

Francisco Fernández Segado

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: UNA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO

Tomo I

**Los sistemas de justicia constitucional.
Las «dissenting opinions».
El control de las omisiones legislativas.
El control de «comunitariedad»**

Palabras previas del Prof. Antonio Ruggeri

DYKINSON - CONSTITUCIONAL



ÍNDICE PARCIAL DEL TOMO I

Tomo I

Los sistemas de justicia constitucional.

Las «dissenting opinions».

El control de las omisiones legislativas.

El control de «comunitariedad»

	<i>Pág</i>
ÍNDICE GENERAL ABREVIADO	15
ÍNDICE GENERAL DE LA OBRA	19
PRESENTACIÓN	47

PRIMERA PARTE

LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL: CONFORMACIÓN HISTÓRICA, EVOLUCIÓN Y PROGRESIVA CONVERGENCIA	51
I. Conformación histórica de los sistemas de control de constitucionalidad	53
1. Introducción: la progresiva expansión de la jurisdicción constitucional y su funcionalidad en los regímenes democráticos	53
2. La obra del Juez Marshall y la doctrina de la «judicial review»	62
A) <i>Los antecedentes ingleses: la doctrina del Juez Coke</i>	62

	<u>Pág</u>
B) <i>La «judicial review» en Norteamérica: sus orígenes, formulación de la doctrina y evolución</i>	65
3. El control político de la constitucionalidad de las leyes	82
A) <i>El control político en los orígenes del constitucionalismo revolucionario francés</i>	82
B) <i>La controversia acerca del «Jurie constitutionnaire» defendido por Sieyès</i>	84
C) <i>La evolución ulterior del control político en Francia</i>	88
4. La jurisdicción constitucional en la Europa de entreguerras	96
A) <i>Los antecedentes del control autónomo de constitucionalidad en Europa</i>	96
B) <i>El pensamiento kelseniano y el modelo austriaco de control autónomo de la constitucionalidad</i>	108
C) <i>Otros modelos de control autónomo de la constitucionalidad en la Europa de entreguerras</i>	119
5. Bibliografía manejada	123
II. La obsolescencia de la bipolaridad «modelo americano – modelo europeo-kelseniano» como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa	129
1. Reflexiones preliminares	130
2. La última <i>ratio</i> de la bipolaridad: la concepción del «legislador negativo» y la reafirmación kelseniana del principio de sujeción de los jueces a la ley	134
3. La obsolescencia de la clásica polaridad «sistema americano» <i>versus</i> «sistema europeo-kelseniano»	142
A) <i>Los binomios contrapuestos de Calamandrei</i>	142
B) <i>La reforma constitucional austriaca de 1929 y su efecto: del monopolio del control de constitucionalidad por el «VfGH» al mero monopolio de rechazo</i>	143
C) <i>Las circunstancias relativizadoras de la rígida contraposición entre el carácter incidental o principal del control</i>	146
D) <i>Los elementos de aproximación frente a la supuesta separación visualizada en el par de binomios relativos a la extensión y naturaleza de los efectos de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad</i>	150
a) El determinante influjo de la regla « <i>stare decisis</i> » en el sistema norteamericano	152
b) Las sentencias interpretativas de los Tribunales Constitucionales: la proximidad de su eficacia a la regla del precedente ..	155

c) La generalizada aceptación de los efectos «ex tunc» de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de los Tribunales Constitucionales	156
d) La «prospective overruling» en el sistema norteamericano	158
E) <i>Otros argumentos reveladores de la notable relativización de la teórica contraposición entre los dos sistemas</i>	168
a) El «writ of certiorari» y la conversión de la «Supreme Court» en una suerte de Tribunal constitucional	169
b) La adopción por los Tribunales constitucionales de técnicas propias de la «Supreme Court», con la consiguiente asunción de un rol verdaderamente creativo	179
4. La centralidad del modelo americano en el proceso de convergencia de los dos tradicionales sistemas de control de constitucionalidad	180
5. La quiebra frontal de la concepción kelseniana del «legislador negativo»	184
6. La mixtura e hibridación de los actuales sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad	191
7. A la búsqueda de una nueva tipología explicativa de las variables conformadoras del control de la constitucionalidad	210
8. Bibliografía manejada	216

SEGUNDA PARTE

LAS «DISSENTING OPINIONS»	225
III. Las «dissenting opinions»: de su inicial adscripción a los sistemas de «common law» a su progresiva generalización en el ámbito de la justicia constitucional	227
1. El «dissent», «the hallmark of the American judiciary»	228
2. La recepción del «dissent» en los sistemas de «civil law»	235
3. Las «separate opinions» en los Estados Unidos	239
A) <i>La tradición del «common law» y las «seriatim opinions» en los primeros años de la «Supreme Court»</i>	239
B) <i>La «Marshall Court» y las «opinions of the Court»</i>	246
C) <i>Los «dissenting Justices» del siglo XIX</i>	263
a) Los primeros «dissenters»	268

	<u>Pág</u>
b) El primer gran «dissent»: John Marshall Harlan y el caso «Plessy v. Ferguson»	280
D) <i>Los «dissenting Justices» de la Corte pre-Rooseveltiana:</i>	286
a) El paradigma de los «dissenters»: Oliver Wendell Holmes y el realismo legal	286
b) Los «great dissenters»: Louis D. Brandeis y Harlan F. Stone ..	301
E) <i>El «New Deal», Roosevelt y la Revolución constitucional</i>	314
F) <i>Los grandes «dissenters» y «dissents» de la «Supreme Court» de los dos últimos tercios del pasado siglo</i>	321
G) <i>El imparable crecimiento de los «dissents» en la Corte post-Rooseveltiana</i>	347
H) <i>El contrapunto del «self-restraint» y la ocasional conveniencia de la unanimidad. El paradigma del caso «Brown v. Board of Education of Topeka»</i>	359
I) <i>La patología del «dissent»: las «plurality decisions»</i>	371
J) <i>El permanente debate norteamericano acerca del «dissent»</i>	386
4. La recepción del «Sondervotum» en Alemania	392
A) <i>Sus antecedentes en la historia jurídica alemana y en los «Länder»</i> ..	392
B) <i>La inadmisión del instituto en la Ley del Tribunal Constitucional Federal de 1951 y el ulterior peculiar proceso de génesis del mismo</i>	395
C) <i>La reforma de la «BVerfGG» de 1970 y la ulterior regulación reglamentaria de las «abweichende Meinungen»</i>	406
D) <i>La praxis del «Sondervotum» y los posicionamientos de la doctrina</i>	410
5. La recepción del voto particular en España	415
A) <i>Sus antecedentes en la legislación procesal ordinaria</i>	415
B) <i>Sus antecedentes en la legislación procesal constitucional de la Segunda República</i>	422
C) <i>Su constitucionalización en 1978</i>	426
D) <i>Su regulación en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional</i>	429
E) <i>La praxis del voto particular</i>	435
F) <i>Valoración final</i>	439
6. El permanente y profundo debate italiano en torno a las «opinioni dissenzienti»	440
A) <i>Antecedentes históricos</i>	440
B) <i>La ausencia de este instituto en la Constitución y en la ordenación jurídica de la «Corte costituzionale»</i>	443

	<u>Pág</u>
C) <i>Las sucesivas propuestas para su introducción</i>	448
D) <i>La abrumadora posición favorable de la doctrina hacia la institucionalización del instituto</i>	457
E) <i>El debate científico en torno a la técnica normativa para su introducción</i>	465
7. Aproximación a la situación del instituto del «dissent» en otros países	469
A) <i>Inglaterra y Canadá</i>	469
B) <i>Los países nórdicos</i>	477
C) <i>Austria y Suiza</i>	478
D) <i>Otros países: la ex-Yugoslavia, Portugal, Hungría y Polonia</i>	481
8. El «dissent» en los Tribunales internacionales	485
9. El inacabable debate científico en torno al «dissent»	488
A) <i>Los argumentos institucionales</i>	488
a) <i>Argumentos favorables</i>	488
a') «Dissent» y standards democráticos	489
b') Publicidad y transparencia de las decisiones judiciales	494
c') Fortalecimiento del prestigio del Tribunal y de la autoridad de sus decisiones	496
b) <i>Argumentos contrarios</i>	499
a') Debilitamiento de la autoridad del Tribunal y de sus decisiones	500
b') Peligro de instrumentalización partidista	503
c') Obstrucción para la formación de mayorías en el Tribunal	505
B) <i>Los argumentos atinentes a la situación subjetiva del Juez</i>	505
a) <i>Argumentos favorables</i>	505
a') Garantía de su independencia y libertad	505
b') Fortalecimiento de su responsabilidad	508
b) <i>Argumentos contrarios</i>	509
a') Constricción de la independencia judicial	510
b') Aumento de la carga de trabajo	511
c') Peligro de enfrentamiento entre los Jueces	512
d') Peligro de abuso y de frivolidad en el planteamiento de «dissents»	513
C) <i>Los argumentos referentes a la aplicación judicial del Derecho</i>	515
a) <i>Argumentos favorables</i>	515
a') Contribución al dinamismo de la jurisprudencia y del Derecho	515
b') Viabilización de una lectura plural de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico	522

	<u>Pág</u>
c') Mejora de la calidad de la argumentación y de la propia jurisprudencia	524
b) Argumentos contrarios	527
a') Creación de inseguridad jurídica y de confusión	527
b') Relativización del precedente	529
D) <i>Los argumentos relativos a la cultura jurídica</i>	531
10. Reflexiones finales	534
11. Bibliografía manejada	536

TERCERA PARTE

LA BÚSQUEDA DE NUEVOS CAUCES DE SALVAGUARDA DE LA CONSTITUCIÓN: LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN	559
---	-----

IV. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: de la fiscalización concreta de las omisiones, por lo general relativas, del legislador al control abstracto de las omisiones por lo general absolutas. Las nuevas técnicas de control de la omisión inconstitucional en Portugal y Brasil	561
1. Introducción	563
2. El debate doctrinal en torno a la admisión o rechazo de la fiscalización de las omisiones legislativas.....	571
3. El constitucionalismo social y el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones problemáticas ..	576
A) <i>Las Constituciones programáticas</i>	576
B) <i>Los derechos sociales. La búsqueda de instrumentos de control que garanticen su plena normatividad</i>	582
C) <i>Los mandatos al legislador: ¿discrecionalidad del legislador o deber de legislar?</i>	586
D) <i>¿Un derecho individual a la emanación de normas?</i>	593
4. Tipología de las omisiones legislativas: las omisiones absolutas y relativas	596
5. Caracterización jurídica de la omisión inconstitucional:.....	602
A) <i>La disyuntiva entre las concepciones obligacionales y las concepciones normativistas</i>	602
B) <i>Los presupuestos de la omisión inconstitucional</i>	608
a) Incumplimiento de un deber constitucional de legislar ..	608

	<u>Pág</u>
b) Las fuentes del deber constitucional de legislar.....	611
c) Transcurso de un período razonable de tiempo.....	618
d) Intrascendencia de la intencionalidad del legislador inactivo. Omisiones y lagunas.....	626
e) Efecto objetivo de violación de la Constitución.....	629
C) <i>Conceptualización de la omisión inconstitucional</i>	632
6. Las posibles técnicas con las que controlar las omisiones del legis- lador.....	635
7. ¿Juez constitucional <i>versus</i> legislador?: el debate sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad por omisión.....	639
8. El control de las omisiones legislativas por el «Bundesverfassungs- gericht».....	646
A) <i>El «Verfassungsbeschwerde» como instrumento procesal frente a las omisiones</i>	647
B) <i>El incumplimiento del deber de legislar por el legislador: la omi- sión legislativa. La «exclusión arbitraria de beneficio»</i>	655
C) <i>La pluralidad de técnicas decisorias del «BVerfG»</i>	659
a) Las decisiones de apelación al legislador («Appellentschei- dung»).....	661
b) Las declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad («Unvereinbarkeitserklärung»).....	671
c) Las decisiones interpretativas o de interpretación conforme a la Constitución («Verfassungskonforme Auslegung») ..	681
9. La fiscalización de las omisiones legislativas por la «Corte constitu- zionale».....	685
A) <i>La rápida asunción por la «Corte» de un rol protagonista en el control de las omisiones del legislador</i>	685
B) <i>Las sentencias manipulativas</i>	696
a) Las sentencias aditivas.....	703
b) Las sentencias sustitutivas.....	709
c) Las sentencias aditivas de principio.....	710
C) <i>Las «sentenze-monito»</i>	722
10. El «Verfassungsgerichtshof» ante las omisiones legislativas.....	727
11. El control de las omisiones legislativas por el Tribunal Constitucio- nal español.....	734
12. La fiscalización de las omisiones legislativas en otros países: Fran- cia. Estados Unidos. Canadá. Sudáfrica.....	754
13. La consagración constitucional en Yugoslavia del control abstrac- to de las omisiones de leyes y actos generales contrarias a la Cons- titución.....	765
A) <i>Los obstáculos frente a la justicia constitucional en el consti- tucionalismo de los países socialistas europeos</i>	765

	<u>Pág</u>
B) <i>La introducción de la justicia constitucional por la Constitución yugoslava de 1963</i>	769
C) <i>El control abstracto de las omisiones legislativas en la Constitución de la RSFY de 1974</i>	774
14. La fiscalización de las omisiones legislativas en Portugal	778
A) <i>El control de constitucionalidad en la historia constitucional portuguesa</i>	779
B) <i>El proceso constituyente de 1976 y el diseño de los mecanismos de control de constitucionalidad, particularmente de la inconstitucionalidad por omisión</i>	787
C) <i>El control de las omisiones legislativas en la Constitución de 2 de abril de 1976</i>	793
a) <i>El encaje constitucional en la Carta de 1976 del control de las omisiones</i>	793
b) <i>Breve esbozo del plural sistema de control de constitucionalidad</i>	799
c) <i>El diseño constitucional del instituto de la inconstitucionalidad por omisión</i>	803
d) <i>La Comisión Constitucional. Su rol en el control de la constitucionalidad</i>	809
e) <i>El Consejo de la Revolución como órgano garante del cumplimiento de la Constitución</i>	812
f) <i>La praxis del control de las omisiones del legislador (1976-1982)</i>	817
D) <i>La reforma constitucional de 1982: sus líneas maestras en relación a la justicia constitucional</i>	820
E) <i>Breve esbozo del plural y complejo sistema de control de la constitucionalidad tras la reforma de 1982</i>	826
F) <i>El régimen jurídico actual del instituto del control de las omisiones legislativas</i>	836
a) <i>Los presupuestos del control</i>	836
b) <i>Legitimación para instar al control</i>	861
c) <i>Procedimiento</i>	867
d) <i>La sentencia y sus efectos</i>	869
G) <i>La praxis de la fiscalización de la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas</i>	877
H) <i>¿Conveniencia de complementar el instituto mediante la fiscalización concreta de las omisiones?</i>	884

	<u>Pág</u>
15. El control de las omisiones legislativas en Brasil	888
A) <i>La evolución del control de la constitucionalidad en la historia constitucional brasileña</i>	892
a) El control político en el constitucionalismo de impronta francesa del Imperio	893
b) Rui Barbosa y la Constitución de 1891: el nacimiento del control difuso de la constitucionalidad de las leyes	897
c) El control de constitucionalidad en las Constituciones de 1934, 1937 y 1946	906
d) La Enmienda n.º 16, de 1965, y el control concentrado y abstracto de constitucionalidad	921
B) <i>La gestación en el proceso constituyente (1985-1988) de los institutos de control de las omisiones legislativas</i>	929
C) <i>Breve esbozo del muy plural sistema de control de la constitucionalidad consagrado en la Constitución de 1988</i>	941
a) El control difuso y el recurso extraordinario ante el Supremo Tribunal Federal	942
b) La intervención suspensiva de la ejecución de la ley inconstitucional por parte del Senado Federal	944
c) La «súmula vinculante» y su incidencia en el control de constitucionalidad	946
d) La «representação interventiva»	949
e) La alegación de incumplimiento («arguição de descumprimento») de precepto fundamental constitucional	952
f) La acción directa de inconstitucionalidad	958
g) La acción declaratoria de constitucionalidad	963
h) Epílogo: un modelo de control predominantemente concentrado en un órgano competencialmente inflacionario y con una fórmula de integración, cuando menos, discutible en relación a su actual rol	969
D) <i>El régimen jurídico de la «ação de inconstitucionalidade por omissão»</i>	974
a) ¿Una nueva figura procesal?	974
b) Caracterización general de este instituto procesal	978
c) Legitimación para interponer la acción	981
d) Objeto de la acción y presupuestos del control	985
e) Órgano competente y procedimiento. ¿Adopción de medidas cautelares?	992
f) La decisión y sus efectos	999
g) La praxis del instituto: su escasa eficacia práctica	1007

	<u>Pág</u>
E) <i>El régimen jurídico del «mandado de injunção»</i>	1009
a) ¿Un instituto original y «sui generis» o de inspiración en los «writs» anglosajones?	1011
b) La naturaleza jurídica del «mandado de injunção»	1015
c) La autoaplicabilidad del instituto	1027
d) Legitimación	1035
a') Legitimación activa: individual y colectiva	1036
b') Legitimación pasiva	1041
e) Presupuestos constitucionales del «mandado de injunção»	1045
a') Existencia de un derecho constitucionalmente reconocido	1046
b') No autoaplicabilidad de la norma constitucional que consagra el derecho	1050
c') Ausencia de norma reguladora	1051
d') Mora legislativa más allá de un período de tiempo razonable	1056
e') Inviabilidad del ejercicio del derecho	1060
f) Órganos competentes para conocer de la acción	1061
g) Procedimiento	1067
h) La decisión y sus efectos	1073
a') Los posicionamientos de la doctrina	1073
b') La interpretación del Supremo Tribunal Federal ...	1085
a'') Su discutibilísima posición tradicional	1085
b'') El notable giro dado con las decisiones del 25 de octubre de 2007	1092
i) La praxis del instituto	1098
16. El control de las omisiones legislativas en Hungría	1101
17. La fiscalización de las omisiones supuestamente inconstitucionales en algunas Provincias de Argentina	1112
A) <i>La «acción por incumplimiento en el dictado de una norma» («acción de inconstitucionalidad por mora») en la Provincia de Río Negro</i>	1113
a) Su naturaleza jurídica	1114
b) Legitimación activa y pasiva	1116
c) Presupuestos constitucionales de la acción	1117
d) Órgano competente para conocer de la acción	1124
e) Efectos de la resolución	1125
B) <i>Algunos atisbos de control de las omisiones en otras Provincias</i> ..	1128
18. El control de las omisiones legislativas en algunas de las «entidades federativas» de México	1130

	<u>Pág</u>
A) <i>La acción por omisión legislativa en el Estado de Veracruz</i>	1132
B) <i>La acción contra la omisión legislativa en el Estado de Tlaxcala</i>	1139
C) <i>La acción por omisión legislativa en el Estado de Chiapas</i>	1146
D) <i>La acción por omisión legislativa en el Estado de Quintana Roo</i>	1153
19. La fiscalización de las omisiones legislativas en algunos otros países de América Latina	1158
20. Reflexión final	1164
21. Bibliografía manejada	1166

CUARTA PARTE

APROXIMACIÓN A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO	1199
V. El control de «comunitariedad» del Derecho interno por el Juez nacional. Sus consecuencias constitucionales	1201
1. El ordenamiento jurídico comunitario. Sus principios estructurales	1201
2. El control de «comunitariedad» del ordenamiento interno realizado por los Jueces nacionales. Sus consecuencias	1205
3. La «cuestión prejudicial». Su función en el Derecho comunitario ..	1210
4. La doble vertiente de la «cuestión prejudicial»	1212
5. Los órganos jurisdiccionales facultados para plantear una «cuestión prejudicial»	1214
6. Los órganos jurisdiccionales obligados a plantear una «cuestión prejudicial» y las consecuencias de su no planteamiento	1215
7. La «Ordenanza» núm. 103, de 2008, de la «Corte costituzionale»: el nuevo posicionamiento de la «Corte» ante la «cuestión prejudicial» ..	1231
8. Bibliografía manejada	1236
ÍNDICE PARCIAL DEL TOMO I	1241