

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

JOSÉ AFONSO DA SILVA: *O Constitucionalismo brasileiro*. (Evolução institucional), Malheiros Editores, São Paulo 2011, 544 pp.

por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

I. El Profesor José Afonso da Silva es uno de los más reconocidos maestros no sólo del Brasil, sino de toda América Latina. «Professor Titular aposentado», esto es Catedrático jubilado, de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP), una de las más valoradas instituciones académicas de América Latina, su obra científica es ingente y extraordinariamente conocida. Baste con recordar, que su *Curso de Direito Constitucional Positivo* alcanza ya las 34 ediciones, algo insólito en España. El Prof. Afonso da Silva ha tratado en sus publicaciones la práctica totalidad de las materias del Derecho constitucional y buen número de temas reconducibles al Derecho administrativo. Recordemos algunas de sus publicaciones. *Ação Popular Constitucional* (2ª ed., 2007), *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* (7ª ed., 3ª reimpr., 2009), *Comentário Contextual à Constituição* (7ª ed., 2010), *Direito Ambiental Constitucional* (9ª ed., 2011), *Direito Urbanístico Brasileiro* (6ª ed., 2010), *Ordenação Constitucional da Cultura* (2001), *Processo Constitucional de Formação das Leis* (2ª ed., 2ª reimpr., 2007), *Manual da Constituição de 1988* (2002)...

La obra que comentamos, publicada por primera vez en junio de 2011, aborda omnicomprensivamente el estudio del constitucionalismo brasileño, esto es, tanto el constitucionalismo monárquico como el republicano, partiendo de la Constitución Política del Imperio, de 1824, y culminando con la Constitución actualmente vigen-

te, de 1988. No estamos, sin embargo, ante una historia constitucional al uso, esto es, de progresivo estudio cronológico de las distintas etapas constitucionales de un país, sino que, como ya hace intuir su significativo subtítulo, evolución institucional, el autor sigue una metodología diferente, que él mismo denomina «método documental vertical», que contrapone a los que denomina «método documental diacrónico» (comparativo) y «método documental horizontal». Mientras este último estudia la evolución del constitucionalismo por períodos constitucionales, y el diacrónico o comparativo se centra en la comparación de los regímenes constitucionales que se suceden en el tiempo en el país, el método seguido por el Prof. Afonso da Silva estudia la historia constitucional por la vía del examen de la evolución de las instituciones constitucionales, aunque en dos de sus capítulos el autor hace ciertas concesiones al método «horizontal»; así, en los capítulos primero y último de la obra, relativos, respectivamente, a la síntesis histórica y a la evolución político constitucional del Brasil; también el capítulo segundo, que aborda el proceso de formación de las Constituciones, atiende tendencialmente a ese método «horizontal». A partir de esta opción metodológica, la obra aborda, sucesivamente: los principios del constitucionalismo brasileño, la jurisdicción constitucional en Brasil, la protección constitucional de los derechos humanos, las instituciones electorales, los partidos políticos,

la organización del Estado, el régimen municipal, que comparte capítulo con el estudio de la oligarquía y del poder local, la organización de los poderes, los sistemas de gobierno y su funcionamiento, los estados de excepción y la Constitución económica.

Innecesario es decir, pues ya la mera enumeración de las instituciones abordadas lo revela con meridiana claridad (piénsese en el tratamiento de la oligarquía), que el autor recurre a la ciencia política y a la sociología, que por lo demás considera imprescindible cualquiera que fuere el método utilizado.

El reto que con su planteamiento asumía el Profesor de São Paulo no era pequeño si se piensa en la extrema diversidad de fórmulas de gobierno que nos ofrece la historia constitucional brasileña, que van desde la propia organización del Estado (del Imperio unitario a la República federal, sin olvidar que algunas fórmulas federales, como la de 1967, han sido puramente nominales) hasta la más específica de la organización en cada momento de los poderes constitucionales, bien diferente en el Imperio y en la República, al margen ya de las etapas dictatoriales que también se dotaron de Cartas constitucionales, como sería el caso del «Estado Novo» de Getúlio Vargas y la Constitución de 1937, o del sistema autocrático impuesto por los militares tras el golpe de Estado de 1964, que también tuvo su reflejo en la Constitución de 1967. Y todo ello sin olvidar la propia pluralidad constitucional de Brasil, que si en el siglo XIX contó tan sólo con la Constitución de 1824, objeto de una importante reforma en 1834, de tendencia descentralizadora, deshecha tan sólo seis años más tarde, en la etapa republicana las Constituciones se han sucedido a un buen ritmo: Constitución de 1891, reformada en 1926, Constitución de 1934, Carta constitucional de 1937, Constitución de 1946, Constitución de 1967 y Enmienda Constitucional de 1969 y, por fin, Constitución Federal de 1988. Con todo, creemos que el autor sortea con pleno éxito las dificultades apuntadas.

II. Particular interés presenta para nosotros el capítulo IV de la obra, en el que el autor aborda la jurisdicción constitucional en el Brasil, que cobraría especial interés con la Constitución republicana de 1891, pues con el Imperio el sistema constitucional no era nada propicio para la aparición de un sistema de justicia constitucional, dada la adopción de la fórmula del «poder moderador», cuya paternidad, como es sabido, ha de atribuirse a Benjamin Constant.

La influencia de Ruy Barbosa será determinante en la institucionalización del modelo de la *judicial review* de estirpe norteamericana. Recuerda el autor, que el Decreto de 22 de junio de 1890, que antecedió a la Constitución, tradujo casi en su literalidad (en su art. 59) el viejo *writ of error* anglo-americano, tal y como había sido consagrado en la *Judiciary Act* de 1789. Del mencionado Decreto pasaría a la Constitución federal de 1891. Ruy Barbosa, comentando la previsión constitucional, dejaría meridianamente claro que todos los tribunales brasileños, federales o estatales, podrían pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes de la Unión, aplicándolas o inaplicándolas según su criterio. La Constitución republicana recepcionaba de esta forma la justicia constitucional por vía de excepción y según el llamado criterio de la jurisdicción difusa.

La Constitución de 1934, en la que hace acto de presencia en Brasil el constitucionalismo social, introdujo algunas innovaciones relevantes en el ámbito de la justicia constitucional. Así, introdujo un ejercicio directo del control de constitucionalidad de las leyes que estableciesen la intervención federal, y habilitó al Senado Federal para suspender, en todo o en parte, la ejecución de cualquier ley o acto que fuesen declarados inconstitucionales por el poder judicial. Ello suponía una especie de remedo del principio *stare decisis* del *common law*, inexistente en un país de *civil law* como Brasil. Ya que la declaración de inconstitucional en sede

judicial limitaba su efecto al caso concreto, no pudiendo alcanzarse un efecto general, a diferencia de lo que acontece en Estados Unidos a través de ese principio, el Senado era habilitado para alcanzar la generalidad del efecto de la declaración de inconstitucionalidad.

Aunque la Carta de 1937, auspiciada por Getúlio Vargas, mantuvo el control difuso, en un régimen de corte dictatorial carece de sentido hablar de justicia constitucional. Con la Constitución de 1946 bien podría decirse, que Brasil comenzó a afiliarse al modelo de control de constitucionalidad austriaco-kelseniano. Significativamente, el art. 100 de la norma suprema encomendaba al Supremo Tribunal Federal conocer en recurso extraordinario de las causas decididas en única o última instancia por otros tribunales o jueces, entre otros supuestos, cuando la decisión fuese contraria a una norma constitucional o al texto de un tratado, cuando se cuestionare la validez de una ley federal frente a la Constitución y la decisión recurrida hubiere negado la aplicación de la ley impugnada, y asimismo, cuando se cuestionare la validez de una ley o acto de gobierno local (esto es, estatal) frente a la Constitución o a una ley federal, habiendo la decisión recurrida juzgado válida dicha ley o acto estatal.

La Constitución de 1988 mantuvo como dice el autor todas las conquistas que los textos constitucionales precedentes habían ido alcanzando en el ámbito que nos ocupa, introduciendo otra serie de innovaciones que iban a posibilitar uno de los sistemas de justicia constitucional más amplios que nos ofrece el Derecho comparado, con un control por vía de excepción y también de acción directa de inconstitucionalidad, en el que el Supremo Tribunal Federal, *de facto*, se ha convertido en una Tribunal Constitucional, mientras que todos los órganos judiciales pueden *in casu* pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley, un control que no se limita tan sólo a la inconstitucionalidad por acción, sino que también fis-

caliza la inconstitucionalidad por omisión. Afonso da Silva concluye, que la justicia constitucional brasileña deberá tomar un nuevo rumbo con la práctica implantada por la Constitución vigente en Brasil, principalmente a la vista de que el Supremo Tribunal Federal se ha transformado en su guardián, al ver transformada su competencia, fundamentalmente, en un órgano de solución de los conflictos de intereses suscitados por las normas constitucionales, alineándose así con los Tribunales Constitucionales europeos, si bien con una nueva visión de su misión constitucional y de su función política.

III. El libro dedica una notable atención a la protección constitucional de los derechos humanos en Brasil, objeto del capítulo quinto. El autor dedica unas páginas a la cuestión de la esclavitud, pues a su juicio, una historia del constitucionalismo de su país ha de discutir en algún momento el problema de la esclavitud ante el ordenamiento jurídico del Imperio, aunque no sea más que para valorar su recepción, o falta de ella, por la Constitución del Imperio. Y aunque no faltan quienes ven una recepción constitucional implícita de la esclavitud en la disposición (art. 6º) que declaraba como brasileños, entre otros, los «libertos», esto es, según el Derecho romano, de aplicación entonces en Brasil, los liberados del estado de esclavitud por nacimiento o por una situación sobrevenida, por cuanto la admisión de la existencia de «libertos», indirectamente, parecía admitir la esclavitud, lo cierto es que Afonso da Silva rechaza esta interpretación al atender al significativo dato de que la primera ley posterior a la Constitución sobre la materia, de noviembre de 1831, estableció perentoriamente en su art. 1º, que «todos los esclavos que, viniendo de fuera, entrasen en el territorio o puertos de Brasil, quedan libres», exceptuándose tan sólo aquellos adscritos al servicio de una embarcación perteneciente a un país en el que la esclavitud estuviese permitida.

Particular atención merecen al autor los

distintos instrumentos procesales de garantía de los derechos consagrados, o en su caso perfeccionados, por la Carta de 1988, lo que no debe extrañar si se tiene en cuenta que, en este punto, la Constitución brasileña ha hecho aportaciones del mayor interés. El *mandado de segurança coletivo* o el *mandado de injunção* serían los ejemplos paradigmáticos, aunque no los únicos.

Sería un éxtasis, concluye el autor, que ya pudiese decirse que se ha cumplido el objetivo fundamental de la República Federal del Brasil, contemplado por el art. 3º.I de su Constitución, de construir una sociedad libre, justa y solidaria, pero aunque admita que con los últimos gobiernos se ha avanzado mucho en esa dirección, aún sigue siendo una hermosa utopía, aunque el Profesor de São Paulo aproveche para recordar que las utopías son un ejercicio de la mente humana que impulsa movimientos capaces de alcanzar metas aparentemente inalcanzables. En cualquier caso, en los casi veinticinco años de vigencia de la Constitución de 5 de octubre de 1988 se ha incrementado enormemente la conciencia ciudadana acerca de los derechos, que han pasado a formar parte de lo cotidiano de la ciudadanía, lo que, como con toda razón aduce el autor, es el mejor instrumento de salvaguardia de su eficacia.

IV. La organización territorial del Estado es objeto del capítulo octavo del libro. Pocos países han experimentado en su historia un cambio tan radical como Brasil. De la fragmentación y dispersión del poder político característica de lo Colonia, al Imperio unitario, caracterizado por la estricta subordinación de las Provincias al poder central, aunque, para Afonso da Silva, la clave de toda la organización política brasileña en esa época se hallaba en el poder moderador, concentrado en la persona del Emperador. A través de esa fórmula, los estadistas del Antiguo Régimen dotan al Emperador de facultades excepcionales: disolución del poder legislativo, derecho de suspensión de los magistrados, influjo sobre el Ejecutivo a tra-

vés de su facultad de escoger libremente, y de cesarlos, a sus Ministros de Estado...

El impulso de las ideas federalistas, entre las que es obligado destacar la obra del liberal Tavares Bastos (1870), terminará imponiéndose en 1889. Federalismo y democracia se convertirán a partir de ese momento en los dos motores impulsores del constitucionalismo brasileño, que tendrá su primer reflejo normativo en el Decreto núm. 1, de 15 de noviembre de 1889, que proclamará la *República Federativa*.

Se ocupa el autor a continuación, primero, de las bases socio-históricas del federalismo brasileño, y después, de las muy diversas vicisitudes por las que el mismo ha atravesado a lo largo del pasado siglo, desde su constitucionalización en 1891, con sus sucesivas crisis (a inicios de los años treinta), resurgimiento (en 1934), eclipses (como en 1937), práctico soterramiento (en 1946) a través de una Constitución cuya filosofía era el «privatismo» y el «anti-intervencionismo estatal», o lo que es igual, el liberalismo económico, nominalismo federal, con un práctico predominio del aspecto unitario (en 1967), y con una marcada centralización (en 1969), hasta llegar al modelo federal constitucionalizado en 1988, en el que son de destacar diversos rasgos, como el del muy sugestivo reparto de la autonomía política entre los Estados y los Municipios, o la tesis, que tiende cada día a adquirir más receptividad, por lo menos entre la doctrina, del Federalismo de las Regiones, que se ve como una fórmula con la que hacer frente de un modo más eficaz al actual problema de notable desequilibrio de las unidades políticas participantes en el pacto federal. Con todo, Afonso da Silva, aún considerándola una tesis seductora, no termina de mostrarse partidario de ella, al considerar que aunque la Asamblea Constituyente de 1987-1988 acogiese el regionalismo, no fue necesariamente ese regionalismo federalista que algunos autores reivindica, sino una descentralización regional que vendría a reforzar el federalismo sin ser necesariamente un federalismo de las regiones.

Este capítulo se cierra, como es obligado por lo demás, con un tratamiento del sistema tributario brasileño y de su conexión con el federalismo. El maestro brasileño parte de la idea de que el reparto de un poder tributario autónomo es esencial para la vigencia del principio federal. La rigidez que de ahí deriva dificulta la actuación estatal en el ámbito de la política fiscal. De hecho, toda política fiscal ha de ser flexible a fin de poder adaptarse fácilmente a las siempre mutables circunstancias económicas. Queda de esta forma planteada una patente antinomia, frente a la que la búsqueda de un equilibrio entre las dos exigencias constituye «el drama de la organización del sistema tributario en el Estado federal». Recuerda el autor, que a partir de 1965 el sistema tributario brasileño se convirtió en marcadamente centralizador, lo que a su vez se tradujo en un nítido sacrificio de la autonomía de las entidades federadas, esto es, de los Estados integrantes de la Unión. La Constitución de 1988 no ha logrado corregir las distorsiones del sistema, que a juicio del Profesor de São Paulo, continúan esencialmente tal y como quedaron plasmadas en la Enmienda constitucional núm. 18/1965 a la Constitución de 1946.

V. Particular interés presenta el capítulo undécimo, en el que el autor contempla los sistemas de gobierno, esto es, las técnicas que rigen las relaciones entre el Legislativo y el Ejecutivo en el ejercicio de las funciones gubernamentales, y su funcionamiento. Mucha discusión ha suscitado entre la doctrina la identificación del sistema de gobierno del Imperio. Frente a los historiadores que han visto en él un sistema parlamentario, nuestro autor recuerda que el texto constitucional no podía calificarse como parlamentario, pues, como ya se dijo, reconocía al Emperador el derecho de nombrar y destituir libremente sus Ministros. Es verdad que, a modo de compensación, parecía sentar las bases de un sistema de gabinete al distinguir entre las atribuciones privativas del

poder moderador y aquellas otras que había de ejercer a través de unos Ministros supuestamente responsables. Incluso se ha llegado a ver en la Constitución de 1824 un sistema presidencialista, de resultados de la no distinción entre la titularidad de las funciones como Jefe del Estado y como Jefe del Gobierno. El Emperador englobaba los dos órdenes de funciones. Pero esta última indiferenciación, más que mostrar un régimen presidencial, algo que parece *contra natura* en sistema monárquico, lo que realmente nos muestra, como señala el autor, es que carece de base la consideración de que la distinción entre las atribuciones del poder moderador y las del poder ejecutivo fundamentaba un gobierno de gabinete. Además, la única responsabilidad ministerial formalmente establecida era la responsabilidad penal. En definitiva, la monarquía brasileña estaba muy alejada del sistema parlamentario de gobierno, situación que no cambió gran cosa con la creación, en 1847, del cargo de Presidente del Consejo, porque éste, como los demás Ministros, era nombrado libremente por el Emperador.

El flujo de ideas que condujo a la República no incluía el presidencialismo. Ciertamente, se reivindicaba la extinción del poder moderador, un poder que, como se decía por Manoel de Assis Mascarenhas, en el Manifiesto republicano de 1870, despedía a los Ministros como se despedían a los delegados o subdelegados, esto es, a los funcionarios de rango inferior, pero lo cierto es que en las reflexiones de los republicanos no entraba postular un sistema de gobierno como el norteamericano, aunque es cierto que para nada hablaban tampoco del parlamentarismo. Sin embargo, el proyecto de Constitución elaborado por una Comisión nombrada por el Gobierno iba a contemplar el sistema presidencialista. Más aún, el modo de ejercicio del Gobierno provisional ya se decantaba por la opción presidencialista. Ruy Barbosa, al decantarse en favor de la República, también se inclinó en favor del sistema americano de gobierno, escribiendo

do, como recuerda Afonso da Silva, páginas candentes en elogio de la estabilidad del sistema presidencial. Pero no sólo será determinante en la opción presidencialista el modelo norteamericano; también el influjo argentino será tenido muy en cuenta. Y junto a todo ello, recuerda el autor, que la adopción del presidencialismo con la República Federal tendrá mucho que ver con la idea según la cual, parlamentarismo y federalismo eran incompatibles. El propio Ruy Barbosa se manifestó en ese sentido, escribiendo al respecto: «Com o sistema federativo, único adotável no Brasil, não se compadece as fórmulas parlamentares. A ele, na República, se liga essencialmente o Presidencialismo, a cujos vícios congeniais temos de buscar, pois, os remédios nos freios o contrapesos do mecanismo: a brevidade na duração do poder supremo, a inelegibilidade do Presidente, a larga autonomia dos Estados, a posição oracular da Justiça na aplicação da lei e nas questões de constitucionalidade».

Cree Afonso da Silva, que la verdad histórica es que en Brasil el presidencialismo se deformó en la práctica del federalismo. Tal vez, podría decirse mejor, que presidencialismo y federalismo se deformaron mutua y recíprocamente, no por razones intrínsecas a los mismos, sino por las condiciones sociopolíticas del medio en que fueron instituidos. Por poner un ejemplo, en la primera República, la política de los gobernadores y el llamado fenómeno del «coronelismo» (en esta época, el coronel era el jefe político local) se tradujo en la formación de una pirámide oligárquica cuyo sistema de dominación se apoyaba en mecanismos electorales manipulados, que deformaban la expresión de la voluntad popular.

La Revolución de 1930 vino a instaurar el personalismo presidencial, esto es, un gobierno unipersonal del Presidente de la República, que en la Carta constitucional de 1937 se tradujo lisa y llanamente en un poder dictatorial. La Constitución de 1946 no iba a alterar sustancialmente las cosas, bien que ahora el presidencialismo se iba a insertar en un contexto partidista diferen-

te. El golpe militar del 31 de marzo de 1964 vino a agravar lógicamente la crisis del modelo, suponiendo, según el autor, un auténtico colapso del presidencialismo.

La Asamblea Nacional Constituyente de la que habría de emanar la Constitución hoy vigente se estructuró en diversas Comisiones temáticas, una de ellas la Comisión de Sistematización; en ella cobró vida la opción en favor de un régimen parlamentario, que fue finalmente rechazada en la sesión del 22 de marzo de 1988 del Pleno de la Asamblea, tras lo que ésta restableció lo que el autor tilda de un presidencialismo puro, que trató de compensarse con el fortalecimiento del Poder Legislativo (Congreso Nacional) con la vista puesta en recuperar un cierto equilibrio entre los poderes, siendo a este respecto especialmente reseñable la ampliación de las atribuciones en materia financiera del Congreso y el reforzamiento de sus facultades de control sobre el Ejecutivo y la Administración Federal.

VI. Para terminar este comentario, hemos de recordar, que el autor dedica otro capítulo a lo que suele denominarse la Constitución económica («Da Ordem Econômica e Social»), ámbito en el que Brasil ha mostrado una evolución acorde con la que es común en otros muchos países. Y así, mientras las Constituciones de 1824 y 1891 eran liberales, el constitucionalismo social hizo acto de presencia por primera vez en la Constitución de 1934, como antes tuvimos oportunidad de decir. La Constitución de 1946 siguió el modelo establecido una docena de años antes, manteniendo el principio de que el ordenamiento jurídico económico debía de organizarse en conformidad con el principio de la justicia social, conciliando la libre iniciativa privada con el reconocimiento del valor del trabajo humano, dando asimismo pasos adelante en relación a los principios característicos del Estado social.

La Constitución de 1988 ha procedido a separar el ordenamiento económico-financiero del que podríamos tildar de so-

cial. La Constitución es muy generosa en la enunciación de los derechos sociales. Como aduce Afonso da Silva, un régimen de justicia social será aquel en el que cada uno pueda disponer de los medios materiales necesarios para vivir confortablemente según las exigencias que deriven de su naturaleza física, espiritual y política, siendo absolutamente incompatible con tal régimen la existencia de profundas desigualdades, de la pobreza absoluta y de la

miseria. Si se contempla la realidad socio-económica de Brasil se ha de admitir que se ha avanzado mucho en orden a la consecución de tal régimen de justicia social, pero que aún son gigantescos los pasos que se han de dar en la misma dirección, pues aún Brasil sigue ofreciéndonos ejemplos brutales de lo que es una desigual distribución de la riqueza. La justicia social creemos que todavía hoy es en Brasil una utopía lejana de alcanzar.

CARLOS AYALA CORAO: *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, 295 pp.

por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

I. El Profesor Carlos Ayala es Catedrático de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica «Andrés Bello» de Caracas. Ha sido Profesor asimismo de la Universidad Central de Venezuela, de la *Georgetown University*, del *Washington College of Law* y de la Universidad Panamericana de México. Miembro primero y Presidente después de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Presidente de Comisión Andina de Juristas y miembro desde el pasado año de la Comisión Internacional de Juristas con sede en Ginebra, el Profesor Ayala es autor de un amplio elenco de publicaciones.

La obra que ahora comentamos constituye el amplio trabajo de incorporación del autor como miembro de número a la Academia Venezolana de Ciencias Políticas y Sociales. El libro, con una perspectiva amplia, se puede considerar vertebrado en dos grandes partes: una relativa al diálogo jurisprudencial entre Tribunales nacionales e internacionales, y otra referente al control de convencionalidad, tratando de mostrarnos cómo ese diálogo ha propiciado un amplio control de convencionalidad tanto a nivel interno como a nivel internacional. La obra incorpora una serie de

apéndices de la mayor utilidad, particularmente una amplia lista de sentencias, opiniones consultivas y decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Europea de Derechos Humanos, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de Tribunales nacionales de 33 países.

II. El diálogo jurisprudencial es un fenómeno de nuestra época que, como dice el autor, consiste en la interacción jurisprudencial entre tribunales de distintas jurisdicciones, y añadiríamos por nuestra cuenta, que de distintos países y organizaciones internacionales, con el resultado de un enriquecimiento mutuo en la construcción de soluciones equivalentes acordes a los principios universales que rigen los ordenamientos democráticos. Es bien sabido que los derechos, como bien dice el autor, han sido el motor fundamental de las luchas de la humanidad por un orden más justo; también ellos han desempeñado y siguen desempeñando un rol impulsor en este diálogo.

Particularísima relevancia han desempeñado los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, esto es,