

triunfo de ideas y actitudes que consideraban incompatibles con la estabilidad de cualquier orden fijo, de todo sistema establecido, en definitiva, incompatible con la sociedad misma, como tradicionalmente se la había conocido. Así, mientras unos se interrogaban acerca de qué orden social y político podía razonablemente construirse, y sostenerse, allí donde la autoridad era cuestionada antes que obedecida, donde las diferencias sociales eran consideradas incidentales y no esenciales al orden de la comunidad, otros, inspirados por una visión del futuro, hallaron en el reto al orden tradicional la base más firme para su esperanza en una vida más libre.

VIII. La espléndida obra del Profesor Bernard Bailyn, como escribe Méndez Baiges en su «Estudio preliminar», no sólo se halla lejos de poder ser considerada una erudita aclaración de ciertos aspectos pertenecientes a la parte más altamente retórica de una controversia histórica ya supe-

rada, una indagación de un mundo intelectual muertos y enterrado, como en algún momento pudo considerarse por algunos, sino que en ella se pueden ver planteados aspectos básicos de la experiencia política occidental, y ello, añadírфamos por nuestra cuenta, por cuanto algunas de las cuestiones que en esa apasionante etapa revolucionaria, que primero condujo a la Independencia, y más tarde a la vertebración jurídico-política de un sistema completamente nuevo, están lejos de haber perdido su carga polémica. La obra nos ofrece un verdadero fresco histórico de la historia del pensamiento de esa etapa, de una riqueza de matices y originalidad difícil de encontrar en ningún otro momento o país. El autor compatibiliza además su extraordinaria erudición con la claridad y facilidad de la lectura, algo nada fácil de conseguir. Estamos ante un verdadero clásico intemporal, por lo que es de celebrar que haya sido vertido a la lengua de Cervantes.

ALLAN R. BREWER-CARÍAS: *Constitutional Courts as Positive Legislators (A Comparative Law Study)*, Cambridge University Press, New York, 2011, 933 pp.

por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

I. El libro que ahora comentamos es el resultado de un programa de investigación jurídica pensado por la *International Academy of Comparative Law* con ocasión de la celebración de su Congreso Internacional cuadrienal de Derecho Comparado, que tuvo lugar en Washington D. C. en julio de 2010, y que se organizó por la Academia con el apoyo de la *American Association of Comparative Law*. La Academia eligió el tópico de los «Tribunales Constitucionales como legisladores positivos», encomendando al Prof. Brewer-Carías la labor de preparar el Informe general sobre este tema para el Congreso, y de seleccionar los redactores de los Informes nacionales, a partir de los cuales se

había de elaborar el Informe general. Como se recoge en el Apéndice, un total de 36 autores, pertenecientes a 31 países participamos en la elaboración de los respectivos Informes nacionales. Digamos antes de continuar, que el Prof. Brewer-Carías es Catedrático de Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad Central de Venezuela. La autocracia chavista le forzó a exiliarse a Nueva York, siendo en la actualidad Profesor en la *Columbia University* de Nueva York. Ha sido asimismo *Simon Bolívar Professor* en la Universidad de Cambridge y Profesor Adjunto en la Universidad de París II. Es Miembro Titular de la *International Academy of Comparative Law*, de la que

ha sido muchos años su Vicepresidente (1982-2010). Es miembro de la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, institución que presidió entre 1997 y 1999. Autor de una amplísima obra científica, en la que ocupan un lugar muy destacado sus escritos sobre la justicia constitucional.

La obra se estructura a través de tres partes perfectamente delimitadas. La primera, bajo el rótulo de «Constitutional Courts as positive legislators in comparative law», es lo que podríamos denominar el Informe general, y acoge una Introducción, sobre Hans Kelsen, la *judicial review* y el legislador negativo, y cinco capítulos relativos, respectivamente, a la *judicial review of legislation* y el legislador, a la interferencia de los Tribunales constitucionales con el poder constituyente, a la interferencia de esos mismos Tribunales con el legislador en relación a la legislación existente, a la interferencia de los Tribunales constitucionales con el legislador en relación a las omisiones legislativas y al rol de esos mismos Tribunales constitucionales como legisladores en cuestiones directamente relacionadas con la *judicial review*. La segunda parte del libro acoge los Informes nacionales. Y en la tercera y última parte se recoge el Informe de síntesis bajo el genérico rótulo de «Constitutional Courts as positive legislators in comparative law». Innecesario es decir que, a los efectos de este comentario, el mayor interés nos lo ofrecen la primera y tercera partes del libro, obra tanto una como otra del Prof. Brewer-Carías.

II. Brewer-Carías comienza su Informe general con una Introducción centrada en el bien conocido diseño kelseniano, admitiendo a continuación que la clásica distinción de los sistemas de justicia constitucional en el mundo contemporáneo, no obstante haber evolucionado y cambiado, sigue siendo muy útil, particularmente para el análisis de Derecho comparado, y no es posible considerarla obsoleta. Es obvio que, tras lo que hemos escrito al respecto en otros lugares, no podemos

compartir este punto de vista, no obstante lo cual no se trata en este comentario de polemizar. Con todo, sí recordaremos que las divergencias entre los dos tradicionales modelos de control de constitucionalidad dimanan de unos presupuestos histórico-políticos e ideológicos contrapuestos, que constituyen la última y más profunda *ratio* de su bipolaridad, pues mientras el sistema norteamericano halla su razón de ser en la voluntad de establecer la supremacía del *judiciary* sobre los restantes poderes, lo que constituye un acto de confianza en los jueces, no encuadrados en una carrera burocrática, a la par que de desconfianza al legislador, fraguada en los momentos iniciales de la vida constitucional de los Estados, de resultados de los abusos llevados a cabo por las legislaturas estatales, la *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, que, no lo olvidemos, suponía la conversión del Tribunal Constitucional en un órgano del poder legislativo, en un *negativ Gesetzgeber* («Aufhebung von Gesetzen —escribirá Kelsen («Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en *Veröffentlichen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, VVDSrl*, 5. Heft, 1929, pp. 30 y ss.; en concreto, p. 54)— ist somit selbst Gesetzgebungsfunction und ein gesetzaufhebendes Gericht: selbst Organ des gesetzgebenden Gewalt») (La anulación de las leyes es por lo tanto la misma función legislativa, y un Tribunal que anula la ley, un propio órgano del poder legislativo) representa, por el contrario, un acto de desconfianza en los Jueces, encaminado a salvaguardar el principio de seguridad jurídica y a restablecer la supremacía del Parlamento, puesta en serio peligro por la batalla iniciada por amplios sectores del mundo jurídico en favor de un control jurisdiccional (difuso) de las leyes, lo que entrañaba dejar en manos de una casta judicial, burocrática, en amplia medida de extracción aristocrática y vocación autoritaria, un instrumento de extraordinaria relevancia en la vida del Estado. Cuando tras la Segunda Guerra Mundial cambien de modo radical las circunstan-

cias, el fundamento último del modelo kelseniano habrá perdido gran parte de su razón de ser.

También coadyuvará en la misma dirección el hecho de que, tras la guerra, los constituyentes europeos pongan la vista en la Constitución norteamericana, visionada, como la percibiera Corwin en un trabajo clásico («The <Higher Law> Background of American Constitutional Law», en *Harvard Law Review, Harv. L. Rev.*, Vol XLII, No. 2, December, 1928, pp. 149 y ss., y 365 y ss.) como *the higher law*. Los rasgos procesales supuestamente contrapuestos, que el gran procesalista italiano Calamandrei, primero, y después su no menos relevante discípulo, Cappelletti, elevaron a la categoría de casi dogma, hoy están lejos de responder a la realidad de las fórmulas procesales de los distintos sistemas de justicia constitucional. Y en fin, los textos constitucionales de la segunda postguerra han entremezclado y mixturado elementos de uno y otro sistema. Por todo ello, seguir hablando de la bipolaridad «sistema difuso—sistema concentrado» nos parece algo bastante trasnochado.

Lleva razón el coordinador de la obra cuando sostiene, que cuando se formuló en Europa el sistema concentrado de revisión judicial, tal sistema ya existía en América Latina desde más de seis décadas atrás, pues la acción popular colombo-venezolana de inconstitucionalidad, institucionalizada a mediados del siglo XIX, supuso de hecho su establecimiento.

Se propone Brewer-Carías en su estudio analizar desde una óptica comparada todas aquellas situaciones en las que los Tribunales constitucionales interfieren no sólo con el legislador y sus funciones legislativas, sino también con el «constitutional legislator», esto es, con el poder constituyente, al asumir de uno u otro modo el rol de legislador positivo.

En el primer capítulo de esta parte, como antes se dijo, se aborda la incidencia de la *judicial review of legislation* sobre el legislador. Destaca el autor como un aspecto importante, digno de ser tenido

muy en cuenta, el que en los sistemas difusos, cuando la decisión final de un caso alcanza a la Corte suprema, conforme al principio *stare decisis*, los efectos prácticos de la no aplicación de la ley declarada inconstitucional son similares a los efectos de su anulación, en el sentido de que aunque la ley continúe apareciendo en los códigos, esto es, aunque continúe en vigor, en la práctica debe considerarse *null and void*, y esto, según Brewer, se produce incluso en países que no han desarrollado la doctrina *stare decisis*. Esta consideración debe ser inexcusablemente modulada, por cuanto aunque pueda haber algún país, como Holanda o Argentina, en donde ello, según el autor, es así, la regla general sigue siendo que sólo en los países de *common law* se halla plenamente arraigado el principio *stare decisis*, lo que exige de muchos países que cuentan con un sistema difuso, incluso compartido con un sistema concentrado, como sería el caso de Brasil o de Portugal, de fórmulas «ad hoc» que están bastante alejadas del efecto *erga omnes* de las sentencias de inconstitucionalidad dictadas al hilo del control incidental.

En cuanto a los Tribunales constitucionales, Brewer parte del principio de que los mismos se consideran «legisladores negativos» particularmente cuando deciden anular las leyes, no pudiendo actuar como «legisladores positivos» en el sentido de crear *ex novo* textos legislativos o de introducir reformas en las leyes. Ello no obstante, admite que es un hecho en el mundo contemporáneo que los Tribunales constitucionales han asumido progresivamente un rol más importante, asistiendo al legislador en sus funciones e incluso creando normas que pueden deducir de la Constitución. Más allá de ello, a nuestro modo de ver, no puede ignorarse que a través de la técnica de la interpretación conforme o de tantas otras (pensemos en las *sentenze additive* italianas o en algunas de las técnicas decisorias del *BVerfG* alemán) los Tribunales constitucionales, de modo incontrovertible, crean Derecho y

por lo mismo actúan como legisladores positivos.

Se aborda a continuación la interferencia de los Tribunales constitucionales sobre el poder constituyente, a cuyo efecto el Profesor venezolano analiza el rol desempeñado en algunos países por estos órganos en lo que se refiere a la revisión de las reformas constitucionales; así, entre otros, menciona el caso de la India, en donde la Corte Suprema ha cambiado la Constitución en lo atinente al régimen de las reformas constitucionales, al establecer limitaciones sustantivas, no previstas constitucionalmente, sobre el poder del Parlamento para reformar la Constitución.

La interferencia de los Tribunales constitucionales con el legislador en relación a la legislación existente da pie al autor para hacerse eco del principio de interpretación conforme («interpretation of statutes in harmony with the Constitution», *Verfassungskonforme Auslegung*), un principio que Brewer reconoce que es generalmente aplicado en el Derecho comparado, y que encuentra su razón de ser en el principio de conservación o preservación de la legislación, lo que le conduce a no considerar esta técnica invasiva de las atribuciones del legislador, sino que, por el contrario, se halla concebida para ayudar al legislador. Formalmente, nada hay que decir de este planteamiento; en la práctica, el principio de interpretación conforme, no nos cabe duda de ello, ha convertido a los Tribunales constitucionales, por lo menos en algunos países (España entre ellos) en verdaderos legisladores positivos. El autor se hace eco también de las interferencias de los órganos de que venimos ocupándonos sobre los efectos temporales de la legislación, al hilo de sus sentencias de inconstitucionalidad, ámbito que a nuestro juicio nos muestra la relatividad de las fórmulas estereotipadas que tradicionalmente se han venido contemplando en relación a los efectos de las sentencias dictadas por los órganos titulares de la justicia constitucional en los procesos de control normativo, y de modo

muy particular en las sentencias estimatorias.

Se aborda en el capítulo siguiente la interferencia de los Tribunales constitucionales sobre el legislador en relación a las omisiones legislativas. El autor distingue la actuación de estos órganos según se trate de omisiones absolutas o relativas, diferenciando a su vez, dentro de las primeras, entre la acción directa frente a tales omisiones y la protección de los derechos fundamentales frente a esas mismas omisiones absolutas, para abordar a continuación la actuación de los Tribunales constitucionales frente a las lagunas o resquicios que presuponen las omisiones legislativas relativas. Brewer destaca cómo, particularmente en relación a las omisiones relativas, los Tribunales constitucionales, en muchos casos, han dictado no sólo directivas, sino también mandatos o instrucciones para que el legislador reforme o corrija determinados textos legislativos en el sentido que le es indicado por aquéllos. El autor se hace eco de igual forma de cómo en muchos otros casos los órganos que nos ocupan han emitido órdenes para que el legislador apruebe una cierta legislación de un modo determinado o dentro de una fecha preestablecida, lo que ha ocurrido particularmente en los casos de omisiones legislativas contrarias a la Constitución, llegando a convertirse en ocasiones en legisladores provisionales, al incluir en sus decisiones medidas provisionales o regulaciones a aplicar en la materia específica considerada inconstitucional.

Concluye Brewer, siguiendo en ello a Christopher Wolfe (*The Rise of Modern Judicial Review*, Basic Book, Inc., Publishers, New York, 1986, p. 238), quien a su vez se limita a hacerse eco de un conjunto de reflexiones del gran *Associate Justice* Cardozo, que en todos estos casos en que se establecen medios para controlar las omisiones legislativas, no cabe soslayar una posibilidad de abuso ya expresada como decíamos por Cardozo cuando escribió: «Legislatures have sometimes disregarded their own responsibility, and

passed it on the courts» (Benjamin N. Cardozo: *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven and London, 36th printing, 1975, p. 93). Si es adecuado o no referirse a este fenómeno como «the legislature passing its responsibilities on to the courts», añadirá Wolfe, es una cuestión pendiente.

La primera parte de la obra concluye con un capítulo que contempla a los órganos titulares de la justicia constitucional como legisladores en materias de revisión judicial. En él, el autor alude a dos tipos de supuestos: el de los Tribunales constitucionales procediendo a crear sus propios poderes de revisión judicial y de creación por esos mismos órganos de reglas procesales utilizables en el proceso de revisión judicial. Ejemplifica este último supuesto con una referencia (entre varias otras) a cómo el principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Verfahrensautonomie*) se ha utilizado para justificar la competencia desarrollada por el *BVerfG* para complementar reglas procesales de revisión judicial. Y en cuanto al primer supuesto, entre los varios ejemplos aportados por nuestro autor en justificación del mismo, el primero de ellos atiende al celebérrimo caso *Marbury v. Madison*, que pone de relieve cómo en el sistema difuso de revisión judicial, la *judicial review* ha sido deducida del principio de supremacía de la Constitución y del deber de los tribunales de desechar las leyes contrarias a la Constitución.

El Profesor venezolano cree posible extraer dos conclusiones generales de lo por él expuesto en la primera parte de la obra: La primera, que ya no hay una marcada distinción («a sharp distinction») entre los dos modelos de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. En el mundo contemporáneo hay una experiencia de sistemas de jurisdicción constitucional en una transformación, convergencia y mixtura que no era posible contemplar hace un centenar de años, «when the confrontation between the diffuse and concentrated methods of judicial review

began to be imagined». La segunda, que el nítido y sencillo sistema del control concentrado de constitucionalidad, basado en el binomio «unconstitutionality —invalidity», «unconstitutionality— nullity», ejercido por un Tribunal constitucional visualizado como un legislador negativo, es hoy difícil de defender.

De hecho, el Derecho constitucional comparado contemporáneo nos muestra la existencia de Tribunales constitucionales que asumido progresivamente funciones que décadas atrás correspondían tan sólo al poder constituyente o al legislador. Por lo demás, considera el autor, que en materia de control de constitucionalidad, hoy es simplemente incomprensible pretender que las soluciones judiciales de un país determinado puedan considerarse un asunto endémico exclusivamente de un país concreto.

III. La parte tercera de la obra acoge el Informe de síntesis, elaborado como es lógico a partir de los diferentes Informes nacionales, por lo que presenta el mayor interés. Tras unas observaciones preliminares, esta parte se estructura a través de lo que podríamos considerar como cuatro orientaciones o tendencias que sucesivamente contemplan las interferencias de los Tribunales Constituciones u órganos análogos de justicia constitucional sobre el poder constituyente, sobre la legislación existente, sobre la ausencia de legislación u omisiones legislativas y sobre las propias cuestiones atinentes al control de constitucionalidad de las leyes.

La interferencia de los órganos a que venimos refiriéndonos sobre el poder constituyente se pone de manifiesto, según Brewer, en algunos casos de promulgación de normas constitucionales, como también cuando resuelven disputas constitucionales entre órganos estatales, o ejercen un control constitucional sobre disposiciones constitucionales o reformas constitucionales, y en fin, cuando transforman la Constitución legítimamente a través de la adaptación de algunas de sus disposiciones a

las necesidades de los tiempos presentes, dándoles así un significado concreto.

El más importante, y más común, rol de los órganos titulares de la justicia constitucional respecto a la legislación existente es no sólo declarar su inconstitucionalidad, sino también interpretar las leyes en armonía o conformidad con la Constitución y dar directrices o pautas al legislador. El autor subraya el dato de que el recurso a las sentencias interpretativas ha sido especialmente intenso en Italia, España, Francia y Hungría, donde en muchos casos los Tribunales constitucionales no han anulado la ley impugnada, habiendo decidido en su lugar modificar su significado a través del establecimiento de un nuevo contenido, haciendo así el Derecho constitucional el resultado de la interpretación constitucional.

En el mundo contemporáneo, uno de los más importantes roles de los órganos titulares de la justicia constitucional es, según nuestro autor, el control no de la constitucionalidad de la legislación existente, sino de la ausencia de tal legislación o de las omisiones de las leyes resultantes del incumplimiento por el legislador de su obligación constitucional de legislar sobre materias específicas o cuestiones incompletas o legislación discriminatoria.

La cuarta orientación que se puede identificar en el Derecho comparado respecto al rol de los Tribunales constitucionales y demás órganos titulares de la justicia constitucional como legisladores positivos se relaciona con materias propias de la legislación relativa al control de la constitucionalidad, no sólo en relación a las facultades de los tribunales cuando llevan a cabo ese control, sino también respecto a las normas procesales aplicables al control de constitucionalidad.

IV. La obra se cierra con unas observaciones finales en las que vale la pena que nos detengamos. La principal conclusión que se extrae de este estudio de Derecho comparado es la de que en el mundo contemporáneo, los Tribunales constituciona-

les y demás órganos titulares de la justicia constitucional han asumido de modo progresivo funciones que décadas atrás correspondían tan sólo al poder constituyente o al legislador. En algunos casos, han descubierto y extraído normas constitucionales, particularmente en materia de derechos humanos, no expresamente encerradas en la Constitución, y en relación a las cuales ni siquiera podía considerarse que respondieran a la intención original del poder constituyente.

En otros casos, estos mismos órganos han llevado a cabo funciones legislativas, complementando el rol de elaborador de normas legales que asume el legislador, tratando de cubrir las omisiones legislativas, enviando directrices, e incluso mandatos, al legislador, e incluso dictando una legislación provisional como resultado del ejercicio de sus funciones.

Estos rasgos y orientaciones comunes, nos dice Brewer, se encuentran en los diferentes países y en todos los sistemas jurídicos, siendo, desde luego, más numerosos e importantes que las posibles diferencias que pudieran existir. Es por ello por lo que en estas materias de control de constitucionalidad de las leyes, los tribunales de los que nos venimos ocupando, para desarrollar sus propias competencias y ejercer sus poderes de controlar la constitucionalidad de las leyes, proteger los derechos fundamentales y asegurar de este modo la supremacía de la Constitución, de modo progresivo, han comenzado a estudiar y analizar el trabajo similar desarrollado por otros tribunales semejantes en otros países, enriqueciendo así sus decisiones, a través de esta suerte de diálogo jurisprudencial. Consecuentemente, el autor cree posible decir, que quizás con la excepción de la *United States Supreme Court*, es común encontrar en las decisiones de nuestros Tribunales constitucionales y órganos que cumplen análogas funciones, constantes referencias a decisiones dictadas en similares asuntos o casos por otros tribunales semejantes. Puede constatarse de esta forma que no existe

aversión a utilizar el Derecho extranjero para interpretar, cuando sea aplicable, la Constitución.

Este último razonamiento, que compartimos, a nuestro modo de ver, va a coadyuvar a su vez en la dirección cada vez más acentuada de superar la estricta visión

kelseniana del Tribunal Constitucional como *negativ Gesetzgeber* para ver en él también un *positiv Gesetzgeber*, algo por lo demás, que el libro aquí recensionado, con la amplia visión que proporciona la treintena de países estudiados, no hace más que corroborar.

SABINO CASSESE, *Il Diritto Globale*, Julio Einaudi, 244 pp.

por ALESSIO PARENTE.

¿El fenómeno de la globalización es sólo un fenómeno económico o también jurídico? ¿Si existe una tendencia hacia la globalización jurídica, en qué relación se encuentra con los poderes del Estado? ¿Es posible transportar democracia y justicia fuera de los confines del Estado? Las respuestas a estas preguntas se encuentran en la obra de Sabino Cassese, *Il Diritto Globale*, disponible, desde el 2011, en castellano con el título *El Derecho Global (Justicia y Democracia más allá del Estado)*, publicado en España por la joven editorial Global Law Press. En este libro, dividido en seis capítulos, el sumo jurista ofrece una perspectiva muy clara de lo que puede definirse como globalización jurídica. El texto no está dirigido sólo a los «apasionados de la globalización», sino parece representar un paso obligado para cualquier jurista. La complejidad de las cuestiones que se abarcan en la obra, la inmediatez, así como la inteligibilidad de la forma de exposición de las problemáticas y de sus soluciones, permiten ubicar este libro entre una de las más prestigiosas contribuciones a la Ciencia del Derecho de los últimos diez años. Referencia imprescindible para cualquier estudio sobre el tema, parece natural decantarse por su implementación en toda Universidad, mediante la introducción de una asignatura optativa sobre el tema.

La obra parte de la constatación de que no sólo la economía se globaliza. Hay di-

versas actividades no propiamente económicas donde se manifiesta esta tendencia. Piénsese en la actividad militar: el personal que actúa bajo la banderas de la ONU y de la OTAN dirigido por un comando unitario, está constituido por personas de distintas nacionalidades, realizando misiones en diversas zonas de la Tierra (v., p. 4). Sin más ejemplos, se puede decir que existen problemas que presentan carácter global para los cuales es necesario encontrar soluciones globales. Esto no quiere decir que los Estados tengan que salir de la escena, sino participar en la fase constitutiva del nuevo régimen, así como en aquella ejecutiva. Los Estados ya no actuarían de forma autónoma, sino más bien como agentes de un organismo global (v., p. 5). Sin embargo, la globalización se enfrenta al hecho de que la organización de los poderes públicos no es global, lo que conlleva una asimetría entre economía global y políticas nacionales. En este panorama, CASSESE demuestra que el sistema de los poderes globales presenta tres defectos: el primero consiste en la ausencia de un orden general y de un gobierno; el segundo, atañe a la legitimación; el tercero a la eficacia.

Sobre la existencia de un orden general, la obra de Cassese permite aclarar que el espacio jurídico global está lleno de regímenes regulatorios sectoriales, cada uno con su sistema de normas y con una estructura organizativa propia (v., p. 11). Las