

Este documento está publicado en:

Gómez Fernández, I. (2014). Francisco Fernández Segado: La evolución de la Justicia Constitucional. Dickinson S. L. Madrid, 2013. *Teoría y Realidad Constitucional*, 34, pp. 630-635

DOI: <https://doi.org/10.5944/trc.34.2014.14080>



FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: *La evolución de la Justicia Constitucional*. Dickinson S. L. Madrid, 2013.

El libro en la obra del autor

Francisco Fernández Segado ha dedicado buena parte de su actividad investigadora a trabajar sobre el tema de la Justicia Constitucional, con lo que puede ser considerado, y seguramente no realizó una afirmación abierta a la polémica, como uno de los principales expertos en la materia dentro la academia jurídica española. Su más reciente publicación sobre el tema lleva por título *La evolución de la Justicia Constitucional*. Su lectura nos acerca al tema de fondo del devenir de la justicia constitucional desde su surgimiento en los Estados Unidos de Norteamérica hasta la actualidad. Pero también al punto de arribo de las reflexiones del autor y a las conclusiones alcanzadas tras años de reflexión sobre la importancia de la justicia constitucional en distintos ordenamientos jurídicos, punto y conclusiones que nos presentan la evolución —tendente a la convergencia— de los dos grandes modelos clásicos de justicia constitucional: el sistema de *judicial review*, y el modelo europeo continental. Así este texto hay que entenderlo, y leerlo, en el contexto de una línea de investigación del autor, clara, definida, constante y extensa, sobre la que se apuntará, más adelante, algún elemento más.

A grandes rasgos, el libro que nos ocupa, de 1458 páginas, recopila once artículos publicados por el autor entre los años 2008 y 2012, un capítulo inédito escrito expresamente para este libro y otro

totalmente reformulado, así como varios comentarios bibliográficos extensos.

El conjunto nos ofrece un volumen de 14 capítulos organizados en siete partes: a) los inicios de la *Judicial Review*¹; b) los modelos de Justicia Constitucional²; c) las omisiones legislativas y control de constitucionalidad³; d) los *dissents* en

1 Integran este apartado primero los siguientes texto: «Los orígenes de la *Judicial Review*», en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 82; «La *judicial review* en la pre-Marshall Court», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 28; «El transcurso político y jurídico de la «Marbury v. Madison Decision», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 15; «La sentencia *Marbury v. Madison*» en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 83 (en una versión anterior).

2 El apartado segundo es integrado por los trabajos: «La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional» en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 84 y en *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 12. Este trabajo se basa en buena medida en el anterior «La obsolescencia de la bipolaridad de «modelo americano-modelo europeo-kelseniano» como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa», publicada en *Parlamento y Constitución*, n.º 6, en *Teoría del diritto e dello stato*, n.º 1, 2 y 3; y —en lengua francesa— en *Mouvement du droit public: du droit administratif au droit constitutionnel: du droit français aux autres droits: mélanges en l'honneur de Franck Moderne* —Dalloz, (2004)— y en *Jahrbuch des öffentlichen rechts der gegenwart*, n.º 52.

3 En esta tercera parte encontramos «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: algunas cuestiones dogmáticas», publicado en *Scritti in onore di Lorenza Carlassare: il Diritto costituzionale come regola e limite al potere: Dei giudici e della giustizia costituzionale* (Jovene, Napoles, 2009) y en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 75; «El control de las omisiones legislativas por el «Bundesverfassungsgericht», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 22; «El nuevo

la justicia constitucional⁴; e) los efectos de las sentencias constitucionales⁵; f) los Tribunales Constitucionales, de legisladores negativos a positivos⁶; y g) justicia constitucional estado de derecho y libertad, comentarios bibliográficos.

Como se apuntaba más arriba, esta obra de Fernández Segado debe ser entendida como parte integrante e inescindible de una línea de investigación consolidada en la trayectoria del autor. Tenemos que remontarnos al año 1983, apenas «reestrenada» la jurisdicción constitucional en España, para encontrar el primer trabajo del profesor Fernández Segado sobre el tema. *La jurisdicción constitucional en España*, publicada primero por la Universidad Autónoma de Madrid (1983) y luego por la Editorial Dykinson (1984), fue uno de los primeros trabajos monográficos que vio la luz en nuestro país sobre el tema de la justicia constitucional, y es todavía una obra de referencia. Allí se anotaban las primeras reflexiones del autor sobre la cuestión, reflexiones que desde entonces no han cesado y que presentan, como colofón el trabajo objeto de comentario. El análisis de la justicia constitucional por

parte del autor dejó pronto atrás las fronteras del sistema patrio para enfrentarse al análisis comparado, que no puede calificarse más que de exhaustivo, y en aras del cual ha visitado, metafórica —y también literalmente hablando— buena parte de los ordenamientos jurídicos que suelen servirnos a la academia hispana como referente y parámetro comparativo. Particularmente extenso es su conocimiento de los sistemas de justicia constitucional de la América Hispana y Lusa, donde el profesor es referente inequívoco en este tema en particular. La última etapa, hasta el momento, de este viaje académico, en el que también se han visitado los necesarios referentes europeos, lleva al autor a los Estados Unidos de Norteamérica, y el libro que se comenta da buena prueba de ello, pues más de la mitad del mismo se organiza en torno a los cinco capítulos que integran la primera parte, dedicada a los inicios de la judicial review y en la que se estudia la *Marshall Court*, y los antecedentes de la misma.

Para concluir con la ubicación geográfica y cronológica de la obra en el devenir de los trabajos del profesor Fernández Segado, y para quien desconozca el alcance de los mismos, es preciso aclarar que aunque el volumen de la obra comentada pudiera hacer pensar que, por enciclopédica, es también omnicompreensiva, no es este el caso, en la medida en que no recoge la totalidad de las líneas de trabajo afrontadas por el autor en materia de justicia constitucional. Otros «viajes» intelectuales, son objeto de otros libros de este autor, aunque el barco sea siempre el mismo. A mi juicio, este trabajo quedaría completado, fundamentalmente, por otras dos obras similares en extensión y comunes en temática: *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, de la cual es coordinador y autor principal, junto con Domingo

régimen jurídico de la ação de inconstitucionalidade por omissão: la ley brasileña n.º 12.063, de 27 de octubre de 2009», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 14.

4 Apartado integrado por los textos «El justice Oliver Wendell Holmes: «the great dissenter» de la Supreme Court», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 25; «La recepción del Sondervotum en Alemania», en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 77.

5 Este apartado quinto se conforma con el trabajo «Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 12.

6 Por último la sexta parte contiene el texto «El Tribunal Constitucional español como legislador positivo», previamente publicado en *Revista Pensamiento Constitucional*, vol. 15, n.º 15.

García Belaunde (Dykinson, 1997), y *La Justicia Constitucional: una visión de derecho Comparado* (Dickinson, 2009), en cuyo Tomo I ya se hablaba de los sistemas de justicia constitucional, de las «dissenting opinions», pero se realizaba una aproximación, inexistente en el trabajo del año 2013, al control de «comunitariedad» (Tomo I), a la Justicia Constitucional en Francia (Tomo II), y a la Justicia Constitucional en América Latina y en España (Tomo III), fundamentalmente desde una perspectiva histórica.

La convergencia de modelos de justicia constitucional como «leitmotiv»

Aunque la naturaleza esencialmente compilatoria del trabajo de Fernández Segado, a la que ya se ha hecho referencia, podría hacer pensar que *La evolución de la justicia constitucional*, es un «texto de textos», lo cierto es que se trata de algo más que de una mera recopilación de trabajos previos sin otra conexión que la temática genérica de la justicia constitucional.

El autor afirma en el prólogo que el título del libro es un rótulo al que «pueden reconducirse, con mayores o menores matices, las diversas partes que en él abordamos». Pero para esta lectora, es algo más. El torrente de información e ideas que concurren en el texto va formando un cauce por el que discurre una imagen, a veces en la superficie, otras en la esencia de lo escrito: la imagen de la convergencia progresiva entre el sistema de justicia constitucional propio de la *judicial review* y el sistema de justicia constitucional de la Europa continental contemporánea. Así, cuando el título habla de evolución de la justicia constitucional, en el fondo nos está hablando de evolución hacia la confluencia, y por tanto de una progresiva identificación de «las justicias cons-

titucionales» hacia un macro sistema de justicia constitucional en el que pueden observarse submodelos cada vez menos asociables a una presentación dicotómica, y que, por eso mismo, cada vez encuentran mayor y mejor cobijo en esa gran noción de justicia constitucional universalmente reconocible.

Nada obsta a lo dicho la constatación de que la parte central de la obra, por volumen, y por la propia consideración del autor que así lo expresa también en el prólogo, es la que se dedica a los orígenes de la *judicial review*. A mi juicio, el autor pretende mostrar en los capítulos que integran esta primera y principal sección, como la Corte Suprema norteamericana confiere un desarrollo evolutivo al texto Constitucional, al dar respuesta a cuestiones nuevas, afirmando no sólo la normatividad de la Constitución y su posición en el ordenamiento, sino la propia posición de la Corte en una suerte de discurso autoconstructivo. La conexión de esta idea con la de la evolución de los sistemas de justicia constitucional hacia la convergencia podría radicarse en esa toma de posición de las Cortes Constitucionales o con funciones constitucionales, en uno y otro modelo jurídico. Los Tribunales Constitucionales europeos también han ido autoconformando su posición en el sistema jurídico, en muchos casos redefiniendo con sus pronunciamientos su perfil institucional, y sus propias funciones.

Solo por poner un ejemplo que avale la afirmación previa, y centrándonos exclusivamente en los temas tratados por Francisco Fernández Segado, el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, que ha sido desarrollado por Tribunales Constitucionales como el alemán y el italiano sin soporte normativo inicial alguno en ambos casos, y que supone, como el propio autor indica «una ruptura

frontal, podría decirse incluso que brutal, con los principios dogmáticos básicos sobre los que se construyó el Estado constitucional liberal», pone de manifiesto que los Tribunales Constitucionales del sistema continental han venido reforzando su posición frente al legislador, no sólo para garantizar el respeto a la Constitución por parte de aquel, sino para asegurar el desarrollo adecuado de la Norma Fundamental, y cuando hablamos de adecuado hablamos de constitucionalmente querido. Las sentencias que resuelven procesos constitucionales planteados contra la inacción del legislador, poseen la virtualidad de innovar el ordenamiento en caso de ser estimatorias, en mayor o menor medida según los efectos que a ellas se asocien, pero sin duda ponen en jaque la posición dogmáticamente asentada del Tribunal Constitucional como legislador exclusivamente negativo, y plantean problemas que la ortodoxia constitucional debe resolver, y que el autor de este trabajo, pone sobre la mesa. Reconduciendo esta reflexión a la idea que la inspira: el órgano de referencia de la *judicial review*, la Corte Suprema norteamericana innova el ordenamiento constitucional al desarrollarlo y reafirma con ello su posición de garante. Las cortes constitucionales continentales, cada vez más, lo hacen también.

Esta evolución de los modelos hacia la convergencia es constatada por el autor que, no obstante, valora por su virtualidad pedagógica la división clásica entre sistema de justicia constitucional de la *judicial review*, y sistema de justicia constitucional continental o kelseniano. Ello no obsta para que el profesor Fernández Segado proponga una construcción alternativa explicativa de los modelos de justicia constitucional, una construcción mucho más rica, y mucho más poliédrica, una construcción que se destila desde

reflexiones previas y que el autor no considera totalmente acabada.

La convergencia de modelos constitucionales no es un tema nuevo en la bibliografía del autor, ya que fue objeto de un trabajo fechado en 2004 (*La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004). Tampoco parece que sea un tema cerrado, precisamente porque la profundización del autor en nuevos ordenamientos jurídicos, el interés en desarrollar estudios comparados que le llevan cada vez más lejos en el tiempo y en el espacio, le impiden descartar la posibilidad de que el cuadro conceptual que diseña, y en el que encajan «los modelos» de justicia constitucional, esté incompleto o pueda ser mejor perfilado. Lo único que parece ser inamovible en la conclusión de Fernández Segado es que la universalización de la justicia constitucional ha incidido en la clásica contraposición bipolar a la que trataron de ser reconducidos los distintos sistemas de justicia constitucional: el sistema americano (*judicial review of legislation*) y el europeo-kelseniano (*Verfassungsgerichtsbarkeit*), y que esa bipolarización de modelos debe ser presentada, en realidad como una organización orbital en torno a dos ejes, definidos por cada uno de los dos modelos clásicos en torno a los cuales gravitan distintos sistemas, casi tantos como ordenamientos jurídicos, más o menos próximos entre sí, y con características más o menos comunes.

Así visto, podría pensarse que Fernández Segado describe una suerte de escenario móvil, que podría parecer desconcertante, sobre todo por esa idea de que a su vez es un escenario en permanente evolución, en el que los Tribunales Constitucionales van asumiendo papeles que

no les habían sido repartidos al escribirse el guión de la jurisdicción constitucional. Pero no creo que eso sea así exactamente. Fernández Segado describe y sistematiza. Y lo hace con maestría. La visión del caos dentro del orden que arroja la justicia constitucional en este momento responde a mi propia percepción de los modelos, percepción que es una preconcepción con la que yo me he acercado al trabajo de Fernández Segado, y que ha condicionado por lo mismo las conclusiones extraídas de su lectura que ni son exactamente las mismas que presenta el autor, ni serían seguramente las mismas que podrían extraer otros lectores, aunque seguramente muchos podemos estar de acuerdo con la pérdida de utilidad analítica de la contraposición entre modelo americano y modelo europeo kelseniano, y con la obsolescencia de la bipolaridad, obsolescencia en gran medida surgida con la propia conceptualización de la bipolaridad puesto que elementos de «mixtura» hubo prácticamente desde el surgimiento de los primeros tribunales constitucionales europeos de la segunda posguerra mundial.

Para terminar este comentario quisiera apuntar que el trabajo de Francisco Fernández Segado puede destacar, entre otras obras de temática similar, por la visión histórica que ofrece sobre el surgimiento del modelo norteamericano de justicia constitucional. Los datos, el análisis, la claridad expositiva, la sistemática de esta primera parte ofrecen al lector una visión no siempre fácilmente accesible, de un tema de no menor interés. Es cierto que toda esta primera parte del libro, centrada en la *judicial review*, no nos ofrece soluciones a los problemas actuales, que son muchos, que se ciernen sobre la justicia constitucional, pero en cambio nos permite plantearnos algunos interrogantes sobre esa confluencia de modelos

de justicia constitucional y particularmente, sobre dos cuestiones, a mi juicio muy importantes: la posición del juez constitucional, como individuo con nombre y apellidos, en la construcción de la jurisdicción constitucional, y el papel de los tribunales constitucionales como órganos contramayoritarios de vigilancia de la norma que es, por excelencia, la norma mayoritaria: la Constitución.

Cuando se habla de la sentencia *Marbury vs Madison*, o de su background, o de la pre-Marshall Court, se está poniendo de manifiesto la importancia del *Chief Justice Marshall* en el surgimiento, consolidación y evolución del sistema de justicia constitucional de la *judicial review*, y se pone de manifiesto también como el modelo originario de tal sistema destaca la posición del juez sobre la posición del legislador, mostrando la mayor confianza depositada en el primero como garante de las bases conformadoras del sistema jurídico. En el modelo español de justicia constitucional la posición del juez constitucional es la de actor secundario que no debe adquirir protagonismo, y que de hecho apenas lo adquiere, porque es el órgano colegiado el que toma las decisiones, y el que asume la posición institucional de garante de la Constitución. Pero esa posición, asumida por el Tribunal, y por la doctrina, admite prueba en contrario, una prueba que los juristas, los estudiosos de la justicia constitucional, deberíamos buscar. Todas las sentencias no son iguales, y las sentencias «hito» de nuestra jurisprudencia responden a ponencias con un autor determinado, que expresa el sentir del plenario, sin duda, pero que no son indiferentes al sentir de su autor. Si profundizáramos en este tema, si tuviéramos el ánimo de afrontar análisis de este tipo, en los que pusiéramos en duda la premisa de partida, de que es el Tribunal

y no los Magistrados del Tribunal Constitucional el que habla, quizá alcanzásemos a entender mejor, en muchas ocasiones, no solo la jurisprudencia constitucional, sino también el propio devenir evolutivo de nuestro modelo de justicia constitucional. Baste un ejemplo como prueba: la naturaleza del actual recurso de amparo, y por tanto el alcance del sistema nacional de protección de derechos, y la propia posición del Tribunal Constitucional como garante último de esos derechos viene definida por los propios pronunciamientos del Tribunal Constitucional al establecer qué es y qué no es la especial trascendencia constitucional. Hasta la fecha, el Tribunal no está hablando con una voz única sobre esta cuestión, su jurisprudencia no es clara y su posición, por lo mismo, tampoco lo es. Y a esta circunstancia no son ajenas las posiciones individuales de los Magistrados constitucionales sobre el papel del Tribunal en el sistema de garantías de los derechos fundamentales. Vale la pena pensar en ello.

Por último, la cuestión de la legitimidad del Tribunal Constitucional está, lamentablemente, de rabiosa actualidad. Y no es un problema resuelto, ni mucho menos, a pesar de que ya muchos autores

le han dedicado muchas páginas. Hoy la cuestión vuelve a nosotros de la mano de la crisis de legitimidad en que se ven inmersas todas las instituciones del Estado. Y el Tribunal no queda fuera de la marea de escepticismo y desconfianza. La Sentencia 31/2010 empujó al Tribunal dentro de la misma... y aún no se ha encontrado el modo de salir. ¿Puede un Tribunal con 12 integrantes enmendar la voluntad legislativa refrendada en las urnas por la ciudadanía? ¿Puede un Tribunal con una composición no paritaria juzgar asuntos en que la perspectiva de género puede ser determinante? ¿Puede un Tribunal elegido del modo en que lo es el nuestro resolver de manera políticamente neutral recursos planteados por las minorías parlamentarias? ¿De qué modo actúa en este caso el principio contramayoritario?

Y podríamos seguir planteando interrogantes, y temas abiertos. Este es sólo un botón. Una muestra. Un cabo para tirar y deshacer el ovillo... un punto de partida, quizás, para el siguiente trabajo de Francisco Fernández Segado.

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ

*Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III*