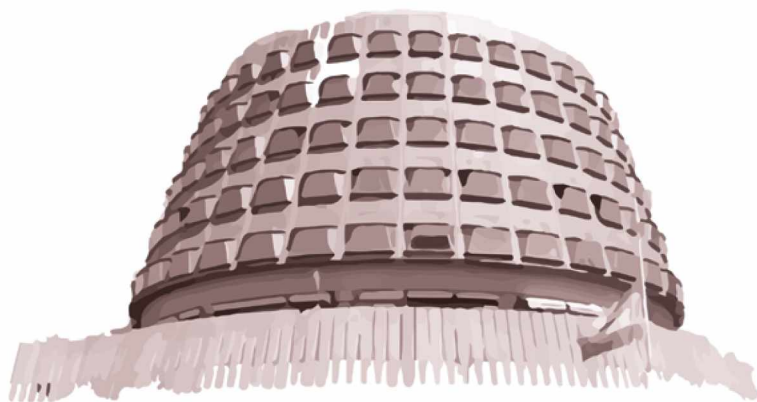


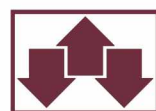
# LOS JUECES DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL PUEBLO

Manuel Fondevila Marón



eBook en [www.colex.es](http://www.colex.es)

1.<sup>a</sup> EDICIÓN



COLEX



# **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](http://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](http://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](mailto:info@colex.es)  
[www.colex.es](http://www.colex.es)

I.S.B.N.: 978-84-1359-237-4  
Depósito legal: C 791-2021

# SUMARIO

|  |    |
|--|----|
| <b>PRÓLOGO</b> .....   | 13 |
| <b>INTRODUCCIÓN</b> .....  | 19 |
| <b>I. EVOLUCIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL</b> .....   | 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 |
| <b>II. DEFENDIENDO AL DEFENSOR: CUATRO CRÍTICAS A JEREMY WALDRON</b> .....   | 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 |
| <b>III. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA</b> .....   | 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 |
| <b>IV. LOS PROBLEMAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL</b> .....   | 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 |

|   |     |
|---|-----|
| <b>V. UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA EL SIGLO XXI: LOS RETOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA</b> ..... | 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 |
| <b>VI. JUSTICIA CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL</b> .....  | 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 |
| <b>CONCLUSIONES</b> .....   | 123 |
| <b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....   | 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 5º 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.

Concluamos 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»<sup>1</sup>; 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 judicial<sup>2</sup>, 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.

## 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.

PVP: 15,00 €

ISBN: 978-84-1359-237-4



9 788413 592374