

rado en una dirección aún más siniestra, zafia y pedestre con el «madurismo». Brewer habla con toda claridad, es implacable en la crítica, al margen ya de que la misma viene presidida por una impecable

lógica jurídica, y hace muy bien en serlo, para mostrar la realidad del sistema y eclipsar los cantos de sirena que a veces corren por los mentideros de un cierto pensamiento de izquierdas.

RAQUEL ALEXANDRA BRÍZIDA CASTRO: *As Omissões Normativas Inconstitucionais no Direito Constitucional Português*, Coimbra, Edições Almedina, 2012, 361 págs.

Por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

I. La autora de esta interesante obra es «Mestre em Ciências Jurídico-políticas» por la Universidad de Lisboa, en cuya Facultad de Derecho ultima su Doctorado. Desde el año 2007, es profesora auxiliar de esa misma Facultad, como también de la Universidad Lusófona de Humanidades y Tecnologías de Lisboa. Ha ejercido la profesión de periodista durante un cuarto de siglo y, desde el año 2011, es vocal del Consejo Regulador de la Entidad Reguladora para la Comunicación Social.

En la introducción del libro, el muy relevante profesor Marcelo Rebelo de Sousa, director de la Maestría en Derecho de nuestra autora, destaca tanto los méritos de la profesora Brízida Castro como el mérito de la obra que comentamos.

El libro aborda un tema que viene preocupando desde antaño a la mejor doctrina portuguesa o brasileña, en contraste, ciertamente, con la inexplicable apatía de la doctrina española sobre el tema, sobre este y sobre muchos otros, lo que mucho tiene que ver, desde luego, con la agrafía de nuestro profesorado universitario, particularmente con el de las Facultades de Derecho, que a su vez puede encontrar una explicación en la falta de valoración que la actividad científica recibe en nuestro país, incluso, increíblemente, en donde más valorada debiera ser, en el ámbito de la carrera universitaria, lo que casa con la genera-

lizada vagancia y consecuente inanidad de amplios sectores de nuestro profesorado, que sin control de ningún tipo vegetan plácidamente, en contraste, por supuesto, con una minoría vocacionalmente comprometida con la investigación y plenamente dedicada a ella. En países donde aún la Universidad sigue regida por principios de elemental seriedad o rigor (y no por camalaches de politiquero, de escuela o de compadreo similares) como es el caso de Portugal, o de Italia y Francia, por aludir tan solo a países latinos, la situación es hartamente diferente.

La obra que comentamos se estructura en seis capítulos en los que se aborda una amplia perspectiva dogmática de la inconstitucionalidad por omisión, bien que circunscribiéndose sustancialmente al ordenamiento jurídico portugués relativo a la inconstitucionalidad por omisión, y también, aunque no de modo exclusivo, a la doctrina científica portuguesa.

La problemática relativa a la inconstitucionalidad por omisión quizá constituya uno de los más tormentosos y, a la par, fascinantes temas del Derecho constitucional de nuestro tiempo.

El ministro del Supremo Tribunal Federal brasileño y relevante constitucionalista Ferreira Mendes lo fundamenta en los grandes retos que a la dogmática jurídica plantea el control de las omisiones del legislador¹.

El necesario desarrollo y ejecución de la constitución, el rol que debe asumir el legislador en ese proceso de concreción constitucional, la determinación de lo que se entiende por omisión inconstitucional, las técnicas con las que hacer frente al control de tales omisiones, el órgano u órganos encargados de esta fiscalización y la precisión de los efectos de las decisiones dictadas al efecto por el juez constitucional son, a nuestro modo de ver, algunas de las relevantes cuestiones que se suscitan al hilo de esta problemática, cuya mera enunciación ya nos sitúa ante la trascendencia del tema.

II. En el capítulo primero, la autora trata de delimitar el ámbito de su investigación, enfrentándose a tal efecto a las omisiones reglamentarias inconstitucionales. Para Brízida Castro, la cuestión de la omisión reglamentaria solo se puede plantear tras una intervención inicial del poder legislativo, por referencia a ese mismo acto legislativo, lo que la conduce a admitir las omisiones reglamentarias ilegales, pero nunca las omisiones reglamentarias inconstitucionales; en último término, la disconformidad entre una omisión reglamentaria y la Constitución tan solo puede ser indirecta. Para la autora, cuando la ley atribuye competencia a la Administración para que ella misma regule una determinada materia, concreta un deber de reglamentación independientemente de su contenido, o de la cuestión de su exigibilidad concreta. Así, el control jurisdiccional de las omisiones reglamentarias ilegales no pasa por la idea de que el tribunal pueda sustituir a la Administración mediante la emisión del reglamento ilegalmente omiso, por cuanto que el tribunal en cuestión declarará, pura y simplemente, la ilegalidad de la omisión reglamentaria, pudiendo eso

sí fijar un plazo para la emisión del reglamento inexistente. Desde luego, a nuestro entender, esta tesis viene de algún modo predeterminada por la propia norma constitucional, pues hemos de recordar que el artículo 283.1 de la Constitución habla de medidas legislativas «necesarias», lo que equivale a un auténtico encargo o mandato hecho por el constituyente al legislador, esto es, lo que en Alemania se identifica como un *Verfassungsauftrag*. Además, la referencia a medida «legislativa», en términos constitucionales, entraña que solo se pueda considerar como relevante la omisión de medidas legislativas, lo que excluye el control de la inconstitucionalidad por omisión de los actos no legislativos. No estamos ni mucho menos ante una fórmula sin fisuras en el Derecho comparado, bastando para constatarlo con recordar que el precepto equivalente de la Carta brasileña de 1988 habla de «omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional», habiéndose concluido que tanto la ausencia de leyes como de actos administrativos de naturaleza normativa pueden desencadenar la declaración de la inconstitucionalidad por omisión.

El capítulo segundo aborda un tema hartamente novedoso y sugestivo: el que identifica como las omisiones constitucionales inconstitucionales. A partir de la tesis de Bachof sobre las normas constitucionales inconstitucionales, la autora se plantea si podría darse el fenómeno asimismo de omisiones de normas constitucionales que hubieren de reputarse de inconstitucionales. ¿Podría imputarse al poder constituyente —se interroga— una omisión inconstitucional por la ausencia de positivación de un Derecho supralegal? Está claro que la profesora portuguesa se introduce así en un terreno peligrosamente pantano-

¹ GILMAR FERREIRA MENDES, «O controle da omissão inconstitucional», en JAIRO SCHÄFER (organizador), *Temas polémicos do constitucionalismo contemporâneo*, Florianópolis, Conceito Editorial, 2007, pp. 137 y ss.; en concreto, p. 138.

so, que termina desembocando en el dilema iusnaturalismo-positivismo. Sin embargo, finaliza reconociendo que, aunque la tesis que confiere plena relevancia jurídica a la existencia de vínculos que pueden pesar sobre el poder constituyente originario admite la posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales y de omisiones constitucionales inconstitucionales, dos categorías que, en todo caso, a nuestro entender, no pueden equipararse, lo cierto es que «los principios axiológicos fundamentales o trascendentes exhiben en nuestro entendimiento tal autonomía, que su eventual declaración es meramente declarativa, hasta el extremo de poder considerarse superflua, por cuanto su validez es y permanece suprapositiva». A nuestro modo de ver, habría que ser mucho más cauteloso en un tema tan delicado como el que suscita la autora. Más interés práctico suscita el tema que aborda en el cierre del capítulo: el de las omisiones inconstitucionales del poder de reforma, o si así se prefiere, del poder constituyente constituido. El tema requiere de antemano verificar si es posible descubrir la existencia de un «núcleo esencial» de la constitución y, en su caso, el contenido del mismo. Tras hacer un recorrido por las posiciones de los más relevantes constitucionalistas portugueses (Jorge Miranda, Gomes Canotilho, Rebelo de Sousa, Blanco de Moraes y Vital Moreira, entre otros) nuestra autora llega a la conclusión de que «la rigidez constitucional crea un espacio autónomo de conformación jurídica que, jerarquizada en relación a otras normas, afirma ante ellas una reserva de constitución; no se limita a la estructura y a la orgánica de los órganos estatales, sino que se manifiesta también en una disposición constitucional de materias de fondo», esto es, materias sustantivas, en las que creemos ver valores, dere-

chos, libertades... En definitiva, para la profesora de Lisboa, los propios límites materiales que el artículo 288 de la Constitución portuguesa establece frente a la reforma constitucional demuestran que hay materias que no pueden quedar sujetas a las contingencias de las mayorías parlamentarias, razón por la cual se imponen al propio poder de reforma, esto es, al único competencialmente capacitado para la producción de normas constitucionales.

III. En los capítulos tercero y cuarto se entra en el análisis de las omisiones legislativas inconstitucionales, que se estudian con carácter general en el primero de esos capítulos, mientras que el segundo se centra en las lesivas de derechos fundamentales. A la hora de abordar el concepto de omisión legislativa inconstitucional, la autora parece hacer suya la categorización hecha por Jorge Miranda de las normas constitucionales en función de su grado de eficacia intrínseca (normas preceptivas con eficacia propia; normas preceptivas carentes de esa eficacia intrínseca, y normas programáticas), y a partir de ella considera que la violación por omisión de normas constitucionales programáticas puede generar una omisión inconstitucional. Se tratará de una omisión legislativa inconstitucional si es el resultado de la ausencia de una ley que convierta en aplicables tales preceptos constitucionales, siendo irrelevante la distinción entre su naturaleza programática o preceptiva. Se sigue así de cerca la posición avanzada tiempo atrás por el profesor Jorge Miranda, que tendría un enorme eco entre la doctrina portuguesa. Para el profesor de Lisboa², tres habían de ser los requisitos de funcionamiento del instituto de la inconstitucionalidad por omisión: el incumplimiento de la Constitución había de derivar de la violación de

² JORGE MIRANDA, «Inconstitucionalidade por omissão», en la obra colectiva, *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, Vol. I, pp. 333 y ss.; en concreto, p. 341.

una norma constitucional determinada; la norma constitucional no había de ser auto-ejecutable, y en las circunstancias concretas de la práctica legislativa, habían de faltar las medidas legislativas necesarias para hacer ejecutable aquella norma constitucional. En cuanto al elemento temporal, que ha dado pie a dos posiciones por parte de la doctrina portuguesa, la de quienes lo consideran el elemento determinante y la de aquellos otros que tienden a conjugarlo con otros elementos, la autora parece situarse en una posición intermedia, en el bien entendido de que la verificación de la omisión legislativa inconstitucional habrá de modularse en función del tipo de proceso en que se suscite la cuestión, no siendo lo mismo que haya de tener lugar en el marco de un control objetivo y abstracto, que en el de un control concreto o difuso (recordemos que en Portugal, junto al control de constitucionalidad que lleva a cabo el Tribunal Constitucional existe un control difuso que llevan a cabo los jueces, si bien solo el primero aprecia la inconstitucionalidad de una omisión), con lesión, por ejemplo, de un derecho fundamental.

El capítulo cuarto se dedica a las omisiones normativas inconstitucionales. Se tratan aquí un conjunto de cuestiones muy diversas, que van desde algunos temas de la dogmática de los derechos constitucionales (su eficacia inmediata, la garantía de su contenido esencial y la dimensión positiva del mismo) hasta el estudio de algunos derechos concretos (los que la autora identifica como derechos subjetivos a la organización y al procedimiento o los que visualiza como derechos subjetivos a los deberes de protección del Estado), sin olvidar algunos temas muy puntuales, pero es indudable que relacionados con la cuestión tratada, como es el caso de la responsabilidad del Estado legislador.

IV. El último capítulo, el penúltimo en realidad, si bien el último propiamente dicho se dedica exclusivamente a las conclu-

siones, aborda el rol de la justicia constitucional ante las omisiones normativas. Se detiene primero el libro en las objeciones teóricas que cierta doctrina ha venido exponiendo frente al control constitucional de las omisiones. Se presta a continuación una cierta atención a ese tema hartamente controvertido en Portugal cual es el del empleo de la vía procesal de la fiscalización abstracta de las omisiones legislativas relativas, por seguir la clasificación de Wessel, esto es, de aquellas omisiones vulneradoras del principio de igualdad. El problema es dificultoso, pues como ha expuesto Medeiros, posiblemente quien más se ha detenido en esta problemática, aun pudiéndose aceptar la aplicación acumulativa de los regímenes de fiscalización de la inconstitucionalidad por acción y por omisión respecto a leyes que, de resultas de una omisión relativa, se presentan como discriminatorias, no puede aceptarse que en la opción por uno de ellos, se prefiera el régimen prácticamente inocuo de la fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión. La dualidad de fundamentos de la inconstitucionalidad no puede implicar la prevalencia del estatuto más favorable para el mantenimiento de la situación inconstitucional. Desde otra perspectiva, la autora alude a un problema adicional: el de que en sede de fiscalización concreta, por virtud de la cual cabe recurso ante el Constitucional de las decisiones de los tribunales ordinarios que, al hilo de la decisión de un caso concreto, hayan llevado a cabo un control de constitucionalidad, la decisión del Tribunal, en principio, circunscribe su eficacia al caso concreto, no obstante lo cual se decanta en favor de una fiscalización concreta y difusa de estas omisiones normativas inconstitucionales. En clara conexión con el tema del capítulo, Brízida Castro se detiene brevemente en ese sugestivo instrumento procesal constitucional brasileño que es el *mandado de injunção*, una de las pocas incursiones que hace al Derecho comparado.

Estamos ante un libro que cumple dignamente su cometido, el estudio de las omisiones normativas inconstitucionales. La autora domina con solvencia la doctrina portuguesa. Es verdad que un mayor manejo de la doctrina extranjera, particularmente de la brasileña, habría contri-

buido a enriquecer el libro, como también habría incidido en ello un estudio comparativo del modelo análogo establecido por la Constitución brasileña de 1988. En todo caso, se trata de una monografía a tener en cuenta en la problemática estudiada.

JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA: *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, Coimbra, Edições Almedina, 3.^a edição, 2007, 119 págs.

Por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

I. El profesor Cardoso da Costa es una reconocidísima autoridad científica particularmente en materia de justicia constitucional, sobre la que a su amplio conocimiento científico une su experiencia práctica, como juez del Tribunal Constitucional portugués, del que ha sido su presidente, y del que hoy es presidente emérito. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, el profesor Cardoso da Costa es un maestro lo suficientemente conocido en toda Europa como para que sean necesarias mayores presentaciones. La obra que vamos a comentar ya tiene unos cuantos años, pues apareció en 1987, siendo objeto de una 2.^a edición cinco años después. Sin embargo, mucho más recientemente, en el año 2007, el autor he sacado a la luz una 3.^a edición completamente revisada y actualizada, que es la que va a ocupar nuestra atención.

La obra se estructura en seis partes en las que, con una sistemática clásica, se abordan, sucesivamente, las siguientes cuestiones: un breve marco histórico, el estatuto constitucional y la organización del Tribunal Constitucional, su competencia, el proceso a seguir ante el Tribunal, sus decisiones y, en fin, el significado del Tribunal Constitucional en el proceso político. Se incluyen al final dos anexos, uno estadístico y otro bibliográfico.

En el breve marco histórico con el que se abre el libro, como no podía ser de otro modo, el autor comienza refiriéndose a la Constitución de 1911, una de las primeras en Europa que, por influjo de la brasileña de 1891, introdujo el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, esto es, el *allgemeinen richterlichen Prüfungsrecht* de las leyes. Destaca nuestro autor el hecho de que en una Constitución tan dispar como la de 1933 se mantuviese tal tipo de control. Con la Revolución de 1976 y la democratización del sistema político portugués, el punto axial de la garantía que nos ocupa correspondería al *Conselho da Revolução*, al que se iba a encomendar el específico rol de «zelador último e privilegiado do “regular funcionamento das instituições democráticas” e do “cumprimento da Constituição”». No es nada sorprendente, según el autor, que finalizado el periodo de transición impuesto por el poder político-militar, la reforma constitucional de 1982, en lo que ahora interesa, introdujera un Tribunal Constitucional, cuya Ley constitucional n.º 1/1982, de 30 de septiembre, ha sido modificada en diferentes ocasiones.

II. Al entrar en el estatuto constitucional y la organización del Tribunal, Cardoso da Costa comienza destacando que una