

exatamente o contrário, a possibilidade de o judiciário seja por que motivo for, proferir decisões desse tipo que se entranhem no ordenamento é de per si, causadora de insegurança jurídica» (p. 159). Portanto, entende que é justamente em nome do princípio da Segurança Jurídica que a Coisa Julgada Inconstitucional deve ser desconstituída, o que, em seu entender, pode ser feito por meio dos seguintes mecanismos:

- a) A Ação Rescisória se presta ao ataque da Coisa Julgada Inconstitucional quando há violação a literal disposição de lei, sem que se condicione a sua propositura a um prazo certo, qual seja, dois anos a contar do trânsito em julgado.
- b) O Mandado de Segurança poderia ser um instrumento de ataque, nos casos de violação a direito líquido e certo, porque a violação a direito constitucional é, sem dúvida, a pior das ilegalidades. Entretanto, poucas são as hipóteses de cabimento deste remédio.
- c) A Sentença cuja inconstitucionalidade é objeto de nulidade absoluta, encontra na Ação Declaratória de Nulidade Absoluta meio eficaz para seu desfazimento quando tratar-se de matéria infraconstitucional, apenas.
- d) A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de Coisa Julgada seria o mecanismo mais geral que se

presta ao ataque da *res judicata* inconstitucional em todas as suas hipóteses. Esta ação só estaria condicionada ao prazo de prescrição do próprio direito material.

A abordagem dos dois autores se complementa e confere substância e profundidade no tema tratado. Enriquecida pela sistematização efetuada pela autora, entendemos que se torna mais significativa a contribuição do professor Ivo Dantas, que faz a relação dos temas tratados com os aspectos que maior profundidade demandam na teoria constitucional, tais como os princípios, a interpretação da Constituição e a constitucionalidade das normas constitucionais. Apesar de não ser o lugar para um vasto estudo a respeito destes temas, a profundidade do conhecimento do professor Ivo Dantas permite que faça uma breve abordagem inicial que situa a problemática da coisa julgada inconstitucional no seio da teoria constitucional, relacionada com seus temas principais. Por outro lado, a precisa sistematização trazida por Rafaella Chiappetta confere ao tema a sua precisa localização no contexto jurídico nacional. O resultado final é uma obra que de forma inteligente reúne pertinentes e importantes reflexões a respeito da coisa julgada inconstitucional no direito brasileiro, inserindo o estudo do instituto, com a devida propriedade, no contexto da teoria constitucional.

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo* (Reflexiones en torno a la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), Dykinson, Madrid, 2007.

Por ALBERTO OEHLING DE LOS REYES*

En el panorama del Derecho Constitucional español la obra de Fernández

Segado quizás sea actualmente una de las más conocidas, también fuera de

* Profesor ayudante de Derecho Constitucional de la Universitat de les Illes Balears.

nuestro país. Fernández Segado, entre otros ámbitos de investigación, ha orientado su obra —desde sus inicios— hacia un estudio con precisión y rigor de la significación de la Justicia Constitucional, siendo numerosísima su obra sobre la materia. A través de los estudios de Fernández Segado, el estudioso del Derecho encuentra la labor de un «jurista europeo» en su sentido más vital expuesto por Häberle, como *Staatsrechtslehrer* (profesor de Derecho Público)¹ en estado puro y «puente» entre Europa y Latinoamérica de ideas y conceptos jurídico-constitucionales. Nadie como él está contribuyendo al conocimiento de la realidad constitucional y de la Justicia Constitucional de América latina, objetivo encomiable en el que la dirección de este prestigioso «Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional» es sólo una prueba más. A través de esa labor de Fernández Segado, las peculiaridades de la Jurisdicción Constitucional iberoamericana y la doctrina de muchísimos académicos sudamericanos prestigiosos sobre la materia es mucho más conocida en España y, por extensión en Europa toda. Además la obra y la metodología de Fernández Segado inspira y sirve de ejemplo a muchos otros académicos e investigadores incipientes, realizando una constante función de apoyo personal y promoción para la realización de estudios y traducciones científicas sobre cuestiones de jurisdicción constitucional, sobretodo desde su virtualidad como sistema de protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales. El mensaje de Fernández Segado se vuelve así, a la vez, un mensaje comprometido, no sólo

científico y racional, sino humano, bello y pleno de sensibilidad.

Ahora Fernández Segado ha tenido el arrojo de plantear una de las primeras monografías crítico-constructivas sobre la nueva situación jurídico-procesal del recurso de amparo en España. Iniciativa que aparece enmarcada en su momento más oportuno, si tenemos en cuenta las vicisitudes por las que está pasando nuestro Tribunal de la Constitución. En efecto, recuérdese, por ejemplo, la llamada «guerra de recusaciones» iniciada en 2007 con la recusación por el Partido Popular del magistrado Pablo Pérez Tremps (*El País*, edición del 13 de marzo de 2008, p. 18). Recuérdese, igualmente, la acusación de la Sala Penal del Tribunal Supremo al Tribunal Constitucional de vaciar de contenido el artículo 123 de la Constitución, cuando los empresarios Alberto Cortina y Alberto Alcocer, después de ser condenados por el Tribunal Supremo, fueran exonerados por el Tribunal de la Constitución, que entendió prescrito el delito y redefinió la forma en que debían computarse los plazos de prescripción (STC 29/2008, de 20 de febrero). Recuérdese la final y previsible aceptación por el Tribunal Constitucional de la «enmienda Casas» (STC 49/2008, de 9 de abril). Y, finalmente, recuérdese la, no por todos comprendida, decisión del Tribunal respecto a la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que aceptaba el trato desigual de hombres y mujeres ante la comisión de un mismo acto punible (STC 59/2008, de 14 de mayo).

En esta entrega —Fernández Segado

¹ Véase PETER HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlín, 1998, p. 1102, quien afirma la misión del Derecho Constitucional europeo y del «jurista europeo» en orden a la «construcción de puentes con otras regiones», destacando, en este sentido, la labor de la doctrina constitucional española en relación a Latinoamérica. Más en profundidad, el mismo autor en *Der europäische Jurist*, Dike Verlag, Universität St. Gallen, Lachen SZ, 2002, en especial, pp. 8 y 9.

está ultimando otra obra de muchísima más envergadura sobre la cuestión, titulada «La Justicia Constitucional: una visión de Derecho Comparado», también publicada por la Editorial Dykinson— el autor trata de aclarar ciertos malentendidos y situaciones confusas en algunas de las cuestiones más peliagudas y de mayor actualidad de la ley reguladora del Tribunal Constitucional, desde una postura objetiva y estrictamente jurídico-constitucional. Y no hay duda de que lo consigue, tanto que posiblemente será un libro que no tiene por qué gustar en círculos políticos, ni de unos ni de otros. Y es que el exhaustivo nuevo trabajo de Fernández Segado se centra en el nuevo régimen jurídico del recurso de amparo desde la nueva Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, pero su estudio trasciende por fuerza ese ámbito, llegando a realizar un balance muy lúcido y meticuloso de muchos otros aspectos de la nueva regulación, ajeno por completo a condicionamientos de ningún tipo. Se puede decir así que este trabajo es del todo equilibrado.

Bajo el significativo título «La razón de ser y el *iter* de la reforma de la LOTC» encontramos la parte más descriptiva e introductoria de la materia objeto de estudio. Se trata de un comentario sucinto de distintas situaciones problemáticas que afectan al Tribunal. El autor hace referencia aquí, como principales causas que han empujado a la nueva regulación, al tradicional *overbooking* de recursos de amparo, que ha

terminado casi por colapsar la actividad del Tribunal Constitucional², e igualmente a la situación de conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, que sobretodo desde el conocido caso Preysler (SSTC 115/2000 y 186/2001) había ido *in crescendo* y no parecía tener atisbos de solución³. Termina el examen de esta cuestión haciendo una exposición crítica del itinerario seguido por el Proyecto de Ley hasta su aprobación, haciendo mención además a las intervenciones más reveladoras de los diputados y las enmiendas más señaladas. Aquí, desde mi punto de vista, me parece digno de encomio que el autor analice el problema de la falta de acuerdo entre los dos grandes partidos, tanto respecto del PSOE como del PP, de manera imparcial y que aclare las causas que llevaron a una falta de aprobación de la reforma de la ley más consensuada.

El punto siguiente, dedicado a referir el alcance de la reforma, es mucho más conciso, y representa una rápida explicación de los ámbitos normativos afectados. En esta parte del estudio se hace también comparación con las anteriores modificaciones de la LOTC y examen de los objetivos generales del legislador. La exposición sigue con la relación de los «aspectos orgánicos objeto de modificación legal», de una extensión mucho mayor, y que describe fundamentalmente la nueva facultad de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas de proponer candidatos a magistrados del Tribunal, la posibilidad de proroga automática del

² La costumbre mecánica de muchos abogados de comprender el Tribunal Constitucional como una mera instancia adicional más «estaba lastrando seriamente el funcionamiento del Tribunal y provocando un retraso muy considerable en la resolución de los procesos judiciales». Así FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN/GREGORIO CÁMARA VILLAR/LUIS FELIPE MEDINA REY, *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2008, pp. 11 y 12.

³ Sobre esta cuestión, por ejemplo, LUIS ESTEBAN DELGADO DEL RINCÓN, «Los conflictos entre la Sala primera del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional: Génesis, evolución y algunas propuestas de solución», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 4, 2007, pp. 1 y ss.

mandato de Presidente y Vicepresidente del Tribunal y la previsión del trámite de comparecencia parlamentaria de los candidatos a magistrados. Respecto a la primera cuestión, tras una ineludible explicación del devenir parlamentario de la nueva redacción del artículo 16.1 de la LOTC, el autor reconoce la insuficiencia en nuestro ordenamiento de cauces de participación de las Comunidades Autónomas en la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional, procurando, al hacerlo, exponer su tendencia a mostrar la reforma del Senado como medio adecuado que les hubiera dado suficiente protagonismo para cubrir esta necesidad. Por otra parte, en una confrontación exhaustiva de la Constitución con la nueva posibilidad de proroga automática del mandato de Presidente y Vicepresidente del Tribunal, se continúa desarrollando, desde mi punto de vista de forma bastante convincente, la irreprochabilidad constitucional del precepto, mostrando su posible aplicabilidad en situaciones de necesidad de proroga del ejercicio del cargo ante casos de falta de acuerdo de las fuerzas parlamentarias.

El cuarto punto del libro está dedicado a las reformas que se han operado en orden al fortalecimiento de la posición institucional del Tribunal Constitucional. Un científico tan conocedor de los desencuentros entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional⁴ como lo es Fernández Segado es muy consciente de la necesidad de dotar al Tribunal de la Constitución de sistemas que aseguren su primacía como interprete de la Constitución. En esta parte se analiza sobretodo el contenido del

nuevo texto del artículo 4 de la LOTC. Esto significa que aquí se explica la facultad del Tribunal de delimitar el «ámbito de su jurisdicción» y su posibilidad de adoptar «cuantas medidas necesarias para preservarla», e igualmente la afirmación de que «las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano judicial del Estado», y finalmente, su potestad de anulación de actos y resoluciones en defensa de su jurisdicción. El autor, como digo, apoya la idea de establecer sistemas de fortalecimiento de la institución, mas reconoce el poder que recaba así este órgano y manifiesta ciertos recelos, dada la ausencia de mecanismos formales de control del Tribunal Constitucional en el ejercicio de esas nuevas posibilidades.

En el punto titulado «las modificaciones del régimen jurídico-procesal del amparo» el autor empieza explicando el nuevo requisito que se debe justificar en la solicitud de amparo: la «especial trascendencia constitucional» del recurso. Fernández Segado analiza los momentos clave —presentación de la demanda y valoración del Tribunal en orden a la admisión a trámite del recurso— en que opera el concepto de «especial trascendencia constitucional». Su propósito es mostrar cómo los parámetros que facilita el artículo 50.1.b LOTC para descifrar el sentido último de esa nueva noción son ciertamente imprecisos, aunque admite la virtualidad del nuevo precepto para advertir aún más del carácter extraordinario del recurso. En este repaso de la nueva regulación se prosigue profundizando, de forma lúcida y coherente, en el nuevo sistema de admisión e inadmisión del

⁴ Véase, por ejemplo, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil) de 24 de enero de 2004, una flagrante quiebra de la constitución», en *Revista de Estudios Políticos y Constitucionales*, núm. 129, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 193-216; el mismo autor en «La guerra de los Tribunales en España», en *Contribuciones*, núm. 3, Buenos Aires, 2002, en especial pp. 103 y ss.

recurso y se muestra su compatibilidad con el *writ of certiorari* propio de sistemas de *common law*, que se va introduciendo de forma cada vez más clara en nuestro ordenamiento. A todo ello sigue la exposición y evaluación del autor de la nueva posibilidad de las Secciones para la resolución de recursos de amparo, describiendo las distintas objeciones y contradicciones que presenta esta medida de desconcentración. Por otro lado, los demás aspectos tratados en esta parte de la obra tienen de por sí un carácter menos controvertido: la reforma del trámite de la cuestión interna de inconstitucionalidad, otras modificaciones del régimen jurídico-procesal del amparo —la previsión de adopción de medidas cautelares, cuestiones de plazo, etc.— y, en último lugar, el juicio crítico acerca de la reforma del amparo constitucional.

La última parte del libro se subdivide en otros cinco puntos relativos a distintas cuestiones generales de la reforma. El primer punto, referido a la Disposición final primera por la que se modificaba el artículo 241.1 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), examina la nueva posibilidad para revisar violaciones de derechos fundamentales por parte de los tribunales ordinarios a través de la nueva regulación de la nulidad de los actos procesales *ex* artículo 241.1 LOPJ, evaluando, de forma precisa, una cuestión tan heterogénea —y a la vez tan interesante— como el nuevo diseño del incidente de nulidad de actuaciones. En el segundo punto Fernández Segado cuenta las novedades en orden a la potenciación del rol de las partes litigantes en el proceso judicial en el que se va a suscitar una cuestión de inconstitucionalidad, centrándose, en buena medida, en las nuevas posibilidades que abren los artículos 35.2 y 37.3 de la LOTC. Y, finalmente, en los tres últimos puntos del trabajo, el autor expone,

en la parte del libro dedicada a aspectos menores más de tipo procedimental, novedades en orden a temas diversos como, por ejemplo, previsiones en relación a la presentación de los escritos de iniciación del proceso, publicación de autos del Tribunal Constitucional en el BOE y modificaciones relativas al personal al servicio del Tribunal. Aunque esta última parte de la investigación está orientada desde un punto de vista eminentemente práctico, al mismo tiempo sigue enfocada a hacer reflexiones y conclusiones muy instructivas.

El nuevo trabajo de Fernández Segado es, en definitiva, una obra muy completa, en la que se aporta un apoyo imprescindible para comprender a fondo los cambios que ha supuesto la nueva Ley Orgánica 6/2007 en la regulación del recurso de amparo, pero también en otros aspectos fundamentales del Tribunal Constitucional. Fernández Segado, claro y conciso, con una intención muy por encima de la de ofrecer un simple comentario de las novedades legislativas, con esa profundidad y estilo que le caracterizan desde sus primeros trabajos y con esa capacidad de interrelacionar los hechos observados y sacar deducciones certeras, hace una exhaustiva disección de la nueva ley. Por supuesto, sus afirmaciones y tesis personales pueden ser en algunos casos polémicas, incluso arriesgadas, pero tienen, de todos modos, la fuerza que le proporcionan su pasión por el objeto de estudio, su dedicación plena a la vida docente y su posición de jurista y científico al más alto nivel. De este modo, se integran en su justo equilibrio la claridad en lo explicado, la crítica y las reflexiones del autor. Estamos, en suma, ante un trabajo de extraordinaria calidad, imprescindible para actualizar el conocimiento del especialista del Derecho sobre el Tribunal Constitucional como máximo interprete de la Constitución y de la figura del recurso de amparo como vía

extraordinaria de protección de los derechos fundamentales. Trabajos como

este hacen incluso superfluo la lectura de la ley.

GILMAR FERREIRA MENDES, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, Editora Saraiva-Instituto Brasiliense de Direito Público, Sao Paulo, 2007, 372 pp.

Por JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO*

I. El sistema de control de constitucionalidad en Brasil se ha caracterizado desde sus orígenes por ser un «sistema difuso», si bien progresivamente, y de modo especial a partir de la Constitución de 1988, se le fueron añadiendo elementos «concentrados», de manera que hoy en día es un claro modelo mixto de control de la constitucionalidad que combina una *judicial review* predominantemente difusa con otra de tipo concentrado¹.

Así, puede destacarse la existencia de la «acción directa de inconstitucionalidad» frente a leyes y omisiones legislativas, y de la «acción declaratoria de inconstitucionalidad», acciones que en ambos casos pueden plantear determinados órganos políticos, con una legitimación procesal activa relativamente amplia y de las que corresponde conocer (concentradamente) al Supremo Tribu-

nal Federal, equivalente funcional de un tribunal constitucional en Brasil.

II. Pero aquí interesa referirse a otro componente «concentrado» del sistema brasileño de control de la constitucionalidad y que es una novedosa competencia del STF sobre la que versa este interesante libro del prof. Gilmar Ferreira, Catedrático de la Universidad de Brasilia y actual Presidente del STF: la alegación de incumplimiento de precepto fundamental.

Este enigmático instituto está contemplado en el art. 102 de la Constitución brasileña de 1988, con una redacción no menos turbia: «La alegación de incumplimiento de un precepto fundamental derivado de esta Constitución será apreciado por el Supremo Tribunal, en la forma de la ley»².

* Universidad Complutense.

¹ La Constitución del Imperio de 1824 estableció un control político. La Constitución republicana de 1891 asumió el control jurisdiccional, en la modalidad de control difuso de los EE.UU. La Constitución de 1934 introdujo la acción directa interventiva, que en cierto modo era un control concentrado peculiar. La Constitución de 1937 dio forma legal a la dictadura del Estado Nuevo y derogó el control. La Constitución de 1946 restaura el control y la reforma 16/1965 crea la acción directa genérica, competencia del Supremo Tribunal Federal y con legitimación procesal activa del Procurador General y estableció que la ley podría establecer un proceso de competencia originaria de los Tribunales de Justicia para declarar la inconstitucionalidad de una ley o acto municipal respecto a la Constitución del Estado (sistema mixto, difuso y concentrado y abstracto). La Constitución de 1967 mantuvo el sistema, que amplió la Constitución de 1988 al crear la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, amplió la legitimación activa para la acción directa y estableció la alegación de incumplimiento de precepto constitucional. La Reforma 3/1993 creó la acción declaratoria de constitucionalidad, aumentando más el control concentrado. Así, C. VELLOSO, «A Arguição de descumprimento de preceito fundamental», *Revista de Diálogo Jurídico*, num. 12, 2002, p. 3.

² Cfr. A. R. TAVARES y W. C. ROTHENBURG, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*, Atlas, São Paulo, 2001; M^o GARCIA, «Arguição de descumprimento: direito do cidadão», *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, núm. 32; G. F. MENDES, «Arguição de descumprimento de preceito fundamental (§ 1^o do art. 102 da Constituição Federal)», en la web de *Jus Navigandi*; y «Arguição de descumprimento