



Revista Derecho del Estado

ISSN: 0122-9893

Universidad Externado de Colombia

GIUFFRÉ, C. IGNACIO

La supremacía constitucional y sus garantías: los casos de España y Reino Unido

Revista Derecho del Estado, núm. 51, 2022, pp. 39-72

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n51.02>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337671501002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org  
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc  
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# La supremacía constitucional y sus garantías: los casos de España y Reino Unido \*\*\*

## Constitutional Supremacy and its Guarantees: The Cases of Spain and United Kingdom

### RESUMEN

El presente artículo pretende responder a la *pregunta* relativa a cuáles son las implicaciones, desde una perspectiva democrática deliberativa de la legitimidad, que se derivan de las garantías de la supremacía constitucional habidas al interior de dos modelos antitéticos de constitucionalismo. Por un lado, el caso de España, que se encuadra en un *modelo constitucional con primacía judicial robusta*. Por otro lado, el caso de Reino Unido, que se encuadra en un *modelo constitucional con primacía judicial débil*. En ese marco, la *hipótesis* que aspira a corroborarse es que ambos modelos tienen credenciales de legitimidad que resultan deficitarias. Por lo tanto, ha de argumentarse que la garantía de la supremacía constitucional puede lograrse de manera más legítima si se suscriben los criterios de la democracia deliberativa, según los cuales la autoridad del derecho aplicable debería operar no en términos de exclusividad, sino de complementariedad y de deferencia recíproca.

### PALABRAS CLAVE

Supremacía constitucional, garantías constitucionales, legitimidad, democracia deliberativa, constitucionalismo dialógico.

\* Docente e investigador predoctoral (Universitat Pompeu Fabra). Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, y Universidad Internacional Menéndez Pelayo); máster en Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Università degli Studi di Genova y Universitat de Girona); especialista en Derecho Constitucional (UCA); abogado (Universidad de Mendoza). Contacto: ignacio.giuffre@upf.edu ORCID ID: 0000-0002-9641-4923.

\*\* El autor agradece los comentarios de Micaela Alterio, Roberto Gargarella y José Luis Martí a una versión preliminar de este artículo.

\*\*\* Recibido el 16 de junio de 2020, aprobado el 15 de septiembre de 2021.

Para citar el artículo: GIUFFRÉ, C. I. *La supremacía constitucional y sus garantías: los casos de España y Reino Unido*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 51, enero-abril de 2022, 39-72.

doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n51.02>

**ABSTRACT**

This article examines constitutional supremacy guarantees in two antithetical constitutional models. The first model is that of Spain, where there is strong judicial primacy. The second model is that of the United Kingdom, where there is weak judicial primacy. The paper suggests that, from a deliberative democratic perspective of legitimacy, neither of the two models has sufficient legitimacy credentials. Therefore, it will be argued that the guarantee of constitutional supremacy can be more legitimately achieved if the principles of deliberative democracy are endorsed. This implies that the authority of the applicable law should operate not in terms of exclusivity, but in terms of complementarity and reciprocal deference.

**KEYWORDS**

Constitutional supremacy, constitutional safeguards, legitimacy, deliberative democracy, dialogic constitutionalism.

**SUMARIO**

Introducción. 1. La legitimidad democrática deliberativa de las garantías de la supremacía constitucional. 1.1. Las garantías de la supremacía constitucional. 1.2. La democracia deliberativa como prisma crítico. 2. Dos modelos de constitucionalismo vigentes. 2.1. El caso de España. 2.2. El caso de Reino Unido. 3. Implicaciones de las garantías de la supremacía constitucional de ambos modelos. 3.1. El sistema de primacía judicial fuerte de España. 3.2. El sistema de primacía judicial débil de Reino Unido. Conclusiones. Referencias.

**INTRODUCCIÓN**

La presente investigación tiene como *tema* las garantías de la supremacía de la constitución. Por *supremacía constitucional* se entiende un ordenamiento jurídico con estructura jerarquizada, es decir, un sistema cuyo rasgo central consiste en que un texto jurídico se sitúa jerárquicamente por encima de las normas legales y administrativas<sup>1</sup>. Sin embargo, la *cuestión* es más compleja con las *constituciones* y sus *garantías*, pues ambas pueden asumir tantas formas distintas como modelos de constitucionalismo puedan identificarse<sup>2</sup>.

Ahora bien, el tema relativo a las diferentes maneras de garantizar la supremacía constitucional que adopta cada modelo constitucional no se reduce

1 LAPORTA, F. *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007, 220.

2 SALAZAR UGARTE, P. *La democracia constitucional: una radiografía teórica*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, 91.

a una simple cuestión de preferencias, pues cada una de esas alternativas detenta distintos grados de *legitimidad*. Según una perspectiva *democrático deliberativa*, los diseños institucionales de cada modelo constitucional gozarán de mayor nivel de legitimidad mientras más dialógico y democrático sea el mecanismo para garantizar la supremacía de la constitución.

Dentro de este acotado *marco teórico*, el presente trabajo tiene como *objetivo principal* analizar el grado de legitimidad democrática deliberativa de las garantías de la supremacía constitucional que adoptan dos modelos antitéticos de constitucionalismo existentes en sistemas institucionales concretos y situados. Este trabajo, como todo escrito, constituye un espacio acotado que exige una *delimitación del objeto de estudio*, a los fines de abordarlo acabadamente. Por lo tanto, ha de tomar solo un exponente prototípico de cada paradigma de constitucionalismo: España y Reino Unido. En efecto, el caso de España se encuadra en un *modelo constitucional con primacía judicial fuerte* y representativo de los rasgos que asumen los restantes países de su mismo tipo constitucional. Por su parte, el caso de Reino Unido se enmarca en un *modelo constitucional con primacía judicial débil* y también es representativo de los rasgos que asumen los restantes países de su mismo tipo constitucional.

La *justificación* del estudio de las garantías de la supremacía constitucional se debe a las siguientes razones. *Primero*, a que hay una carencia de trabajos rigurosos en castellano sobre el nuevo modelo constitucional de la Commonwealth, además de que el contraste con el modelo judicial fuerte se halla rodeado de teorizaciones desperdigadas. *Segundo*, a que al modelo constitucional con primacía judicial fuerte se le vienen dirigiendo desde mediados del siglo XIX serias objeciones que todavía no encuentran soluciones satisfactorias. *Tercero*, a que en respuesta a dichas objeciones al modelo judicial robusto, recientes experiencias institucionales y trabajos académicos proponen la adopción –*de lege ferenda o de lege lata*– del principio de deliberación democrática, el cual merece mayor análisis.

Frente a la *pregunta* atinente a cuáles son las implicaciones, desde una perspectiva democrática deliberativa de la legitimidad, que se derivan de las garantías de la supremacía constitucional de España y Reino Unido, la *hipótesis* que aspira a corroborarse es que ambos modelos tienen aspectos que resultan deficitarios en términos de legitimidad. En cambio, ha de sostenerse que la garantía de la supremacía constitucional puede lograrse de manera más legítima si se suscriben los postulados de la democracia deliberativa, según los cuales la autoridad del derecho aplicable debería operar no según criterios de exclusividad, sino de complementariedad y referencia recíproca.

De acuerdo al objetivo y la hipótesis planteada, este trabajo transitará *cuatro pasos argumentativos*. *En primer término*, plantear el problema de investigación y reconstruir el marco teórico con mayor detalle (1). *En segundo lugar*, explicitar los rasgos de dos modelos institucionales de constituciona-

lismo vigentes, el de España y el de Reino Unido (2). *En tercera instancia*, analizar –desde una perspectiva democrática deliberativa de la legitimidad– las implicaciones de los modelos de constitucionalismo que adoptan ambos países, pעתualmente en lo que atañe a sus garantías de la supremacía constitucional (3). *Por último*, se concluye con algunas reflexiones provisionarias.

#### 1. LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DELIBERATIVA DE LAS GARANTÍAS DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Dado que el objetivo del trabajo es analizar la legitimidad democrática deliberativa que detentan las garantías de la supremacía constitucional en España y Reino Unido, el punto de partida requiere una definición de las garantías de la supremacía constitucional (1.1) y de la democracia deliberativa (1.2).

##### *1.1. Las garantías de la supremacía constitucional*

Este trabajo se centra en el debate acerca de las *garantías de la supremacía de la constitución*. Si bien hay acuerdo sobre la noción de supremacía constitucional, el problema estriba en que hay divergencias sobre la mejor configuración y alcance que deben asumir las constituciones y sus garantías. En efecto, las constituciones, como así también sus garantías, pueden asumir tantas formas distintas como *modelos de constitucionalismo* puedan identificarse. Entonces, a continuación, se ofrecerá una cartografía general y orientativa sobre los tres modelos constitucionales que han tenido asidero en contextos situados.

*En primer lugar*, el modelo de *primacía legislativa* –también llamado Estado legislativo de derecho o sistema Westminster– tuvo acogida en la llamada Revolución Gloriosa del año 1688 y en la sucesiva Carta de Derechos del año 1689. Luego se propagó, con variantes o profundizaciones, a punto tal que llegó a ser el modelo dominante a nivel global hasta 1945<sup>[3]</sup>. A partir de entonces, este modelo comienza a ser abandonado, siendo sus últimos bastiones Reino Unido –hasta 1998–, Nueva Zelanda –hasta 1990– y Australia –hasta 2004–. Este modelo se caracteriza, al menos, por los siguientes *rasgos* (R): R1) la organización del poder y el reconocimiento de derechos fundamentales están previstos en numerosas convenciones no escritas y textos normativos dispersos, con jerarquía igual a las leyes; R2) esos textos normativos tienen un procedimiento de reforma flexible y mayoritario; R3) los tribunales carecen de la potestad de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, y solo pueden

<sup>3</sup> GARDBAUM, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, 3, 4.

interpretar dichas leyes a la luz de los precedentes y principios fundamentales, y R4) la autoridad de decisión definitiva queda en manos del parlamento<sup>4</sup>.

*En segundo lugar*, el modelo de *primacía judicial fuerte* –también llamado Estado constitucional de derecho– comenzó a modelarse en Estados Unidos a finales del siglo XVIII en los debates constituyentes<sup>5</sup>, hasta materializarse definitivamente en el siglo XIX mediante creación jurisprudencial<sup>6</sup>. Más de un siglo después y de la mano de Kelsen, fue receptado en Europa, para expandirse, luego de la Segunda Guerra Mundial, hacia el resto del continente y del mundo, con un alcance extraordinario<sup>7</sup>. Este modelo se caracteriza, al menos, por los siguientes rasgos (R): R1) la organización del poder y el reconocimiento de derechos fundamentales están previstos en una constitución escrita y unificada, con jerarquía superior a las leyes; R2) esa constitución tiene un procedimiento de reforma rígido y contramayoritario; R3) en pos de garantizar la supremacía constitucional, la corte constitucional de manera concentrada –*v.gr.*, sistema europeo– o los tribunales de manera difusa –*v.gr.*, sistema norteamericano– tienen la potestad de revisión constitucional de las normas, sea con efectos generales y *erga omnes* –*v.gr.*, sistema europeo– o con efectos de cosa juzgada para el caso concreto e *inter partes* –*v.gr.*, sistema norteamericano–, y R4) la autoridad de decisión definitiva queda en manos de un tribunal constitucional –*v.gr.*, sistema europeo– o de una corte suprema –*v.gr.*, sistema norteamericano<sup>8</sup>.

*En tercer lugar*, el modelo de *primacía judicial débil* –también llamado nuevo sistema de constitucionalismo Commonwealth– ha sido receptado en entidades nacionales y subnacionales de la Commonwealth, tales como Canadá –a partir de la Canadian Charter of Rights and Freedoms de 1982–, Reino Unido –a partir de la Human Rights Act de 1998–, Nueva Zelanda –a partir de la Bill of Rights Act de 1990–, Territorio de la Capital Australiana –a partir de la Human Rights Act de 2004– y Victoria –a partir de la Charter of Human Rights and Responsibilities Act de 2006–. Este modelo

4 GRIFFITH, J. *The Political Constitution*. En *The Modern Law Review*. Vol. 42, n.º 1, 1979, 1-21; LINARES, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

5 Tampoco puede soslayarse *El Federalista*, obra que contiene los comentarios contemporáneos al proceso de ratificación de la Constitución de Estados Unidos. HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J. *El Federalista*, 2.<sup>a</sup> ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2010.

6 El caso icónico fue: Corte Suprema de Estados Unidos, *Marbury v. Madison*, 5 US 137 (1803).

7 TATE, C. N. y VALLINDER, T. (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York-London: New York University Press, 1995.

8 RUBIO LLORENTE, F. *La forma del poder: Estudios sobre la Constitución*, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2012; AGUIAR DE LUQUE, L. *Control de normas en el modelo europeo de justicia constitucional*. En LÓPEZ GUERRA, L. (coord.), *La justicia constitucional en la actualidad*. Quito: Corporación Editora Nacional-Instituto de Derecho Público Comparado, 2002, 201-228.

se caracteriza, al menos, por la adopción de los siguientes *rasgos* (R): R1) la organización del poder y el reconocimiento de derechos fundamentales está previsto en una constitución escrita y unificada –*v.gr.*, Canadá– o en numerosos textos normativos dispersos –*v.gr.*, Reino Unido–, con jerarquía superior a las leyes; R2) esa constitución y esos textos normativos tienen un procedimiento de reforma flexible y mayoritario –*v.gr.*, Reino Unido y Nueva Zelanda– o rígido y contramayoritario –*v.gr.*, Canadá–; R3) en pos de garantizar la supremacía constitucional, los tribunales tienen la potestad de controlar la constitucionalidad de la legislación –*v.gr.*, Canadá– o de emitir declaraciones de incompatibilidad –*v.gr.*, Reino Unido–, y R4) pese a los aludidos poderes de los tribunales respecto del control de constitucionalidad de la legislación, el poder de decisión final queda en manos del parlamento, que puede o no ejercerlo.

Sobre estos tres modelos de constitucionalismo hay debates en torno a sus ventajas y desventajas. Sin embargo, de los cuatro elementos de cada paradigma, hay un tema que no solo se halla rodeado de discrepancias, sino que reviste particular relevancia para este trabajo, concretamente el *sistema de garantías de la supremacía constitucional*, es decir, el órgano a cargo del ejercicio de la revisión de constitucionalidad de las normas inferiores a la constitución (R3) y el alcance de dicho control (R4). Cabe aclarar, entonces, que los restantes elementos (R1 y R2) no constituyen el foco del presente trabajo, sino que contribuyen a contextualizar cómo funcionan las garantías que aquí se pretende estudiar.

Finalmente, atendiendo a la expuesta clasificación entre modelos de constitucionalismo, debe reiterarse que el sistema de primacía legislativa ya no se encuentra vigente. Por lo tanto y tal como fue anticipado, este trabajo analizará los rasgos de dos sistemas regentes en la actualidad, el de España y el de Reino Unido, a la luz de las premisas de la democracia deliberativa.

### *1.2. La democracia deliberativa como prisma crítico*

Desde finales del siglo XX, con la llegada del denominado *giro deliberativo de la democracia*, aparecen exigentes nociones de imparcialidad y legitimidad. Desde un enfoque genérico, la democracia deliberativa puede definirse como un modelo normativo según el cual la imparcialidad y la legitimidad democrática de las normas, instituciones y decisiones políticas dependen del seguimiento de un proceso público de justificación argumentativa, en el que intervienen quienes se encuentran potencialmente afectados<sup>9</sup>.

9 Sin perjuicio de ciertas diferencias, esta definición estándar es compartida, entre muchas otras obras, en NINO, C. S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Buenos Aires: Gedisa, 1997; BOHMAN, J. *Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy*. En *Journal of Political Philosophy*. Vol. 6, n.º 4, 1998, 400-424; HABERMAS, J. *Facticidad y validez*.

Este sistema posee una dinámica de justificación discursiva, cuyo funcionamiento estriba en un debate razonado, constante y abierto, en el cual se brindan razones en favor o en contra de una propuesta política, a fin de convencer al mayor número posible de participantes de que ella constituye la opción correcta. De ahí que la imparcialidad y la legitimidad de las decisiones deben ser entendidas no como un todo o nada, sino en términos *graduales*, en cuanto admiten diversos niveles de cumplimiento, el cual aumenta a medida que el procedimiento se vuelve más democrático y más deliberativo<sup>10</sup>. La democracia deliberativa describe un *ideal regulativo*<sup>11</sup>, vale decir, un estado de cosas hacia el cual debe tenderse en la mayor medida posible. Así pues, la función central radica en proveer criterios normativos de legitimidad e imparcialidad desde los cuales evaluar y, en su caso, reformar las falencias de las instituciones políticas vigentes<sup>12</sup>.

Los *postulados estructurales* (P) del procedimiento democrático deliberativo de toma de decisiones pueden resumirse en los siguientes: P1) *argumentación*, en el sentido de que las decisiones políticas deben ser analizadas y adoptadas a través de un procedimiento de intercambio de razones justificativas; P2) *apertura*, en el sentido de que la estructura del procedimiento debe ser flexible a restructuraciones; P3) *colectividad*, en el sentido de que las reflexiones no tienen que ser monológicas; P4) *continuidad*, en el sentido de que la deliberación nunca debe cerrarse frente a nuevas razones o informaciones disponibles; P5) *inclusión*, en el sentido de que en el proceso decisorio pueden participar todas las personas o grupos potencialmente afectados por la decisión; P6) *publicidad*, en el sentido de que las discusiones tienen que ser abiertas, transparentes y accesibles; P7) *igualdad*, en el sentido de que los grupos y personas interesadas deben tener igual influencia política, y P8) *libertad*, en el sentido de que la participación en el procedimiento de los grupos o personas interesadas tiene que ser voluntaria<sup>13</sup>.

A su vez, para el sistema democrático deliberativo, la *autoridad política* no es una cuestión unilateral, ni se localiza en un solo lugar o institución, sino que depende de criterios de complementariedad y deferencia recíproca que ceden ante la *fuerza del mejor argumento*<sup>14</sup>. A lo que se tiende es a la deliberación inclusiva como criterio de toma de decisiones entre los órganos de gobierno y la sociedad, sobre la base de que ningún organismo, persona o grupo en

Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, 4.<sup>a</sup> ed. Madrid: Trotta, 2008; MARTÍ, J. L. *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

10 Ibíd., 23, 30, 89, 122, *inter alia*.

11 HABERMAS, J. *Facticidad y validez*, cit., 297.

12 BOHMAN, J. *Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy*, cit., 401, 413.

13 MARTÍ, J. L. *La república deliberativa*, cit., 90-97.

14 La expresión pertenece a HABERMAS, J. *Facticidad y validez*, cit., 382.

particular basta para asegurar la corrección de la decisión o consideración de la información y preocupaciones relevantes sobre un tema particular.

Este modelo de toma de decisiones se justifica porque asegura la autonomía pública y privada de los habitantes, quienes tienen la oportunidad de debatir sus preferencias políticas y de participar en la conformación de la voluntad política, que luego han de ejecutar las autoridades públicas. A partir de este procedimiento, el derecho resultante puede exigir imparcial y legítimamente la obligación de obediencia a la ciudadanía autónoma.

En suma, la razón por la cual resulta necesario tener presentes los eslabones más singulares de la democracia deliberativa es la necesidad de contar con un armazón normativo para evaluar las implicaciones de las garantías de la supremacía constitucional de España y Reino Unido (2).

## 2. DOS MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO VIGENTES

El objetivo aquí estriba en describir los modelos constitucionales de España (2.1) y Reino Unido (2.2).

### *2.1. El caso de España*

El modelo constitucional de España, vigente desde la adopción de la Constitución de Estado (CE) en 1978, se caracteriza por los siguientes *rasgos* (R).

R1) *Organización del poder y reconocimiento de derechos dentro de una constitución unificada y con jerarquía suprema*. La Constitución española organiza los aspectos más relevantes del poder y establece los derechos fundamentales dentro de una constitución *codificada y suprema*. A su vez, la legislación ordinaria es la encargada de completar ambos aspectos de forma específica<sup>15</sup>. Pero dicha legislación ostenta un rango infraconstitucional, es decir, está por debajo de la Constitución de Estado y debe adecuarse a ella (art. 9.1 CE). Por lo tanto, cada norma encuentra su fuente de validez en otra superior, de modo tal que la inferior no puede contradecir a la superior. Así como la legislación, los tratados internacionales también regulan el poder y prevén derechos (art. 96 CE), pero deben adecuarse a la Constitución (art. 95 CE).

R2) *Rigidez y carácter contramayoritario del procedimiento de reforma*. La Constitución prevé para su revisión dos procedimientos. El mecanismo del artículo 168 se refiere a “la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II”. Consiste en un procedimiento *rígido*, pues deben cumplirse instancias más complejas que las previstas para la legislación ordinaria: aprobación del inicio del procedimiento de reforma por mayoría

15 FERRERES COMELLA, V. *The Spanish Constitutional Court: Time for Reforms*. En *Journal of Comparative Law*. Vol. 3, n.º 2, 2008, 28, 30.

de dos tercios de cada cámara, disolución inmediata de ambas cámaras, celebración de elecciones generales, ratificación de la voluntad de reforma por las nuevas cámaras, aprobación del texto reformado por mayoría de dos tercios de cada una, y ratificación ciudadana de la reforma mediante referéndum. El mecanismo del artículo 167 se refiere a la revisión del resto de la Constitución. También es un procedimiento *rígido*, aunque no tanto como el anterior, pues es suficiente con la sanción del proyecto de reforma por mayoría de tres quintos de ambas cámaras, y se requiere ratificación ciudadana mediante referéndum solo cuando lo solicite una décima parte de los integrantes de cualquiera de ellas.

A su vez, el carácter *contramayoritario* del procedimiento de reforma obedece a que se exigen supermayorías y a que la ciudadanía no dispone de herramientas para activar los procedimientos de reforma, ni para realizar propuestas de revisión.

En cuanto al contenido de la reforma, se ha establecido que no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional (STC 31/2009, de 29 de enero). En igual sentido, se ha postulado que el inicio de un proceso de reforma no está predeterminado en cuanto al resultado (STC 42/2014, de 25 de marzo). De modo tal que lo que puede reformarse solo tiene como límite el respeto de los principios democráticos, los derechos fundamentales y los procedimientos de reforma (STC 103/2008, de 11 de septiembre).

R3) *Control judicial de constitucionalidad*. La recién expuesta supremacía constitucional es garantizada por el Tribunal Constitucional español, que fue inaugurado en 1980. Dicha tarea la emprende mediante las siguientes vías procesales: a) el recurso de inconstitucionalidad contra normas con fuerza de ley –en cambio, las normas sin fuerza de ley quedan bajo la esfera de los restantes órganos jurisdiccionales–; b) la cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces o tribunales; c) el amparo de los derechos por violaciones por parte de las autoridades públicas, y d) los conflictos de competencia (arts. 159-169 CE y Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

En este sistema kelseniano, el juicio de constitucionalidad es abstracto y produce efectos generales. Así pues, se realiza un juicio de validez de la disposición en pugna a la luz de la Constitución, de forma tal que si la norma no respeta la Constitución, debe ser declarada inconstitucional, anulada y expulsada del ordenamiento jurídico por parte del tribunal (art. 164.1 CE y arts. 38-40 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

R4) *Primacía judicial fuerte*. España no solo prevé la garantía de la supremacía constitucional mediante un único órgano –el Tribunal Constitucional–, sino que además implementa la primacía de dicho órgano como *intérprete supremo de la Constitución*. En efecto, su interpretación y decisión sobre los

asuntos constitucionales tiene *primacía* (art. 1.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

De esta forma, todos los poderes públicos están vinculados a las sentencias del Tribunal Constitucional, de modo tal que aquellos poderes no pueden considerar las normas declaradas inconstitucionales como vigentes (art. 164.1 CE y arts. 38-40 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional). También el Poder Judicial está vinculado a la autoridad interpretativa de la Constitución que lleva a cabo el Tribunal Constitucional, la cual se garantiza mediante el recurso de casación (art. 5.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) o el amparo (art. 53.2 CE). Así, mientras el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, el Tribunal Constitucional es el que tiene primacía en materia constitucional (art. 123 CE). Sin perjuicio de lo anterior, los tribunales ordinarios también interpretan y aplican la Constitución (art. 5.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), pero cuando no sea posible interpretar la norma de conformidad con el ordenamiento constitucional, deben plantear la cuestión inconstitucionalidad (art. 163 CE y 5.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

## *2.2. El caso de Reino Unido*

El modelo constitucional de Reino Unido, vigente desde la adopción de la Human Rights Act de 1998 y la Constitutional Reform Act de 2005, se caracteriza por los siguientes *rastros* (R).

R1) *Organización del poder y reconocimiento de derechos dentro de una constitución dispersa y con jerarquía suprema.* Reino Unido tiene una *Constitución no codificada*, pero eso no significa que carezca de ella. En efecto, la organización del poder y los derechos están previstos en un conjunto de leyes, prerrogativa regia y convenciones constitucionales, junto con otros documentos sin valor jurídico formal<sup>16</sup>. Lo relevante es que, con carácter reciente, emerge la categoría de *leyes constitucionales*. Dentro de este grupo se encuadran las relaciones entre la ciudadanía y el Estado, es decir, los derechos fundamentales y la organización fundamental del poder político<sup>17</sup>.

16 VÍRGALA FORURIA, E. *La Constitución británica en el siglo XXI. Soberanía parlamentaria, constitucionalismo common law y leyes constitucionales*. Madrid: Marcial Pons, 2018, 16.

17 Sin perjuicio de que no constituye objeto de este trabajo, cabe señalar que dentro de esta categoría de leyes también se encuadran, según el citado precedente *Thoburn*, la Ley de las Comunidades Europeas que dispuso el ingreso de Reino Unido a la Comunidad Europea en 1973 –y luego a la Unión Europea–. Tal ley establece la obligatoriedad de las instituciones internas de acatar los Tratados de la Comunidad (art. 2), como también que la legislación del Parlamento debe interpretarse y aplicarse de acuerdo al derecho comunitario (art. 3.1). A este respecto, la sentencia *R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd (Nº 2)* 1 AC 603, de 1991, dispuso la primacía del derecho de la Unión Europea y fue la primera vez que un tribunal suspendió la aplicación de una norma parlamentaria en función de la primacía

Esta materia se refiere, por caso, a la Human Right Act, que incorpora –desde el año 2000– gran parte de los derechos fundamentales de la Convención Europea de Derechos Humanos al ordenamiento jurídico interno. A partir de entonces, la legislación ordinaria debe leerse y producir efectos de modo compatible con dicha carta (art. 3.1). En este cuadro, resulta ilegal que las autoridades públicas, salvo el Parlamento, actúen de manera incompatible con los derechos de la Convención (art. 6).

Los rasgos jurídicos de las leyes constitucionales fueron fijados en la sentencia *Thoburn v. Sunderland City Council* de 2002, mientras que luego fueron precisados en la sentencia *R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) (Appellant) v. The Secretary of State for Transport and another (Respondents)*, de 2014. En dichos precedentes se demarcó la diferente jerarquía de las leyes del Parlamento, según se trate de leyes ordinarias o de leyes constitucionales. Así, estas últimas tienen un estatus *supremo* cuyo rasgo distintivo es que no pueden ser modificadas o derogadas de forma implícita, sino solo de forma expresa y precisa –lo cual desecha la regla según la cual la norma posterior deroga a la anterior–. Este tipo de leyes matiza el principio absoluto de soberanía del Parlamento –según el cual este puede hacer o deshacer cualquier ley– que caracterizaba al antiguo modelo de Westminster y consagra el principio de supremacía constitucional.

R2) *Flexibilidad y carácter mayoritario del procedimiento de reforma*. El sistema británico no distingue entre poder constituyente y poder constituido, pues, en virtud del principio de soberanía del Parlamento, él está habilitado para cumplir funciones de asamblea legislativa y de asamblea constituyente. Aquí se advierte el carácter *flexible* y *mayoritario* del procedimiento de reforma, en tanto las leyes constitucionales y las leyes ordinarias pueden derogarse o modificarse mediante idéntico mecanismo: aprobación por ambas cámaras y sanción regia. Sin perjuicio de lo anterior y tal como se anticipó, cabe prevenir una diferencia: las leyes constitucionales solo pueden ser reformadas o dejadas sin efecto mediante referencia expresa y precisa –tal como lo dispusieron los citados precedentes *Thoburn y HS2*–.

R3) *Declaración judicial de incompatibilidad*. La Constitutional Reform Act creó el Tribunal Supremo de Reino Unido, el cual asumió las funciones

de aquel derecho. En igual sentido, la sentencia *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union* UKSC 5, de 2017, que aborda la salida de Reino Unido del derecho de la Unión Europea, reiteró la primacía del derecho de la Unión Europea. No obstante, se dejó resguardado el principio de soberanía del Parlamento para derogar aquella ley en cualquier momento. En tal sentido, debe atenderse a la aprobación del *Proyecto de ley para derogar la Ley de las Comunidades Europeas de 1972 y otras disposiciones en relación con la retirada de Reino Unido de la UE*. Cfr. VÍRGALA FORURIA, E. *La Constitución británica en el siglo xxi*, cit., 114.

que antes ejercía el Comité de Apelación de la Cámara de los Lores<sup>18</sup>. Dado que Reino Unido es un Estado compuesto, no tiene un sistema legal unificado, sino que hay varios sistemas. En ese marco, el Tribunal Supremo es la instancia de apelación final sobre los asuntos civiles y penales del sistema de Inglaterra y Gales, civiles y penales del sistema de Irlanda del Norte, y solo civiles del sistema de Escocia –pues en materia penal la última instancia local sigue siendo la High Court of Justiciary<sup>19</sup>.

En lo que concierne al control de constitucionalidad, el Tribunal Supremo lo ejerce sobre las siguientes materias. *Por un lado*, examina la congruencia de la legislación regional con relación a las competencias establecidas en las leyes de la devolución, la Human Rights Act y el derecho de la Unión Europea. *Por otro lado*, examina la congruencia de la legislación secundaria que emite el Gobierno con relación a las leyes del Parlamento. *Por último*, protege los derechos de la ciudadanía reconocidos en el Acta frente al Estado<sup>20</sup>. En tal sentido, la actual presidenta de la Corte Suprema ha señalado que estas son las “tres formas en que definitivamente nos hemos convertido en guardianes de la Constitución de Reino Unido”<sup>21</sup>.

El control de constitucionalidad de la legislación con respecto de la Human Rights Act es uno de los aspectos más novedosos del nuevo modelo de la Commonwealth y supone un giro respecto del antiguo modelo de Westminster. Concede a los tribunales más importantes –los enumerados en el artículo 4.5– la potestad de interpretar la legislación a la luz de la Constitución y, en su caso, de *declararla incompatible* (art. 4). Pese a este notable poder, la norma declarada incompatible sigue vigente y no puede dejar de aplicarse.

R4) *Primacía judicial débil*. El principio de la soberanía parlamentaria impera en Reino Unido desde la Revolución de 1688 y rige en la actual Constitución británica no codificada. El fundamento estriba en que toda la ciudadanía se encuentra representada en pie de igualdad por los parlamentarios electos. Sin embargo, desde la entrada en vigor de la Human Rights Act se morigeró el principio de primacía parlamentaria fuerte que imperaba en el antiguo modelo de Westminster.

A partir de entonces se habilita a los tribunales a emitir declaraciones de incompatibilidad de la legislación ordinaria con respecto de la legislación

18 En el sitio oficial del Tribunal se señala que su creación –como pilar fundamental de la Constitución– permitió la separación de poderes entre el Parlamento y el Órgano Judicial. Véase: <https://www.supremecourt.uk/about/significance-to-the-uk.html> (18 de diciembre de 2020).

19 Véase el gráfico explicativo en el sitio oficial: <https://www.supremecourt.uk/docs/supreme-court-and-the-uks-legal-system.pdf> (18 de diciembre de 2020).

20 VÍRGALA FORURIA, E. *La Constitución británica en el siglo XXI*, cit., 122.

21 HALE, L. *The Supreme Court: Guardian of the Constitution?* En *Sultan Azlan Shah Lecture*. Vol. 9, 2016, 4.

constitucional (art. 4)<sup>22</sup>. Bajo estas circunstancias, la primacía parlamentaria se torna de tipo débil, en la medida en que la magistratura también puede manifestarse sobre el modo adecuado de garantizar la supremacía constitucional. No obstante, el Parlamento es el órgano que retiene la última palabra autoritativa a la hora de evaluar el respeto de la supremacía constitucional (art. 4.6). De modo tal que la legislación declarada incompatible puede ser mantenida, enmendada o anulada por el Parlamento en funciones o por el venidero.

### 3. IMPLICACIONES DE LAS GARANTÍAS DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL DE AMBOS MODELOS

Tal como se adelantó, respecto de los expuestos modelos de constitucionalismo existen discusiones en torno a las ventajas y desventajas de los rasgos que adoptan. Sin embargo, de los cuatro elementos del constitucionalismo, este trabajo se centra en el *sistema de garantías de la supremacía constitucional*. En ese marco, a continuación, se examinarán, a partir de los estándares de la democracia deliberativa, las implicaciones de las garantías de la supremacía constitucional de España (3.1) y Reino Unido (3.2)<sup>23</sup>.

#### 3.1. El sistema de primacía judicial fuerte de España

En cuanto al modelo con primacía judicial fuerte *en general*, debe destacarse que las posibilidades de deliberación democrática son reducidas. Como correlato, las decisiones carecen de altas credenciales de legitimidad. Tan es así que poco puede decirse sobre las virtudes democráticas y deliberativas de países que adoptan garantías de la supremacía de la constitución de este

22 La imposibilidad de invalidar por vía judicial solo procede respecto de la legislación *primaria*, pero no respecto de la legislación *subordinada*. Mientras que las leyes del Parlamento de Reino Unido integran la *primera categoría*, las leyes que emanen de los parlamentos de Escocia y de Irlanda del Norte integran la *segunda categoría* (art. 6 de la Human Rights Act). Por lo tanto, el Acta prevé un sistema de *revisión judicial fuerte* respecto de la legislación delegada regional, junto con un sistema de *revisión judicial débil* respecto de la legislación del Parlamento de Reino Unido. Cfr. GARDBAUM, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, 158.

23 Por cuestiones de espacio, queda marginado de este trabajo el vínculo con instituciones supranacionales o comunitarias. Esta exclusión se justifica porque en tales casos ya no se está solamente frente a la primacía de la constitución del Estado, que es lo que este trabajo se propuso abordar.

tipo<sup>24</sup>. Más bien, este sistema presenta problemas en su justificación<sup>25</sup>, al menos, por las siguientes razones.

En *primer* lugar, porque supone un error extender la noción de supremacía constitucional hasta el extremo de supremacía judicial. Esto lleva a un control judicial de constitucionalidad fuerte, que retiene el monopolio en la interpretación y determinación de los significados de la constitución con la última palabra autoritativa y definitiva<sup>26</sup>. Esto deriva en la sustracción de ciertos contenidos constitucionales de la discusión por parte de la sociedad y de las autoridades democráticas, lo cual dificulta la aproximación al ideal republicano de autogobierno, a la vez que suscita tensiones entre los ideales de democracia y constitucionalismo. Sin embargo, es una equivocación creer que la supremacía de la constitución solo puede asegurarse mediante un control de constitucionalidad con primacía judicial fuerte<sup>27</sup>, pues dicho fin también puede procurarse mediante otras alternativas institucionales no necesariamente judiciales –v.gr., la sociedad civil o el control parlamentario–. Por lo tanto, la relación entre la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad con primacía judicial fuerte es contingente, pero no lógica-conceptual<sup>28</sup>.

En *segundo* término, porque no responde a la denominada *dificultad contramayoritaria* del control judicial de constitucionalidad<sup>29</sup>. Esta objeción denuncia el déficit de legitimidad y de credenciales democráticas de la potestad de declarar la (in)constitucionalidad de las normas. Si bien la expresión más

24 En tal sentido, se argumenta que “es poco lo que puede decirse del diálogo interorgánico fomentado por los modelos robustos de justicia constitucional” (LINARES, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, 231), como también que “poco puede decirse en general respecto al mayor o menor valor instrumental del constitucionalismo fuerte en relación con un modelo de constitución flexible: lo único que es seguro es su menor valor intrínseco” (BAYÓN MOHÍNO, J. C. *Derechos, democracia y Constitución*. En *Revista Discusiones*. N.º 1, 2000, 88).

25 Al respecto, se apunta que “la idea, tan común, de que la “democracia constitucional” es una exigencia inmediata del compromiso con el ideal de los derechos, da por supuestas demasiadas cosas (y todas ellas demasiado discutibles)”. BAYÓN MOHÍNO, J. C. *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*. En CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, 317.

26 KRAMER, L. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011, 165-184; TUSHNET, M. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999, 6-32; FRIEDMAN, B. *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*. En *New York University Law Review*. Vol. 73, n.º 2, 1998, 352.

27 Tales posicionamientos, por caso, se advierten en obras como la de RUBIO LLORENTE, F. *La forma del poder: Estudios sobre la Constitución*, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2012.

28 NINO, C. S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Buenos Aires: Gedisa, 1997, 269.

29 BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis-New York: Bobbs-Merrill, 1962, 16-20.

difundida para ilustrar esta falencia es la que Bickel denominara *dificultad contramayoritaria*, recientemente Waldron ha criticado dichos términos. En su lugar, propone la expresión *dificultad contrademocrática*, por dos razones: primera, porque la regla de la mayoría consiste en un método de toma de decisiones utilizado en casi todos los cuerpos colegiados, y en ese sentido, los tribunales no son contramayoritarios, pues también utilizan dicho procedimiento para adoptar las resoluciones; y segunda, porque la práctica de remitir ciertos asuntos a los tribunales para la decisión final refleja, es verdad, una preferencia por la mayoría judicial frente a la mayoría legislativa, y una desconfianza hacia la toma de decisiones democráticas, esto es, hacia los votantes o sus representantes políticos, pero no es una desconfianza hacia la regla de la mayoría<sup>30</sup>.

En tercera instancia, porque la ausencia de vínculos deliberativos desde los tribunales hacia los restantes órganos de gobierno y la sociedad deriva en una *división de poderes muy estricta y rígida*, en la medida en que la jurisprudencia se proclama como instancia de contrapeso frente a interpretaciones constitucionales alternativas. De esta manera, priman los vínculos interorgánicos de ataque y defensa, antes que relaciones de diálogo cooperativo entre las restantes ramas de gobierno y la sociedad<sup>31</sup>. El resultado consiste en un *déficit de imparcialidad y de legitimidad democrática deliberativa* de las decisiones judiciales, por cuanto no existe una real paridad participativa entre las autoridades públicas y las personas involucradas. A su vez, las referidas decisiones presentan un *escaso valor epistémico*, en tanto la reflexión solipsista de los tribunales obstaculiza el conocimiento de mayor información<sup>32</sup>.

Finalmente, porque concebir a la jurisdicción constitucional como agente principal de garantía tanto de los derechos fundamentales como de la única respuesta correcta sobre la supremacía constitucional minimiza el *hecho de los desacuerdos* en torno a los alcances, contenidos y contornos de los derechos<sup>33</sup>. Derivadamente, se pasa por alto lo que en un marco de pluralismo más debiera atenderse: el llamado *derecho de los derechos*<sup>34</sup>, esto es, la facultad de cada integrante de la sociedad de decidir en pie de igualdad sobre lo que considera justo.

En cuanto a España *en particular*, cabe reiterar que adopta un modelo judicial robusto de garantía de la supremacía de la constitución, cuyo bastión

30 WALDRON, J. *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, 2018, 188-189.

31 GARGARELLA, R. 'We the People' Outside the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances. En *Current Legal Problems*. Vol. 67, n.º 1, 2014, 22-34.

32 NINO, C. S. *La constitución de la democracia deliberativa*, cit.

33 WALDRON, J. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

34 Ibíd.

supremo es el Tribunal Constitucional. El déficit de legitimidad democrática deliberativa de este sistema obedece a que la cultura constitucional de España se ha mantenido indiferente, por un lado, ante el principio de *deliberación*<sup>35</sup>, y, por el otro, ante el principio *democrático*<sup>36</sup>.

A los efectos de evaluar la legitimidad democrática deliberativa del sistema de garantía de la Constitución de España, corresponde atender a los vínculos institucionales del Tribunal Constitucional con el Poder Legislativo, con el Poder Judicial, con el Poder Ejecutivo, con las comunidades autónomas y con la sociedad civil.

*En primer lugar*, en lo que atañe a la relación del Tribunal Constitucional con el *Parlamento*, cabe anticipar que, salvo excepciones aisladas en las que tienen lugar desacuerdos entre las ramas de gobierno, lo cierto es que, una vez dirimidas las causas en las que el Tribunal revisa la constitucionalidad de la legislación, la autoridad de los decisorios judiciales suele ser respetada y acatada<sup>37</sup>.

Ahora bien, hay razones para sostener que no se cumplen los principios de una concepción democrática deliberativa. Aunque es cierto que en todo sistema constitucional tiene lugar algún tipo de diálogo o intercambio recíproco entre las ramas de gobierno y la esfera pública formal e informal, en sentido estricto para estar frente a decisiones dotadas de legitimidad deben cumplirse, en la mayor medida de lo posible, las notas de un proceso deliberativo y democrático. Pero la comunicación que se configura en el sistema español no satisface dichas exigencias, pues se trata de una conversación *dialéctica* en la cual los jueces hablan con las instituciones políticas al mismo tiempo que deciden y en diversos momentos temporales; distinto es el caso de la conversación *no dialéctica*, donde los jueces dialogan antes, durante y después de tomar las resoluciones<sup>38</sup>.

En tal sentido, el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional erige a dicho órgano como *intérprete supremo*

35 DO VALE, A. R. *La deliberación en los tribunales constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, 17. Con relación al constitucionalismo en general, lo mismo señala LEVY, R. *The 'Elite Problem' in Deliberative Constitutionalism*. En LEVY, R., KONG, H., GRAEME, O. y KING, J. (eds.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, 351.

36 FERRERES COMELLA, V. *El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas*. En *Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, 13; BAYÓN MOHINO, J. C. *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*. En CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, 292, 293, en especial nota 18.

37 DO VALE, A. R. *La deliberación en los tribunales constitucionales*, cit., 111, 112.

38 La distinción entre diálogo interorgánico de tipo dialéctico y de tipo *no dialéctico* pertenece a LINARES, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, cit., quien descarta el primer tipo porque no promueve un diálogo genuino.

de la Constitución de España. Es aquí donde se advierte con mayor claridad el modelo constitucional con primacía judicial fuerte que adopta España. La STC 31/2010, de 28 de junio, ilustra el punto con claridad:

Qué sea legislar, administrar, ejecutar o juzgar; cuáles sean los términos de relación entre las distintas funciones normativas y los actos y disposiciones que resulten de su ejercicio; cuál el contenido de los derechos, deberes y potestades que la Constitución erige y regula son *cuestiones que [...] no pueden tener [...]* más sentido que el prescrito por su intérprete supremo (art. 1.1 LOTC) [...] En su condición de intérprete supremo de la Constitución, 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 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<sup>39</sup>.

Cierto sector de la doctrina, en línea con lo que cabe razonar desde una perspectiva democrática deliberativa, considera que este rasgo no está libre de controversias. Por lo tanto, plantea la necesidad de distinguir entre primacía judicial interpretativa e infalibilidad en la interpretación judicial. Precisamente porque el Tribunal Constitucional está habilitado para imponer sus perspectivas frente a los órganos políticos es que debe permanecer abierto a la crítica externa. Sin embargo, la referida sentencia desalienta cualquier disponibilidad al diálogo interorgánico y cooperativo en la tarea de garantizar la supremacía de la constitución. Como correlato, también se desecha la posibilidad de dotar de mayor legitimidad las decisiones judiciales<sup>40</sup>.

A diferencia de la postura del citado decisorio, la referida doctrina admite la posibilidad de que el Parlamento, bajo determinadas condiciones, pueda responder a las declaraciones de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional<sup>41</sup>. Esta alternativa no supone desconocer el valor vinculante

39 El destacado es agregado.

40 FERRERES COMELLA, V. *¿Cómo vincula la jurisprudencia constitucional al legislador?* En AHUMADA RUIZ, M., FERRERES COMELLA, V., LÓPEZ GUERRA, L. y VIVER Pi-SUNYER, C., *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?* Barcelona: Institut d'Estudis Autònòmics, 2012, 25, 26.

41 NIEMBRO ORTEGA, R. *Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional*, cit., 139-168; FERRERES COMELLA, V. *El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas*. En *Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, 11-42; FERRERES COMELLA, V. *¿Cómo vincula*

de la jurisprudencia, sino que consiste en una vía para repensar –y dialogar sobre– las razones que justifican mantener o refinar los criterios jurisprudenciales vigentes.

Dos ejemplos de respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad, como formas de diálogo, son los siguientes. Por un lado, está el supuesto de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, por la que se establece la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo sin necesidad de aludir a causa alguna dentro de las catorce semanas de gestación. Aquí, la nueva norma no es congruente con el plazo que se fijara para tal fin en el precedente sentado por la STC 53/1985, de 11 de abril. Por otro lado, está el supuesto de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, por la que se establece una nueva regulación de los casos en que se interrumpe la prescripción penal. Aquí, la nueva norma se halla en discordancia con el principio según el cual la mera presentación de querella o denuncia no puede tener efecto interruptor, tal como se fijara en el precedente sentado por la STC 63/2005, de 14 de marzo<sup>42</sup>.

Ambas experiencias se hallan en sintonía con una concepción democrática deliberativa, por cuanto permiten que la interpretación –y garantía– constitucional se lleve adelante a través de un diálogo entre ambas ramas de gobierno. Esto supone que la primacía judicial perdura, pero no de manera monopólica. Más específicamente, lo que en estos casos se advierte es que el Parlamento responde a las declaraciones de inconstitucionalidad con leyes que tienen contenido similar al invalidado. No obstante, cabe aclarar que no se trata de una respuesta terca, sino, en cambio, de una formulada a la luz de nuevos argumentos, informaciones, circunstancias y contextos<sup>43</sup>.

Por último, un aspecto auspicioso en términos democráticos lo constituye la previsión del artículo 159.3 CE. Allí se establece que los magistrados del Tribunal Constitucional serán designados en sus cargos por un lapso temporal de nueve años. Es decir que *los cargos están limitados a períodos fijos de tiempo*, lo cual es congruente con el principio democrático de periodicidad de las funciones públicas. En otros países del mundo, como Reino Unido o Argentina, los cargos son vitalicios o hasta la edad jubilatoria, lo cual resulta reprochable porque torna más intensa la objeción contramayoritaria.

Sin embargo, al hilo de lo anterior cabe destacar un aspecto problemático en términos democráticos, puntualmente, que los miembros del Tribunal

*la jurisprudencia constitucional al legislador?* En AHUMADA RUIZ, M., FERRERES COMELLA, V., LÓPEZ GUERRA, L. y VIVER PI-SUNYER, C., *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?*, cit., 11-26.

42 Ibíd., 25.

43 NIEMBRO ORTEGA, R. *Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional*, cit., 139, 141, 145, 147, 149, *inter alia*.

Constitucional no están sujetos a *controles exógenos* o externos. En efecto, el control y la eventual determinación de la responsabilidad política de los magistrados se determinan por controles endógenos o internos. En tal sentido, el artículo 23.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional dispone que los jueces cesan por las siguientes causas: renuncia, expiración del plazo de nombramiento, incapacidad sobrevenida, incompatibilidad sobrevenida, falta de diligencia en el cumplimiento de los deberes a su cargo, violación de la reserva propia de su función, declaración de responsabilidad civil por dolo, o condena por delito doloso o por culpa grave. Hasta ahí no hay reproches, pero el artículo 23.2 ibidem dispone que, salvo los casos de fallecimiento, renuncia y expiración del plazo que decretará el presidente del Tribunal, los demás supuestos serán resueltos por el Tribunal en Pleno –por mayoría de las tres cuartas partes de sus miembros, salvo en los casos tercero y cuarto que se decretan por mayoría simple–. De esta manera, los magistrados en el ejercicio de la garantía de la supremacía constitucional están exentos de control por parte del Parlamento o de la sociedad civil. En otros sistemas, como el de Norteamérica o Reino Unido, los jueces son pasibles de juicio político ante el Poder Legislativo. En este cuadro, las únicas excepciones de control externo que recaen sobre los magistrados están dadas por la responsabilidad civil o penal que pudiera determinar el Poder Judicial.

*En segundo lugar*, en lo que atañe a la relación del Tribunal Constitucional con el Poder Judicial, cabe destacar que el sistema prevé vínculos con la jurisdicción ordinaria y con el Tribunal Supremo. En cuanto a la *jurisdicción ordinaria*, la revisión de la legislación puede ser activada por los tribunales inferiores en el marco de causas judiciales concretas. Así pues, de estos tribunales se espera no un rol pasivo a la hora de aplicar las normas, sino que, en caso de que adviertan problemas en su adjudicación a la luz de la Constitución, están habilitados para plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 163 CE). Bajo dichas circunstancias puede tener lugar un genuino diálogo entre los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional<sup>44</sup>. Así pues, los primeros pueden exponer sus miradas sobre el asunto, mientras que el segundo puede aceptarlas, rechazarlas o refinarlas. A su vez, en caso de que el Tribunal Constitucional confirme una norma, sigue latente la posibilidad de que los tribunales planteen nuevas cuestiones en causas judiciales futuras –siempre y cuando las nuevas circunstancias, informaciones y argumentos lo justifiquen–. Finalmente, debe decirse que este sistema de interacciones institucionales no ha generado tensiones, pues los jueces ordinarios han aceptado la autoridad final del Tribunal Constitucional.

La relación se vuelve un poco más compleja cuando se refiere al *Tribunal Supremo*, pues el Tribunal Constitucional tiene la última palabra sobre el

44 FERRERES COMELLA, V. *The Spanish Constitutional Court: Time for Reforms*. En *Journal of Comparative Law*. Vol. 3, n.º 2, 2008, 29, 30.

alcance y contenido de la actividad de este<sup>45</sup>. En efecto, por vía del amparo (art. 53 CE) la ciudadanía puede impugnar las resoluciones del Tribunal Supremo relativas a reclamos sobre violación de derechos ante el Tribunal Constitucional. Por lo tanto, entre ambas instituciones no existen vínculos deliberativos distintos a los de tipo agonial.

Lo anterior ha redundado en conflictos muy álgidos entre ambas instituciones. Así pues, en un primer período, la relación no fue deliberativa, pero tampoco conflictiva, en la medida en que el Tribunal Constitucional afirmó su autoridad suprema sin sobresaltos. Luego, comenzó a desarrollarse una serie de eventos muy conflictivos, que dio lugar a lo que se denominó *la guerra de tribunales*. En esta etapa, se emitieron las sentencias STC 7/1994, de 17 de enero –caso en el cual se propuso un solución arbitrada por el Rey–, STC 136/1999, de 20 de julio –caso en el que el Tribunal Constitucional, en el marco de un amparo, anuló una sentencia del Tribunal Supremo por considerar que la pena impuesta no era proporcional–, como así también la STC 115/2000, de 5 de mayo –caso en el que también anuló la sentencia por entender que se había vulnerado el derecho a la intimidad– y la STC 186/2001, de 17 de septiembre –evento en el que nuevamente anuló la sentencia sobre el mismo caso por considerar que el monto de la indemnización reconocida al demandante no era suficiente–. Estos desacuerdos se agravaron con la emblemática sentencia del Tribunal Supremo STS 51/2004, de 23 de enero, que responsabilizó civilmente a los magistrados del Tribunal Constitucional por haber inadmitido un recurso de amparo y los condenó al pago de una indemnización al accionante<sup>46</sup>.

*En tercer lugar*, en lo que concierne a los vínculos con el Poder Ejecutivo, corresponde poner de relieve que la autoridad del Tribunal Constitucional es respetada<sup>47</sup>. Sin embargo, ciertos casos excepcionales generaron tensiones entre ambos organismos y revelaron poco ánimo deliberativo. Así, por caso, en la STC 230/2003, de 18 de diciembre, se enfatizó que “todos los poderes públicos, tal como prescribe el art. 87.1 LOTC, están obligados a dar cumplimiento a lo que el Tribunal Constitucional resuelva cualquiera que sea el procedimiento en que lo haya sido”. Asimismo, en la STC 158/2004, de 25 de abril, se insistió en que debían evitarse situaciones de anomalía en las que el Poder Ejecutivo ejerza competencias que no le están habilitadas de acuerdo a la inveterada jurisprudencia del tribunal. En sincronía, en la STC 38/2012, de 26 de marzo, resaltó que “la lealtad constitucional obliga a

45 Ibíd., 30.

46 Desde entonces, también han generado tensiones sentencias como las siguientes: STC 237/2005, de 26 de septiembre, STC 57/2008, de 27 de abril, y la STC 62/2011, de 5 de mayo. Cfr. DO VALE, A. R. *La deliberación en los tribunales constitucionales*, cit., 105-108.

47 Ibíd., 111, 112.

todos (STC 209/1990, FJ 4) y comprende, sin duda, el respeto a las decisiones de este Alto Tribunal”.

*En cuarto lugar*, en lo que ataña a la relación del Tribunal Constitucional con las comunidades autónomas, no puede soslayarse que la autoridad del Tribunal Constitucional experimentó una experiencia de elevada tensión a lo largo de su historia. El suceso empezó en 2006, con el anteproyecto de ley que luego culminaría en el Estatuto de la Comunidad Autónoma de Cataluña de 2006. Allí se contemplaban normas que contrariaban la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional. En ese contexto, se planteó la cuestión en 2007, y en 2010 tuvo lugar la STC 31/2010, de 28 de junio, donde el Tribunal impuso la última palabra autoritativa e invalidó las medidas adoptadas por el parlamento autonómico. En la sentencia se resaltó el poder vinculante y supremo de las resoluciones del Tribunal frente a todos los poderes públicos.

*Por último*, en lo que ataña a la relación del Tribunal Constitucional con la *sociedad civil*, corresponde poner de manifiesto aspectos que se alejan de un ideal democrático deliberativo. Así pues, la jurisdicción constitucional española adopta el *modelo de deliberación cerrado o secreto*, en sintonía con la práctica jurídica habitual en la mayoría de los tribunales del mundo. Dicho paradigma se opone al modelo de deliberación judicial *abierta o pública*, que tiene lugar en países tales como Brasil, Perú o México.

Este rasgo institucional de la garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional implica que únicamente los magistrados están habilitados para entrar e intervenir en el Salón de Plenos, que es donde se desarrollan las deliberaciones, mientras que se prohíbe la permanencia de cualquier empleado, incluso de máxima jerarquía<sup>48</sup>. A más de lo anterior, se advierte la ausencia de instrumentos procesales como las audiencias públicas y los *amicus curiae*<sup>49</sup>, lo cual vuelve al sistema más adverso al diálogo democrático, pues ambas prácticas jurídicas están previstas incluso en países que tienen modelos de deliberación judicial cerrada o secreta, tales como los latinoamericanos.

Bajo estas circunstancias, la publicidad se reduce al texto definitivo de las sentencias. Esta solución es la que se desprende del artículo 164 CE y del artículo 38.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Allí se dispone que las sentencias deben ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado (BOE). De esta forma, lo que se difunde es la sentencia firmada por los ministros, con sus fundamentos y su parte dispositiva. Cabe insistir, entonces, en que si bien la resolución tiene amplia difusión y publicidad, la discusión que antecede perdura solapada<sup>50</sup>.

48 Ibíd., 30, 31.

49 Para una defensa de la inclusión de los *amicus curiae* en el Tribunal Constitucional como condición para legitimar y democratizar las resoluciones judiciales, cfr. BRONSTRUP (2016).

50 ATIENZA, M. *Prólogo*. En DO VALE, A. R., *La deliberación en los tribunales constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, 12, 13.

La implementación y vigencia hasta el día de hoy de un modelo de deliberación cerrado puede obedecer a varias razones. Una específica del contexto español, consistente en la influencia que tuvo sobre la Convención Constituyente de 1978 la tradición jurisdiccional de países como Austria, Alemania e Italia. Estos países resultaron influenciados por las características litúrgicas de las instituciones religiosas, en las cuales se procuraba asegurar la mística sobre la verdad de sus actos y resguardar la trama que signa la toma de decisiones<sup>51</sup>. Otra, en cambio, generalizada en la doctrina constitucional y prácticas constitucionales que han tenido lugar en varios países, donde con frecuencia se cree que el hermetismo en la deliberación es lo que garantiza la inmunidad ante las presiones, la invulnerabilidad a las manipulaciones y la prevención frente a las pasiones del público externo<sup>52</sup>.

Este aspecto relega los postulados de una visión deliberativa de la democracia, pues no se satisfacen los principios de transparencia y publicidad en los debates. En tal sentido, la tarea jurisdiccional es ejercida en ausencia de rendición de cuentas, de controles exógenos sobre los resultados alcanzados y de vigilancia con libre acceso tanto por parte de la sociedad como de otras ramas de gobierno. Se ha demostrado que esto es problemático a los fines de cumplir estándares mínimos de *eficacia en la prestación del servicio de justicia*. También se ha probado que en países donde se han implementado prácticas jurídicas inspiradas en estos principios, se ha mejorado la calidad de la jurisprudencia<sup>53</sup>.

Si bien podría oponerse a la crítica anterior que la deliberación está presente en el seno del tribunal español, lo cierto es que esa deliberación carece del elemento inclusivo. Así pues, no se está ante una deliberación de tipo *democrático* y extendida. Más bien, las resoluciones son adoptadas en un contexto de aislamiento por parte de los jueces.

Asimismo, la deliberación cerrada que caracteriza a la garantía jurisdiccional de la Constitución en España genera dificultades con la prensa y la opinión pública. En tal sentido, la ausencia de información relativa a los debates entre los jueces sobre las cuestiones constitucionales tiene como resultado el problema de las *filtraciones*. Muchas veces ellas constituyen la

51 DO VALE, A. R. *La deliberación en los tribunales constitucionales*, cit., 34, 35.

52 En cuanto a un ejemplo institucional, debe recordarse que la Constitución de Estados Unidos fue elaborada en encuentros realizados a puertas cerradas, a fin de asegurar una *discusión franca*. En cuanto a la literatura constitucional, este posicionamiento es respaldado en obras tales como HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J. *El Federalista*. 2.<sup>a</sup> ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2010, 151, 152.

53 TUSHNET, M. *New Institutional Mechanisms for Making Constitutional Law*. En BUS-TAMANTE, T. y GONÇALVEZ FERNÁNDEZ, B. (eds.), “Democratizing Constitutional Law”, en *Law and Philosophy Library*. Vol. 113, 2016, 180.

única alternativa para informarse sobre el estado de las causas judiciales en trámite que atañen a asuntos públicos<sup>54</sup>.

En esta sección, sobre la vinculación que el Tribunal Constitucional de España mantiene con el resto de las autoridades públicas y con la sociedad civil, se pusieron de manifiesto los siguientes aspectos: la falta de transparencia de sus actuaciones judiciales, la nula participación de la sociedad y el escaso diálogo cooperativo con los demás poderes del Estado<sup>55</sup>. Aunque también se comprobaron algunas vías para el diálogo interorgánico, el problema estriba en que los modelos robustos de revisión judicial configuran ejemplos de diálogo no democrático, pues quien toma la decisión final es un órgano contramayoritario<sup>56</sup>.

### 3.2. El sistema de primacía judicial débil de Reino Unido

En cuanto al modelo con primacía legislativa *en general*, debe destacarse que –a diferencia de los dos modelos con primacía judicial– sí tiene lugar un procedimiento de toma de decisiones democrático, toda vez que es el parlamento quien tiene la última palabra autoritativa. Sin embargo, allí las posibilidades de deliberación interorgánica son reducidas, pues el parlamento es el único legitimado para garantizar la supremacía constitucional. Por lo tanto, las críticas al modelo con primacía judicial fuerte, formuladas desde una concepción democrática deliberativa, no pueden llevar a defender un modelo de primacía legislativa como el que imperaba en el *antiguo modelo de Westminster*<sup>57</sup>.

Pero, como se lo señaló, el modelo de Westminster ha sido sustituido por una alternativa intermedia entre el modelo de primacía judicial fuerte y el modelo de primacía legislativa: el denominado *nuevo modelo constitucional Commonwealth*<sup>58</sup>. Este sistema de primacía judicial *débil*, a diferencia de aquellos, es más proclive a la deliberación entre las ramas de gobierno, a la vez que tiene un elevado pedigree democrático, lo cual redunda en decisiones políticas con mayores credenciales de legitimidad. Ello obedece a que todos los poderes del Estado participan en la empresa de garantizar la supremacía constitucional, al mismo tiempo que difiere la última palabra autoritativa al parlamento. Por lo tanto, a contraluz de los dos modelos aludidos, este ofrece las siguientes razones de peso para su justificación<sup>59</sup>.

54 DO VALE, A. R. *La deliberación en los tribunales constitucionales*, cit., 122.

55 En la misma línea, cfr. ATIENZA, M. *Prólogo*, cit., 14.

56 LINARES, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, cit., 232.

57 Ibíd., p. 22.

58 GARDBAUM, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, 1.

59 Al respecto, se apunta que “un diseño institucional de esta clase puede resultar el más justificable”. BAYÓN MOHÍNO, J. C. *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del*

En *primer* lugar, porque distingue entre el principio de supremacía constitucional y el principio de primacía judicial, que con frecuencia y erróneamente son entendidos como indisociables. Con esto presente, se democratiza la interpretación y determinación de los significados de los textos constitucionales, los cuales no son articulados solamente por los jueces. Esto favorece la aproximación al ideal republicano de autogobierno deliberativo y colectivo, a la vez que alivia las tensiones entre los ideales de democracia y constitucionalismo<sup>60</sup>. En definitiva, todas las ramas de gobierno son convocadas, ya no alternativamente, a garantizar la supremacía constitucional<sup>61</sup> en un contexto donde se estimula la deliberación y los tribunales no se limitan a imponer su poder de voto.

En *segundo* término, porque se matiza la intensidad de la denominada *dificultad contrademocrática* del control judicial de constitucionalidad. En efecto, los tribunales pueden o no declarar la incompatibilidad de las normas, pero esto no supone su expulsión del sistema jurídico, pues la última palabra la tendrá el parlamento, es decir, un órgano democrático –cuyos integrantes sí son elegidos directamente por el pueblo–.

En *tercera* instancia, porque ofrece vínculos deliberativos desde los tribunales hacia los restantes órganos de gobierno y la sociedad. Así, se propicia un sistema de división de poderes dialógico y colaborativo, en la medida en que la jurisprudencia interactúa con interpretaciones constitucionales alternativas. El resultado consiste en *mayores condiciones de imparcialidad y de legitimidad democrática deliberativa* de las decisiones, por cuanto se asegura la efectiva paridad participativa. A su vez, estas decisiones ofrecen un *mayor valor epistémico*, en tanto la reflexión intersubjetiva contribuye a conocer las perspectivas implicadas.

Finalmente, porque habilitar al parlamento y a los tribunales para emprender la garantía tanto de los derechos fundamentales como de la supremacía constitucional implica tomar en serio el *hecho de los desacuerdos razonables* en torno a los alcances, contenidos y contornos de las normas jurídicas. Derivadamente, también se resguarda el *derecho de los derechos*, esto es, la facultad de cada integrante de la sociedad –al menos a través de sus representantes electos– de decidir en pie de igualdad y en un marco de pluralismo sobre lo que considera justo.

En cuanto a Reino Unido *en particular*, cabe reiterar que adopta un modelo de primacía judicial débil. En este marco más específico, la tarea de garantizar la supremacía constitucional está a cargo principalmente del

*constitucionalismo*. En CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, 355.

60 KAVANAGH, A. *What's so Weak about 'Weak-Form Review'? The Case of the UK Human Rights Act 1998*. En *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 13, n.º 4, 2015, 1039.

61 GARDBAUM, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., 2, 25.

Gobierno, del Parlamento y del Tribunal Supremo. El mayor nivel de legitimidad democrática deliberativa de este sistema obedece a que estimula la deliberación democrática en la empresa de garantizar la supremacía de la Constitución británica.

A los efectos de evaluar la legitimidad democrática deliberativa del modo de garantizar la supremacía constitucional en Reino Unido, corresponde atender a los vínculos interorgánicos y con la sociedad civil que se derivan de los *cinco resortes institucionales* que prevé la Human Rights Act.

El *primer resorte* está a cargo del Gobierno ante el Parlamento. En efecto, existe una obligación a cargo de los ministros del gabinete de *declarar la consistencia con el Acta del proyecto de ley que han de presentar o, en su caso, la inconsistencia y su voluntad de continuar con el trámite legislativo* (art. 19). Una vez planteada la declaración ministerial, frente a cualquiera de las dos cámaras del Parlamento, es el turno de llevar a cabo su escrutinio por parte de una comisión parlamentaria mixta, que es asistida por un experto independiente. Finalmente, corresponde la deliberación en cada una de las cámaras<sup>62</sup>.

Al respecto de este mecanismo, cabe destacar que se halla en sincronía con los postulados democráticos deliberativos. Por un lado, implica un control de constitucionalidad extrajudicial, que tiene lugar de manera franca y deliberativa<sup>63</sup>. Por otro lado, compele al Gobierno a justificar la constitucionalidad de sus propuestas legislativas mediante un memorándum con las razones que se deben exponer de manera pública en el Parlamento. Por lo tanto, en este punto supone una mejora en relación con el sistema que prevé Canadá, pues –a diferencia de él– los proyectos legislativos deben fundamentarse no solo cuando el Gobierno considera que hay incompatibilidades<sup>64</sup>, sino en todos los casos<sup>65</sup>.

El *segundo resorte* está en manos de los tribunales británicos de mayor relevancia (art. 4.5), conservando el Tribunal Supremo la última palabra. En tal sentido, se dispone que los jueces al realizar la revisión judicial deben, en la medida de lo posible, *leer y aplicar de manera compatible con los derechos que prevé la Human Rights Act la legislación primaria y la legislación subordinada* (art. 3). Este mecanismo exige, ante todo, que la magistratura evalúe si la norma –tal como es entendida habitualmente– vulnera los derechos del Acta. Si el resultado es negativo, el asunto queda cerrado; pero si el resultado es afirmativo, se inaugura la segunda etapa, en la cual debe

62 VÍRGALA FORURIA, E. *La Constitución británica en el siglo XXI*, cit., 107; GARDBAUM, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, cit., 162.

63 GARDBAUM, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., 161.

64 Esto solo sucedió en la tramitación de la Ley de Comunicaciones en 2002, y el Tribunal Supremo luego declaró la compatibilidad de la norma con la Convención. Cfr. GARDBAUM, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., 164.

65 HIEBERT, J. *Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?* En *The Modern Law Review*. Vol. 69, n.º 1, 2006, 19.

escogerse una lectura coherente con los derechos del Acta a fin de disipar la incompatibilidad de la legislación.

Para graficar su funcionamiento, puede atenderse a una de las causas judiciales más paradigmáticas en la que se llevó a cabo una lectura compatible (*Ghaidan v. Godin-Mendoza*, UKHL 30, de 2004). El caso trasuntó sobre el alcance de la palabra *esposo* en la Ley de Arrendamientos de 1977 y, particularmente, sobre si abarcaba a la pareja supérstite del mismo sexo. Para resolverlo, los jueces no solo soslayaron el carácter explícito de la ley, sino también su propio precedente (*Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd.*, 1 AC 27, de 2001). Los magistrados comprobaron que la Ley de Arrendamientos, como comúnmente se entendía, no se aplicaba a las parejas del mismo sexo y, por lo tanto, violaba los derechos del Sr. Mendoza previstos en el Acta. Por lo tanto, eliminaron la discriminación bajo el entendimiento de que la política perseguida por la norma era dar seguridad en los arrendamientos a las relaciones estables, y esa política debía aplicarse igualmente a las personas del mismo género. En palabras de la sentencia: “la intención del Parlamento al incluir el artículo 3 (de la Human Rights Act) fue que, hasta donde fuera posible, un tribunal puede modificar el sentido, y con ello el efecto, de la legislación primaria y secundaria”<sup>66</sup>.

En cuanto a este mecanismo, hay que decir que abre la discusión en torno a cuál es el límite y la legitimidad que tienen los tribunales al momento de efectuar la lectura compatible. Esta controversia se suscita con motivo de que el artículo 3 establece que esto debe realizarse *en la medida de lo posible*. Con relación a ello, la doctrina sostiene que los tribunales están autorizados a interpretar la legislación con *muchísima amplitud* para conseguir la compatibilidad<sup>67</sup>, a punto tal que se les permite, *más que interpretar, cambiar el sentido de la ley*<sup>68</sup>. Por lo tanto, cabe criticar este resorte, pues minimiza el rasgo débil del control judicial de constitucionalidad<sup>69</sup> y, derivadamente, origina tensiones con los estándares democráticos deliberativos.

Estas apreciaciones doctrinarias son compartidas por la propia jurisprudencia emitida en el contexto del resorte bajo análisis. Así, otro precedente sentó que “el artículo 3 proporciona una herramienta importante para ser utilizada donde sea necesario y posible modificar la legislación nacional para evitar incompatibilidad con los derechos protegidos por el Acta” (*R. (Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence*, 1 AC 153, de 2008). En términos similares, se ha dicho que “la obligación interpretativa según el artículo 3 es muy fuerte

66 VÍRGALA FORURIA, E. *La Constitución británica en el siglo xxi*, cit., 110; KAVANAGH, A. *What's so Weak about 'Weak-Form Review'? The Case of the UK Human Rights Act 1998*. En *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 13, n.º 4, 2015, 1016, 1017.

67 VÍRGALA FORURIA, E. *La Constitución británica en el siglo xxi*, cit., 108.

68 Ibíd., 109.

69 KAVANAGH, A. *What's so Weak about 'Weak-Form Review'? The Case of the UK Human Rights Act 1998*. En *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 13, n.º 4, 2015, 1018.

y de gran alcance, y puede requerir que el tribunal se aparte de la intención legislativa del Parlamento” (*Sheldrake v. Director of Public Prosecutions*, 1 AC 264 HL, de 2005)<sup>70</sup>. En definitiva, son los propios tribunales los que admiten que este resorte los habilita a alterar el alcance de los textos legales.

El *tercer resorte* también está a cargo de los tribunales. Se activa en el supuesto de que no sea posible realizar la referida interpretación judicial de la legislación de modo conforme con el Acta. En tal caso, los jueces deben emitir una *declaración de incompatibilidad de la legislación* con lo que estatuye el Acta (art. 4). Sin embargo, esta declaración no afecta la validez ni la ejecución de la disposición declarada incompatible (art. 4.6).

Al respecto de este mecanismo cabe reiterar que es el arreglo institucional más característico del modelo de constitucionalismo con control judicial débil. A diferencia del modelo de constitucionalismo con primacía judicial fuerte, donde la norma tachada de inconstitucionalidad es inaplicada en el caso concreto –modelo americano– o anulada con carácter general –modelo europeo–, aquí la declaración de incompatibilidad no tiene poder vinculante para las partes del litigio, ni para los restantes órganos de gobierno. Sin embargo, aunque el Parlamento tiene la última palabra para mantener, modificar o derogar la norma puesta en duda, lo cierto es que las sentencias de este tipo ejercen una autoridad moral que a los legisladores les resulta difícil desconocer<sup>71</sup>. En este resorte, por los motivos expuestos en este trabajo, se advierten los rasgos más notables en términos de diálogo.

Las sentencias de los tribunales británicos han construido como regla de su actuación que la *medida correctiva primaria* está constituida por la lectura compatible (art. 3), mientras que la declaración de incompatibilidad (art. 4) constituye el último recurso para remediar inconsistencias. En palabras del Tribunal Supremo: “la sección 3.1 es el remedio primario y el recurso a la declaración de incompatibilidad siempre debe ser excepcional” (*Ghaidan v. Godin-Mendoza*, UKHL 30, de 21 de junio de 2004). Lo cual es consistente con reiterados precedentes –*v.gr., R v. Waya (Appellant)*, UKSC 51, de 14 de noviembre de 2012–<sup>72</sup>.

Sin embargo, lo anterior puede dar lugar a la paradójica y problemática situación de que las partes de un litigio judicial vean mejor satisfechas sus pretensiones mediante el remedio excepcional y de baja dosis de legitimidad, antes que con el remedio primario y de alta dosis de legitimidad<sup>73</sup>. En otras palabras, el sistema genera incentivos institucionales a favor de interpretaciones judiciales muy creativas, antes que a favor de declaraciones de incompatibilidad más legítimas pero que dejarían a los sujetos procesales sin respuesta.

70 Ibíd., 1017.

71 Ibíd., 1020.

72 Ibíd., 1022.

73 Ibíd., 1020.

El *cuarto resorte*, junto con el quinto, se activan ante una declaración judicial de incompatibilidad y están a cargo, respectivamente, del Gobierno y del Parlamento. Así pues, frente a un escenario de legislación incompatible, el Gobierno puede comportarse de manera indiferente –pero asumiendo las eventuales consecuencias internacionales por posibles violaciones a los derechos humanos, aun cuando a nivel interno no suponga ilegalidad–, puede presentar un nuevo proyecto de ley para su tratamiento parlamentario, o puede enmendar la legislación declarada incompatible a través de una vía acelerada y alternativa a la ordinaria –que también exige aprobación parlamentaria– (art. 10)<sup>74</sup>. Esta última opción, la vía acelerada, solo surge en cabeza del ministro cuando se emite una declaración judicial de incompatibilidad, pues de lo contrario carecería de dicho poder<sup>75</sup>. Su fundamento estriba en evitar demoras frente a presuntas vulneraciones de derechos.

En cuanto a este mecanismo, debe tenerse en consideración que de las veintidós declaraciones de incompatibilidad definitivas habidas a julio de 2016, siete fueron solucionadas por la citada vía urgente<sup>76</sup>. Este elevado número demuestra la apertura con que son recibidas las razones judiciales por parte del Gobierno. Además, también constituye un mecanismo de garantía de la supremacía constitucional de tipo no judicial. En definitiva, es un procedimiento que también se halla en línea con los principios democráticos deliberativos.

El *quinto –y último– resorte* está a cargo del Parlamento. En efecto, frente a una declaración judicial de incompatibilidad, el Poder Legislativo puede optar por ejercer o no el control de constitucionalidad, reteniendo en el primer caso la última palabra autoritativa en la garantía de la supremacía del Acta (art. 10).

Al respecto de este mecanismo, debe tenerse en consideración que de las veintidós declaraciones de incompatibilidad definitivas habidas a julio de 2016, diecisiete fueron corregidas mediante una nueva legislación<sup>77</sup>. Esto desestima la usual creencia de que los representantes parlamentarios suelen abordar los asuntos constitucionales sistemáticamente peor que los jueces o con irresponsabilidad<sup>78</sup>. Sin soslayar el *hecho del pluralismo*, las declaraciones judiciales de incompatibilidad explicitan las desatenciones o falencias de la

74 VÍRGALA FORURIA, E. *La Constitución británica en el siglo XXI*, cit., 106, 107, 21.

75 WALDRON, J. *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, 2018, 63.

76 VÍRGALA FORURIA, E. *La Constitución británica en el siglo XXI*, cit., 112.

77 Ibíd.

78 En contra del escepticismo habitual respecto del rol de los parlamentarios en la revisión de constitucionalidad, cfr. WALDRON, J. *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el congreso y en los tribunales*, cit., 57; TUSHNET, M. *Is Congress Capable of Conscientious, Responsible Constitutional Interpretation? Some Notes on Congressional Capacity to Interpret the Constitution*. En *Boston University Law Review*. Vol. 89, 2009, 509; BAYÓN MOHÍNO, J. C. *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, cit., 354.

legislación e incentivan su reconsideración<sup>79</sup>. Precisamente, tal interacción entre los órganos estatales es lo que matiza la primacía legislativa y estimula un diálogo democrático en los procedimiento decisarios atinentes a garantizar la supremacía constitucional.

En definitiva, el sistema británico erige diversas competencias en manos no solo del Tribunal Supremo, sino también del Parlamento y del Gobierno<sup>80</sup>. Se trata de responsabilidades y contribuciones, diferentes pero complementarias, en la empresa de proteger la supremacía constitucional. En otras palabras, todas las ramas de gobierno están obligadas a examinar la legislación y los actos administrativos de manera crítica. Como correlato, un sector de la doctrina sostiene que el sistema favorece la deliberación, que, según las etapas, es promovida: por el Gobierno cuando presenta los proyectos de ley, por el Parlamento cuando aprueba la legislación, por los tribunales cuando evalúan la constitucionalidad de la legislación, y –de nuevo– por el Gobierno y el Parlamento cuanto revisan la legislación a la luz de lo puntualizado en las sentencias de incompatibilidad<sup>81</sup>.

Sin embargo, esto también es objeto de críticas por parte de otro sector de la doctrina que, aun defendiendo el modelo de primacía judicial débil, prefiere los sistemas de este tipo que adoptan otros países. Dichos trabajos consideran, por caso, que resulta preferible el sistema canadiense, por cuanto la declaración judicial de inconstitucionalidad prevalece sobre el Parlamento salvo que este insista con la voluntad de mantener la norma en cuestión (art. 33 de la Canadian Charter). En cambio, el ordenamiento jurídico de Reino Unido favorece la desatención, por parte del Parlamento, de los razonamientos que en contra de una ley lleguen a oponer los tribunales. Pues la declaración de incompatibilidad –como se dijo– no anula ni inaplica la norma, de modo que el Parlamento, en vez de hallarse con la carga de justificar con razones la insistencia –como en Canadá–, puede imponer su perspectiva mediante una absoluta omisión<sup>82</sup>. Por lo tanto, si bien la retención de la última palabra por parte del Parlamento resguarda el principio democrático, cabe reprochar que situar la autoridad final en una sola institución que no tiene la carga de justificación no se condice con los postulados de la deliberación democrática.

También se objeta que el sistema de Reino Unido genera incentivos institucionales poco atractivos, pues los tribunales no quieren aplicar leyes que estiman incompatibles ni los sujetos procesales quieren cumplirlas<sup>83</sup>. Esto lleva a que los tribunales prefieran la vía interpretativa para modular el alcance de

79 Ibíd., 354, 355.

80 KAVANAGH, A. *What's so Weak about 'Weak-Form Review'? The Case of the UK Human Rights Act 1998*. En *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 13, n.º 4, 2015, 1038.

81 GARDBAUM, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., 1.

82 BAYÓN MOHÍNO, J. C. *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, cit., 355.

83 LINARES, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, cit., 228.

las normas al contenido del Acta. Pero esta opción, al igual que la mencionada más arriba, tampoco se condice con los estándares democráticos deliberativos.

Previo a culminar, debe ponerse de manifiesto un aspecto contrademocrático del Tribunal Supremo. En tal sentido y a diferencia de lo que ocurre en España, sus magistrados son designados en sus cargos *mientras dure su buena conducta* (art. 33 de la Constitutional Reform Act). Es decir que los cargos no están limitados a períodos breves de tiempo, lo cual es incongruente con el principio democrático de periodicidad de las funciones públicas. Sin embargo, cabe destacar como aspecto democrático que los miembros del Tribunal Supremo, a diferencia de lo que sucede en España, sí están sujetos a *controles exógenos* o externos. En efecto, el control y la eventual determinación de la responsabilidad política de los magistrados queda a cargo del Parlamento (art. 33 de la Constitutional Reform Act).

*Por último*, en lo que atañe a las relaciones de los dos principales garantes de la supremacía constitucional con la *sociedad civil*, corresponde poner de manifiesto algunos aspectos que se aproximan a un ideal democrático deliberativo. De un lado, conviene tener en claro que luego de las declaraciones judiciales de incompatibilidad, la tarea constitucional continúa en el Parlamento, cuyas deliberaciones son de carácter público.

Del otro lado, vale detenerse en la discusión que antecede a las resoluciones del Tribunal Supremo. En tal sentido, el debate previo a los decisarios judiciales tiene carácter público y está abierto a la participación a través de dos mecanismos procesales: las *audiencias públicas* y la *intervención de terceros* –no se llaman *amicus curiae*–. Concretamente, las Supreme Court Rules de 2009, n.º 1607, reconocen en causas de interés público un papel protagónico a ciudadanos que no son parte demandada o demandante. Ellos pueden presentar informes o alegatos mediante tres previsiones procesales. Por un lado, la *intervención*, figura procesal según la cual toda persona y organismo oficial u organización no gubernamental interesada en el litigio de interés público que se ventila, puede solicitar al Tribunal permiso para intervenir con presentaciones escritas o escritas y orales (art. 26). Por otro lado, el *abogado de la Corte*, figura procesal que puede solicitar o nombrar el Tribunal para que lo ayude con el abordaje de las presentaciones legales (art. 35.1). Por último, el *asesor independiente calificado*, a quien puede nombrar el Tribunal, a solicitud de las partes o por propia iniciativa, para que lo asesore en cualquier asunto técnico (art. 35.2). A su vez, la ciudadanía puede participar en calidad de oyente en las audiencias públicas (art. 27).

Además, la publicidad y la transparencia de las resoluciones del Tribunal Supremo no se limitan al texto definitivo de las sentencias, pues desde 2011 también se difunden los procedimientos judiciales en vivo. A partir de entonces, la grabación audiovisual ha primado sobre el registro escrito de los procedimientos judiciales. Por supuesto que, en caso de considerarlo justificado, el Tribunal puede disponer que las sesiones sean cerradas (art. 28 de las Supreme Court

Rules de 2019, n.º 1607) –v.gr., en *Bank Mellat (Appellant) v. Her Majesty's Treasury (Respondent)* (Nº 1), UKSC 38, de 19 de junio de 2013–<sup>84</sup>. Asimismo, el Tribunal difunde un pequeño resumen de prensa escrito y videos en los que el juez que es nominado expone brevemente en una audiencia pública la sentencia dictada<sup>85</sup>. Asimismo, el Tribunal emite *informes anuales* que dan cuenta del desempeño judicial desplegado<sup>86</sup>. En consonancia con todo esto, el órgano ha asumido el compromiso con objetivos estratégicos que atañen a la promoción de la accesibilidad y el conocimiento de la administración de justicia, bajo el entendimiento de que esto promueve la democracia<sup>87</sup>. Así, se advierte que los esfuerzos de comunicación del Tribunal constituyen uno de los mayores contrastes con respecto al antiguo Comité de Apelaciones de la Cámara de los Lores<sup>88</sup>.

En suma, lo expuesto contribuye a incrementar la legitimidad democrática deliberativa de las resoluciones judiciales. A la vez, asegura la rendición de cuentas, controles exógenos sobre los resultados alcanzados y vigilancia con libre acceso por parte de la sociedad como de otras ramas de gobierno. Tal como se expuso con antelación, está demostrado que esto contribuye a los fines de cumplir estándares mínimos de eficacia en la prestación del servicio de justicia y de mejorar la calidad de la jurisprudencia.

En esta sección, sobre el modelo constitucional británico, se puso de manifiesto que las actuaciones judiciales son más transparentes y participativas, a la vez que la garantía de la supremacía constitucional es una tarea compartida entre los diversos órganos del Estado. Aunque en algunos casos las relaciones entre los garantes de la supremacía se aproximan a los ideales de diálogo democrático, también se comprobaron falencias en términos de legitimidad; principalmente, que en algunos casos la última palabra puede quedar en manos de una autoridad –el Parlamento– aun sin ofrecer razones justificativas e incluso mediante un absoluto silencio frente a una declaración de incompatibilidad de una norma por parte de los jueces.

## CONCLUSIONES

Al cabo de este trabajo pueden extraerse las siguientes *conclusiones*. Primera, en España el actor central de la garantía de la supremacía constitucional es el

84 MORAN, L. *Visible Justice: Youtube and the UK Supreme Court*. En *Annual Review of Interdisciplinary Justice Research*. Vol. 5, 2016, 223-263.

85 Esto se difunde en el canal del Tribunal en YouTube (<https://www.youtube.com/user/UKSupremeCourt/featured>), como también en su página web oficial (<https://www.supremecourt.uk/>) (18 de diciembre de 2020).

86 Dichos informes están disponibles en: <https://www.supremecourt.uk/about/planning-and-governance.html> (18 de diciembre de 2020).

87 Véase: <https://www.supremecourt.uk/docs/mission.pdf> (18 de diciembre de 2020).

88 CORNES, R. *A Constitutional Disaster in the Making?: The Communications Challenge Facing the United Kingdom's Supreme Court*. En *Public Law*. N.º 2, 2013, 266-291.

Tribunal Constitucional, es decir, un órgano contrademocrático. Además, el sistema no promueve una genuina deliberación democrática entre las ramas de gobierno, ni se asegura una instancia abierta para que los grupos o personas interesadas en los asuntos constitucionales puedan tanto expresar sus perspectivas como también conocer y participar sobre las que debaten los jueces.

*Segunda*, en el sistema de Reino Unido todos los órganos del Estado están a cargo de la garantía de la supremacía constitucional mediante competencias complementarias, y la autoridad final queda en manos de un órgano democrático como es el Parlamento, que puede o no ejercerla. Pese a que en algunos casos se promueve la deliberación democrática, en otros la garantía de la supremacía constitucional no opera bajo criterios de deferencia recíproca que ceden ante el mejor argumento, pues el Parlamento puede imponer la última palabra aun mediante un absoluto silencio y sin razones justificativas frente a una declaración judicial de incompatibilidad de una norma.

*En suma*, los aspectos deficitarios en términos de legitimidad que fueron identificados en ambos sistemas podrían moderarse mediante la adopción de ciertos postulados teóricos y la émula de ciertas experiencias institucionales, de carácter reciente y promisorio, que se guían bajo criterios de diálogo inclusivo y deferencia recíproca en la tarea de garantizar la supremacía constitucional. Esto requiere extremar el estudio y la creatividad para diseñar instrumentos jurídicos que, sin soslayar las particularidades de cada contexto jurídico y social, puedan contribuir a la deliberación democrática.

A modo de colofón, si se toman en serio los postulados de la corriente deliberativa de la democracia, entonces no puede colegirse que estas líneas exploratorias pretendieron hallar respuesta única y última. Más bien, las premisas aquí planteadas solo aspiraron a nutrir un debate más amplio.

#### REFERENCIAS

- AGUIAR DE LUQUE, L. *Control de normas en el modelo europeo de justicia constitucional*. En LÓPEZ GUERRA, L. (coord.), *La justicia constitucional en la actualidad*. Quito: Corporación Editora Nacional-Instituto de Derecho Público Comparado, 2002, 201-228.
- ATIENZA, M. *Prólogo*. En DO VALE, A. R., *La deliberación en los tribunales constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, 11-16.
- BAYÓN MOHÍNO, J. C. *Derechos, democracia y Constitución*. En *Revista Discusiones*. N.º 1, 2000, 65-94.
- BAYÓN MOHÍNO, J. C. *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*. En CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, 285-355.
- BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis-New York: Bobbs-Merrill, 1962.

- BOHMAN, J. *Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy*. En *Journal of Political Philosophy*. Vol. 6, n.º 4, 1998, 400-424.
- BRONSTRUP, F. B. *El amicus curiae en la jurisdicción constitucional española*. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 36, n.º 108, 2016, 181-200.
- CORNES, R. *A Constitutional Disaster in the Making?: The Communications Challenge Facing the United Kingdom's Supreme Court*. En *Public Law*. N.º 2, 2013, 266-291.
- DO VALE, A. R. *La deliberación en los tribunales constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.
- FERRERES COMELLA, V. *The Spanish Constitutional Court: Time for Reforms*. En *Journal of Comparative Law*. Vol. 3, n.º 2, 2008, 22-38.
- FERRERES COMELLA, V. *El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas*. En *Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, 11-42.
- FERRERES COMELLA, V. *¿Cómo vincula la jurisprudencia constitucional al legislador?* En AHUMADA RUIZ, M., FERRERES COMELLA, V., LÓPEZ GUERRA, L. y VIVER PI-SUNYER, C., *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?* Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 2012, 11-26.
- FRIEDMAN, B. *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*. En *New York University Law Review*. Vol. 73, n.º 2, 1998, 333-433.
- GARDBAUM, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- GARGARELLA, R. 'We the People' Outside the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances. En *Current Legal Problems*. Vol. 67, n.º 1, 2014, 1-47.
- GRIFFITH, J. *The Political Constitution*. En *The Modern Law Review*. Vol. 42, n.º 1, 1979, 1-21.
- HABERMAS, J. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 4.<sup>a</sup> ed. Madrid: Trotta, 2008.
- HALE, L. *The Supreme Court: Guardian of the Constitution?* En *Sultan Azlan Shah Lecture*. Vol. 9, 2016, 1-13.
- HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J. *El Federalista*. 2.<sup>a</sup> ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2010.
- HIEBERT, J. *Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?* En *The Modern Law Review*. Vol. 69, n.º 1, 2006, 7-28.
- KAVANAGH, A. *What's so Weak about 'Weak-Form Review'? The Case of the UK Human Rights Act 1998*. En *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 13, n.º 4, 2015, 1008-1039.
- KRAMER, L. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

- LAPORTA, F. *El imperio de la ley. Una visión actual.* Madrid: Trotta, 2007.
- LEVY, R. *The 'Elite Problem' in Deliberative Constitutionalism.* En LEVY, R., KONG, H., GRAEME, O. y KING, J. (eds.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism.* Cambridge: Cambridge University Press, 2018, 351-368.
- LINALES, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes.* Madrid: Marcial Pons, 2008.
- LINALES, S. *Democracia participativa epistémica.* Madrid: Marcial Pons, 2017.
- MARTÍ, J. L. *La república deliberativa: una teoría de la democracia.* Madrid: Marcial Pons, 2006.
- MORAN, L. *Visible Justice: Youtube and the UK Supreme Court.* En *Annual Review of Interdisciplinary Justice Research.* Vol. 5, 2016, 223-263.
- NIEMBRO ORTEGA, R. *Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional.* En *Revista Española de Derecho Constitucional.* N.º 95, 2012, 139-168.
- NINO, C. S. *La constitución de la democracia deliberativa.* Buenos Aires: Gedisa, 1997.
- RUBIO LLORENTE, F. *La forma del poder: Estudios sobre la Constitución,* 3.<sup>a</sup> ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2012.
- SALAZAR UGARTE, P. *La democracia constitucional: una radiografía teórica.* México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- TATE, C. N. y VALLINDER, T. (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power.* New York-London: New York University Press, 1995.
- TUSHNET, M. *Taking the Constitution Away from the Courts.* New Jersey: Princeton University Press, 1999.
- TUSHNET, M. *Is Congress Capable of Conscientious, Responsible Constitutional Interpretation?: Some Notes on Congressional Capacity to Interpret the Constitution.* En *Boston University Law Review.* Vol. 89, 2009, 499-509.
- TUSHNET, M. *New Institutional Mechanisms for Making Constitutional Law.* En BUSTAMANTE, T. y GONÇALVEZ FERNÁNDEZ, B. (eds.), "Democratizing Constitutional Law", en *Law and Philosophy Library.* Vol. 113, 2016, 167-183.
- VÍRGALA FORURIA, E. *La Constitución británica en el siglo XXI. Soberanía parlamentaria, constitucionalismo common law y leyes constitucionales.* Madrid: Marcial Pons, 2018.
- WALDRON, J. *Derecho y desacuerdos.* Madrid: Marcial Pons, 2005.
- WALDRON, J. *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, 2018.