

democrático de Derecho, la garantía de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, se constituyen, a su juicio, en el *ducturatio*n constitucional y de la propia sociedad, y, de forma coherente con ello, en el límite último de la reforma. La autora considera que los Tribunales Constitucionales, las Cortes Supremas, influyen de manera decisiva en la preservación y control de estos límites de modificación. La jurisprudencia y los casos que cita acreditan que los jueces constitucionales únicamente actúan en caso de propaso del poder constituido, cuando se ha arrogado funciones constituyentes. El problema, en contrario, surge en hipótesis de reformas con participación o ratificación popular vía referéndum. La responsabilidad, en este caso, parece diluir la efectividad o posibilidad del control judicial-constitucional y parece pasar a los ciudadanos.

En definitiva, el resultado final es, a nuestro juicio, una investigación excepcional que recoge mucho y varío sobre la materia. El impacto de *El control judicial de la reforma constitucional* puede tenerse ya incluso en consideración a nivel doctrinal. Según hemos dicho, la obra ha merecido su traducción del italiano al español. El texto original, además, ha pro-

porcionado ya reseñas en la *Revista de Estudios Políticos*¹¹, del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, y en la *Revista de Derecho constitucional europeo*, de la Universidad de Granada. El profesor Guillén López, indica, acertadamente, la oportunidad de la obra¹², sobre todo también si tenemos en cuenta la reforma del artículo 135 de la Constitución española, operada el 27 de septiembre de 2011, y el ATC 9/2012, de 13 de enero, relativo al procedimiento en que se llevó a cabo la revisión. Resulta, en consecuencia, inevitable, dado el valor, interés y actualidad del trabajo, reconocer el acierto y dominio por la autora del tema objeto de estudio tratado. Hay que admitir, igualmente, que en Ragone se afianza un género de investigación que, más allá de su aportación en lengua italiana, está en condiciones de aportar muchos más importantes trabajos y frutos a la doctrina constitucional española. Porque ya en esta obra se descubre una labor de investigación pulcra y metódica, así como la capacidad de la autora para descifrar conclusiones no fáciles de ver ni siquiera para el estudioso consumado en temas constitucionales, amén de su capacidad de síntesis y su talento para la redacción grácil de ejemplos doctrinales.

MAURO VIVEIROS: *El Control de Constitucionalidad Brasileño (Un Modelo Híbrido o Dual)*, Editorial Académica Española/LAP LAMBERT Academic Publishing GmbH & Co. KG, Saarbrücken (Alemania), 2012, 499 pp.

por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

I. El Doctor Mauro Viveiros es «Mestre» en Derecho por la «Universidade Estadual Paulista» (UNESP), Procurador

de Justicia y Profesor en la Escuela Superior del Ministerio Público del Estado de Mato Grosso (Brasil), al margen de

¹¹ JOSÉ DE MIGUEL BÁRCENA, «Sabrina Ragone: I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 159, CEPC, Madrid, 2013, pp. 231-235.

¹² ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ, «Noticia del libro de Sabrina Ragone «El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos»», en *Revista de Derecho constitucional europeo*, n.º 18, Universidad de Granada, 2012. Disponible en red en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE18/ReDCEsumario18.htm>.

autor de muy diversas publicaciones. La obra que ahora comentamos es el resultado de su Tesis Doctoral, un trabajo de investigación que realizó en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense y que quien esto suscribe pudo conocer de cerca al tener la grata oportunidad de integrar el tribunal que enjuició la Tesis, calificándola con la máxima nota.

En el libro que ahora comentamos, fruto del trabajo de investigación de su Tesis, el Dr. Viveiros se plantea el estudio de la dinámica del control de constitucionalidad de las leyes en el ordenamiento jurídico brasileño, sistema que, como bien se señala, comparte y combina aspectos de los dos modelos tradicionales de control, circunstancia que conduce al autor a dedicar los dos primeros capítulos de su obra al sistema norteamericano de la *judicial review* y al modelo europeo de control de constitucionalidad, si es que se puede hablar en realidad de tal modelo, en el que el protagonismo corresponde al *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniano. Sigue un tercer largo capítulo dedicado al control de la constitucionalidad en España, que se justifica lógicamente por el hecho de que la Tesis Doctoral que da lugar a este libro fue defendida en Madrid. En fin, la primera parte de la obra se cierra con un cuarto capítulo en el que Viveiros aborda la interacción de los sistemas de control de constitucionalidad, siendo de destacar su atinada observación de que los notables influjos del modelo austriaco-kelseniano en todo el mundo iban a producir en Latinoamérica una serie de variantes de ese modelo que no iban sin embargo a entrañar la pérdida por los países receptores de tal modelo de su tradicional sistema de control difuso, no obstante lo cual, el poderoso influjo del modelo kelseniano iba a ejercer un poderoso impacto en diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, que iban a reformar sus constituciones para introducir mecanismos de control abstracto concentrado.

II. Es la segunda parte del libro la que a nuestro juicio presenta un mayor interés. A lo largo de sus siete capítulos, el autor aborda frontalmente el modelo brasileño de control de constitucionalidad, haciendo preceder el profundo estudio del modelo hoy en vigor de un capítulo histórico, por así llamarlo, en donde aborda los muy ricos precedentes históricos de la justicia constitucional que Brasil nos ofrece desde 1ª Constitución del Imperio de 1824, y muy particularmente desde la Constitución de la Primera República de 1891, en la que el decisivo influjo de ese grandísimo jurista que fue Ruy Barbosa condujo a Brasil a seguir muy de cerca el pensamiento jurídico norteamericano plasmado en el modelo de la *judicial review of legislation*. Particular atención dedica el autor a la por muchas razones trascendente Constitución de 1934, que, como bien dice, delineó la primera acción directa de control de constitucionalidad, que iba a suponer que el control de constitucionalidad llevado a cabo por el Supremo Tribunal Federal no ocurriera tan sólo incidentalmente. Con ello, Brasil estaba comenzando una andadura de entremezclamiento de los dos tradicionales sistemas que le iba a conducir finalmente, en la Constitución hoy vigente, a ubicarse más en la línea de un control de la ley que de un control con ocasión de la aplicación de la ley.

Tras el paréntesis que supuso la Constitución de 1937, conocida como la «Constitución polaca», por el sorprendente influjo que sobre ella ejerció la Constitución de Polonia de 1935, texto de corte autoritario impuesto por el mariscal Josef Pilsudski, muy a tono con el autoritarismo del diseñador del *Estado Novo*, Getúlio Vargas, que convertía al Presidente de la República en el árbitro exclusivo sobre la conveniencia de someter o no la decisión del Supremo Tribunal Federal que declarara la inconstitucionalidad de una ley a la posterior criba del Poder legislativo, la Constitución de 1946 retornaría a la línea establecida una docena de años antes. Tras el largo paréntesis del gobierno militar, y

la Constitución de 1967 (enmendada en 1969) con la que trató de normativizar la situación *de facto*, el restablecimiento del sistema democrático iba a traer consigo la Asamblea Constituyente de 1967-1968, cuyo fruto iba a ser la vigente Constitución de 1988.

Si importantes van a ser las innovaciones introducidas por la Carta de 1988, que próximamente cumplirá su primer cuarto de siglo de vida, el autor aún parece otorgar mayor relevancia, en lo que ahora importa, a la Enmienda Constitucional núm. 45/2004, que al establecer el efecto vinculante en las sentencias de control abstracto impone el acatamiento incondicional de las resoluciones del Supremo Tribunal Federal a todos los órganos del poder judicial y de la Administración en todos los niveles, lo que explica que nuestro autor vea en esa reforma lo que califica como el cierre del sistema híbrido de control de constitucionalidad brasileño.

Quizá valga la pena que expliquemos por nuestra parte, que la citada Enmienda vino a resolver la controvertida cuestión de la llamada *súmula da jurisprudência dominante com efeito vinculante*, o simplemente *súmula vinculante*. La *súmula vinculante* no era sino la posibilidad de construir enunciados jurisprudenciales que sintetizaran una determinada una determinada interpretación del Supremo Tribunal Federal, enunciados hermenéuticos a los que se otorga un efecto vinculante. Su origen histórico se remonta al año 1963, siendo el entonces Ministro Victor Nunes Leal, en su condición de presidente de la Comisión de Jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, quien adoptó los primeros enunciados que iban a ser publicados en enero de 1964. Será, sin embargo, tras la constitucionalización del año 2004, cuando asuma un rol de la mayor relevancia en el ámbito del control de la constitucionalidad, habiéndose considerado que con la mencionada Enmienda se construyó un puente definitivo entre el control difuso-concreto de la constitucionalidad de las leyes y el control concentrado-abstracto, ya que las decisiones

dictadas en el primer contexto pueden alcanzarlos efectos propios del segundo modelo desde el momento en que sean incorporadas al enunciado de la *súmula vinculante*. Innecesario es decir, que la *súmula vinculante* hace la justicia más ágil por cuanto convierte en injustificable la repetición de demandas sobre tesis jurídicas idénticas, al margen ya de que preserva el principio de igualdad de todos ante la interpretación (y por lo mismo, añadiríamos, ante la aplicación) de la ley, eliminando el peligro de decisiones contradictorias y contribuyendo a la salvaguarda del principio de seguridad jurídica, no obstante lo cual ciertos sectores de la doctrina brasileña, sin mucho fundamento a nuestro entender, han arremetido con gran dureza contra esta reforma constitucional.

III. El autor dedica cinco capítulos al estudio del control de la constitucionalidad en el actual ordenamiento brasileño, el primero de ellos dedicado al control difuso, incidental y concreto, y los cuatro restantes a las acciones directas relacionadas con el control de constitucionalidad, esto es: la acción directa de inconstitucionalidad, la acción declaratoria de constitucionalidad, la acción de inconstitucionalidad por omisión y la acción de incumplimiento de precepto fundamental.

Al abordar el control difuso el autor trata todos los aspectos comprensivos de este mecanismo: desde los órganos competentes a los efectos, pasando por los instrumentos procesales, la legitimación y algunos principios procesales característicos, como son la exigencia del *quorum* de mayoría absoluta para que pueda proceder la declaración de inconstitucionalidad y el principio de reserva de plenario, contemplado por el Código brasileño del Proceso Civil, que dispone al efecto, que una vez aducida la inconstitucionalidad de una ley o acto normativo del poder público, el relator, oído el Ministerio Público, someterá la cuestión al pleno del Tribunal a que corresponda el conocimiento del proceso, exigencia que, como se apunta en el libro,

tiene por objeto asegurar la uniformidad de entendimiento entre «los órganos fraccionarios de los tribunales», proporcionando previsibilidad, certeza y seguridad jurídica para los justiciables, al evitar decisiones contradictorias, sometidas a mayorías ocasionales y cambiantes.

Particular interés presenta el tema de los efectos de la decisión de inconstitucionalidad proferida en un procedimiento *incidenter tantum*, que en principio se ciñen al caso concreto. Sin embargo, la Carta de 1988 ha mantenido la regla tradicional del constitucionalismo brasileño, introducida por la Constitución de 1934, de otorgar al Senado Federal la facultad de suspender la aplicación, en todo o en parte, de la ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal (art. 52.X), previsión de la que, desde luego, han de excluirse las decisiones definitivas del supremo órgano jurisdiccional dictadas en acciones directas de inconstitucionalidad y en acciones declaratorias de constitucionalidad, respecto de las cuales el parágrafo segundo del art. 102, introducido por la ya mencionada Enmienda núm. 45/2004, deja inequívocamente claro que producen efectos *erga omnes* y efecto vinculante respecto de los demás órganos del poder judicial y de la Administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal. Como bien dice el autor, y por nuestra cuenta ya expresamos algo similar con anterioridad, este peculiar mecanismo se explica por el hecho de que el modelo difuso brasileño, aunque inspirado en el norteamericano, no contiene una regla de cierre que permita al Supremo Tribunal Federal imponer la eficacia *erga omnes* a tales decisiones. Quizá convendría precisar, que no es que el sistema norteamericano contenga esa regla de cierre; la diferencia no proviene de eso sino del hecho de que el modelo americano opera en un sistema de *common law* en el que el principio de *stare decisis* transforma, de hecho, los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, que cuando provienen de la *Supreme Court* operan en realidad con un efecto *erga omnes*.

La solución por la que se ha optado en Brasil no deja de ser problemática, planteando numerosos interrogantes, como: ¿Cuál es el rol que asume el Senado al ejercer su facultad suspensiva: un rol político o un rol jurisdiccional? ¿Viene obligado el Senado a acordar la suspensión una vez decidida por el Supremo Tribunal Federal la inconstitucionalidad? A la primera pregunta, la respuestas doctrinales son múltiples, hallándose muy alejada una posición pacífica. En cuanto al segundo interrogante, que tampoco ha suscitado acuerdo entre la doctrina, lo único que puede contestarse es que en alguna ocasión el Senado se ha negado a acordar la suspensión. Le asiste toda la razón al autor cuando se manifiesta muy crítico con la fórmula adoptada constitucionalmente, que supone mantener en el sistema jurídico un mecanismo de control de constitucionalidad altamente deficiente, que al fin y al cabo permite la superposición de un órgano estrictamente político sobre una decisión de carácter jurisdiccional dictada por el máximo órgano del poder judicial, generando con ello adicionalmente una incertidumbre social acerca de si la norma declarada inconstitucional puede, o no, seguir produciendo efectos jurídicos. La problemática expuesta nos recuerda una similar suscitada en Portugal, en donde también coexiste el control difuso, encomendado a cualquier órgano jurisdiccional, con el control concentrado en el Tribunal Constitucional. El control desencadenado por vía de excepción puede propiciar una intervención final del Tribunal Constitucional, cuya decisión tiene fuerza de cosa juzgada en cuanto se refiere a la cuestión de inconstitucionalidad, siendo las partes de la *litis* en la que se suscitó la cuestión las únicas afectadas. Dicho de otro modo, la Constitución portuguesa establece un régimen jurídico diverso para los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad en función de que se trate de un control abstracto o en vía principal, o de un control concreto o en vía incidental. Si en el primer caso los efectos son, como es obvio, *erga omnes*, en el segundo se opta de modo implícito por unos

efectos *inter partes*, pues sólo cuando la misma norma haya sido enjuiciada como inconstitucional en tres casos concretos, la sentencia constitucional adquirirá fuerza obligatoria general, siendo sólo entonces expulsada la norma del ordenamiento jurídico. La fórmula portuguesa no deja de presentar problemas, pero, con todo, nos parece mucho más satisfactoria que la brasileña.

IV. El libro se centra a continuación, como ya dijimos, en las cuatro acciones directas relacionadas con el control de constitucionalidad. Como es lógico, la mayor atención se presta a la acción directa de inconstitucionalidad, aunque también los rasgos caracterizadores de las otras tres acciones (objeto, legitimación, procedimiento y efectos) son detenidamente estudiados, al margen ya de otras cuestiones particulares propias de cada uno de esos instrumentos procesales.

Muy peculiar es la acción declaratoria de constitucionalidad, introducida por la Enmienda núm 3/1993, que atribuyó el conocimiento de esta acción a la competencia originaria y exclusiva del Supremo Tribunal Federal. La particularidad de este instituto procesal, innecesario es decirlo, proviene de que aquí el demandante lo que solicita del órgano judicial es la declaración de constitucionalidad de una norma federal, no estatal. Con esta acción, lo que en realidad se pretende es paralizar los debates en torno a cuestiones jurídicas fundamentales de interés colectivo. Estamos ante un instituto que ha suscitado una notable controversia, hasta el extremo de que, desde el mismo momento de su creación, un sector de la doctrina lo tachó de inconstitucional por violar, entre otras disposiciones constitucionales, las cláusulas pétreas consagradas en los puntos III y IV del parágrafo 4º del art. 60 de la Constitución (que vedan toda deliberación sobre cualquier propuesta de enmienda tendente a abolir el principio de separación de poderes y los derechos y garantías individuales.

Para nuestro autor, no es posible ocultar, que la acción declaratoria puede producir un

efecto paralizante en procesos judiciales en trámite sin que sea observado el debido proceso legal, si no se asegura un mínimo de contradicción procesal en que los interesados puedan sostener sus posiciones jurídico-constitucionales.

También nos parece sugestiva la acción de inconstitucionalidad por omisión, con cuya adopción Brasil siguió, aunque no muy de cerca, el modelo portugués. Con evidente razón, Viveiros señala que la Carta de 1988 es un ejemplo típico de las llamadas «constituciones compromisorias o dirigentes», pues «más que organizar el poder político, nuestra Constitución instituye derechos consubstanciados en prestaciones materiales exigibles, imponiendo metas vinculantes para los poderes constituidos, muchas veces carentes de densificación». Ante ello, el instrumento de la acción de inconstitucionalidad por omisión intenta afrontar el fenómeno de la ineficacia de las normas constitucionales, muy acentuado en relación a lo que Viveiros tilda de «normas constitucionales directivas».

El autor discrepa del razonamiento de un sector de la doctrina, que rechaza el efecto constitutivo en este tipo de sentencias (algo que, por lo demás, tan sólo se da en relación a las omisiones de los órganos administrativos que sean declaradas inconstitucionales) por considerarlo incompatible con el principio de la separación de poderes y con el principio democrático. Y al efecto, replica que este tipo de control es autorizado por la propia Constitución, que confiere al Supremo Tribunal Federal, como su guardián y máximo intérprete, una competencia de fiscalización del orden jurídico-constitucional. Por otra parte, según entiende Viveiros, no viola el principio democrático el hecho de que el Tribunal pueda ejercer una función cuasi-legislativa, produciendo Derecho nuevo si la referida actividad es ejercida con «carácter específico, de manera excepcional y en supuestos autorizados por la Constitución», posición ésta que no podemos compartir.

En cualquier caso, el autor se muestra notablemente crítico con el Supremo Tribu-

nal Federal, como muestran las siguientes reflexiones: «En ningún otro tema se manifiesta una visión tan conservadora del Supremo Tribunal Federal, aferrada todavía a concepciones procesales tradicionales que empujan la evolución de la jurisdicción de control constitucional, denotando poca comprensión sobre el quehacer que la Carta Magna ha confiado a su guardián y máximo intérprete».

V. El capítulo final del libro está dedicado a la autonomía de las jurisdicciones de control constitucional en el modelo federal brasileño. Conviene destacar la observación del autor de que al innovar el sistema de control abstracto de normas y profundizar en la autonomía de los Estados miembros de la Unión, la Constitución promueve una política de descentralización de la jurisdicción constitucional en el campo del control abstracto, antes monopolizado por el Supremo Tribunal Federal. Cree el autor, que tal estrategia, sumada a la ampliación de los legitimados para el control en el plano federal y la propia creación de la acción declaratoria de constitucionalidad y la acción de inconstitucionalidad por omisión, junto con otros instrumentos indirectos de control de legitimidad de normas, se orienta hacia una reducción del ámbito del control de constitucionalidad por la vía difusa.

El autor no deja de mostrarse un tanto crítico acerca de los problemas peculiares que plantea la relación entre el sistema general de control y el subsistema de los Estados miembros. El problema adquiere visibilidad cuando se tiene en cuenta que parte de las materias objeto de control en los Tribunales de los Estados pueden también ser controladas por el Supremo Tribunal Federal a través de la vía del control abstracto. Un problema concreto al que alude el autor, por ejemplo, es el de la duplicidad de parámetros constitucionales de control.

Mauro Viveiros concluye señalando, que para contrarrestar la eventual centralización exclusivista derivada del aumento de los medios procesales de control concentrado en el Supremo Tribunal Federal, dada la eficacia *erga omnes* y el efecto vinculante de sus sentencias en el control de constitucionalidad en abstracto, quizá sea necesario que la Corte Suprema adopte posturas minimalistas y restrictivas, de manera que permita que, a través de la experiencia jurídica en el ámbito de los tribunales inferiores, haya una evolución local de las controversias constitucionales de competencia de éstos antes de que el máximo Tribunal entre a conocer de materias y problemas todavía no suficientemente debatidos en el ordenamiento estatal por otros cualificados intérpretes de la Constitución.

De entre las conclusiones con que cierra su obra el autor, nos interesa destacar aquella en la que Viveiros pone de relieve que el sistema de control de constitucionalidad brasileño está empezando un nuevo ciclo, en el que son de destacar los objetivos de racionalización, economía, simplificación y celeridad, en línea con la finalidad de asegurar la continuidad coordinada del sistema de control difuso bajo las directrices interpretativas del Supremo Tribunal Federal. De esta manera, las dos fórmulas de control, antes casi autónomos y descoordinados, que discurrían por cauces paralelos, reciben elementos de engarce que promueven un acoplamiento estructural indispensable entre ellos.

Se cierra así una obra que con claridad y rigor, algo no fácil de conseguir dada la complejidad del modelo de justicia constitucional brasileño, ofrece una completa panorámica del control de constitucionalidad en Brasil, enriquecida con una visión comparada, en la que el modelo español es siempre, pero no sólo él, tenido muy en cuenta, y todo ello sazonado con un amplio apoyo doctrinal y jurisprudencial.