSANVALLON, P.** (2010). *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*. Barcelona: Paidós.
- ROUSSEUA, D.** (2012). *La justicia constitucional en Europa*. Madrid: CEPC.
- RUBIO LLORENTE, F.** (1997). *La forma de poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid: CEPC.
- RUBIO LLORENTE, F.** (1998). «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa». En **RUBIO LLORENTE, F; JIMÉNEZ CAMPO, J.** *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 155-173.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J.** (2007). *El título X de la Constitución española de 1978 a la luz de las funciones de la reforma constitucional (un estudio de teoría del Derecho Constitucional en cuanto que ciencia conceptual y práctica)*. México, VLEX.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J.** (2005). «Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales». En **ROURA GÓMEZ, S; TAJADURA TEJADA, J.** *La reforma constitucional: la organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género*. Madrid: Biblioteca Nueva, 15-280.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J.** (2003a) «¿La Constitución en crisis?: el Estado Constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático». *Revista de Estudios Políticos*, 120, 127-171.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J.** (2008). *Libertad civil e ideología democrática: de la conciliación entre democracia y libertad a la confrontación liberalismo-democracia*. México: UNAM.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J.** (2018). *Reforma constitucional y supresión del senado como cámara de representación territorial*. México: Porrúa.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J.** (2003b). *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- SAGÜES, N-P.** (2016). *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*. México: Porrúa.
- SAGÜES, N-P.** (2014). «Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad». *Revista de Investigações Constitucionais*, 1-2, 23-32.
- SAGÜES, N-P.** (2020). «Tras las Huellas de Hans Kelsen: A Cien Años de la Primera Corte Constitucional y Ochenta de la Primera Sala Constitucional». *Parlamento y Constitución*, 21, 179-204.
- SAGÉS, N-P.** (2003). «Un enfoque crítico acerca de la idea de constitución viviente». *Dikaion*, 12.

- SALAS, J; PALOMINO, V.** (1987). «La ejecución de Sentencias del Tribunal Constitucional (Especial referencia a las relativas a la Administración)». *Documentación Administrativa*, 209, 89-118.
- SANDEL, MICHAEL** (2013). *El liberalismo y los límites de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- SCALIA, A.** (2015). *Una cuestión de interpretación*. Lima: Palestra.
- SCHMITT, C.** (2019). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.
- SCHMITT, C.; Kelsen, H.** (2009). *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.
- SCHNEIDER, H-P.** (1991). *Democracia y Constitución*. Madrid: CEPC.
- STERN, K.** (2009). *Jurisdicción constitucional y legislador*. Madrid: Dykinson.
- SUNSTEIN, C-R.** (2001). *One case at a time. Judicial minimalism on the supreme court*. Harvard University Press.
- TENA RAMÍREZ, F.** (2007). *Derecho Constitucional Mexicano*. México: Porrúa.
- TENORIO SÁNCHEZ, P-J.** (2018). «¿Qué fue del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional?» *Revista de Derecho Político*, 101, 703-740.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.** (1993). «El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias. En *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*». Madrid: CEPC, 23-60.
- TORRES GUTIÉRREZ, A.** (2015). «Estudio de las recientes reformas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en España: la LO 12/2015, de 22 de septiembre, y la LO 15/2015, de 16 de octubre». *Civitas Europa*, 35, 289-298.
- TORRES MURO, I.** (1995). «El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra». *Revista española de Derecho Constitucional*, 43, 51-71.
- TUSSEAU, G.** (2011). *Para acabar con los «modelos» de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*. México: Porrúa.
- VILLABELLA ARMENGOL, C-M.** (2019). «El control de constitucionalidad en Cuba: recuento histórico y valoraciones preliminares de la nueva propuesta en la Constitución de 2019». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23-1, 87-110.
- VÍRGALA FOURÍA, E.** «La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución». *Revista española de Derecho Constitucional*, 73, 55-109.
- WALDRON, J.** (2018). *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los Tribunales*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

- WALDRON, J.** (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.
- WHEARE, K-C.** (2008). *Govern Federal*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms.
- WHEARE, K-C.** (2019). *Las Constituciones modernas*. Santiago de Chile: Olejnik.
- ZAGREBELSKY, G.; MARCENÒ, V.** (2012). *Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino.
- ZHAI, G.** (2013). «La práctica del control de constitucionalidad en China». *Derecho PUCP*, 71, 589-602.

CÓDIGOS COMENTADOS



LA
EDITORIAL
JURÍDICA
DE
REFERENCIA
PARA LOS
PROFESIONALES
DEL
DERECHO
DESDE
1981

DESCUBRA MÁS OBRAS EN:

www.colex.es

Editorial Colex SL Tel.: 911 094 100 info@colex.es

LOS JUECES DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL PUEBLO

La presente monografía constituye “un trabajo de comparación y decantación” (prólogo de H. Nogueira) que trata de abordar, aunque de modo breve, toda la problemática en torno a la justicia constitucional contemporánea. A lo largo de los seis capítulos que la componen, de modo eminentemente crítico, el autor expone el proceso de expansión y universalización de la justicia constitucional; clasifica –prescindiendo de la obsoleta teoría de los modelos– los elementos determinantes de la misma; refuta dialécticamente los argumentos que cuestionan el papel de los jueces constitucionales, con especial atención en la obra de J. Waldron, estableciendo la conveniencia, y aun necesidad, en una Democracia (ya sea mayoritaria o consensual), de un sistema de justicia constitucional capaz de declarar la inconstitucionalidad de las leyes; defiende una interpretación dinámica de la Constitución por parte de los jueces constitucionales, con más o menos activismo según las circunstancias políticas; y, finalmente, expone y propone soluciones a los principales retos de la justicia constitucional en España, con especial énfasis en la integración de la misma en un sistema europeo y global de protección de derechos.



MANUEL FONDEVILA MARÓN

Manuel Fondevila es Profesor Serra Hunter de Derecho Constitucional en la Universidad de Lleida. Es Licenciado en Derecho (UDC 2007) y en Ciencias Políticas (UNED 2015). Asimismo, Doctor en Unión Europea (UNED 2013) y en Derecho (UDC 2015) recibiendo, ambas tesis, mención internacional y premio extraordinario de doctorado. Autor de más de sesenta publicaciones jurídicas en España, Brasil, México, Chile y Perú, incluyendo tres monografías, dos libros colectivos, capítulos de libro, artículos en revistas indexadas, reseñas y notas.

ISBN: 978-84-1359-238-1



9 788413 592381