

ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Teoría de la Justicia Constitucional*, Editorial Saraiva, São Paulo, Brasil, 2005, 633 pp.

Por SABRINA MORAIS*

El profesor doctor André Ramos Tavares es profesor de los programas de postgrado en derecho de la *Pontificia Universidade Católica de São Paulo*, docente en Derecho Constitucional por la Facultad de Derecho de la *Universidade de São Paulo* y presidente del Instituto Brasileño de Estudios Constitucionales.

La presente obra es fruto consolidado de una constante dedicación del profesor Tavares a la investigación de los temas constitucionales y encuentra su razón de ser en la construcción de una teoría de la justicia constitucional, desarrollando estudios acerca de la legitimidad democrática, la naturaleza jurídica de la actividad y del Tribunal Constitucional además de otros órganos igualmente relevantes y que realizan, en distintos países, la misma función constitucional.

El estudio enfoca la naturaleza de las funciones consideradas fundamentales y contingenciales de un tribunal constitucional, su funcionamiento, morfología y cuestiones afines como el fenómeno de la politización de la justicia constitucional y su legitimidad democrática. A través del análisis funcional y morfológico del Tribunal Constitucional el autor establece consideraciones acerca de la legitimidad de la justicia constitucional y presenta sugerencias para la obtención de mayor grado de participación y legitimidad democráticas.

En la tentativa de desarrollo de una teoría general de gran reflexión, el profesor Tavares ha estructurado su pensamiento en seis grandes líneas de razonamiento: 1) Estado constitucional de derecho y la justicia constitucional; 2) Categorías funcionales fundamentales de la justicia constitucional; 3) Morfología

del Tribunal Constitucional y de su proceso decisorio; 4) Naturaleza del Tribunal Constitucional; 5) La legitimidad democrática del Tribunal Constitucional y 6) Posicionamientos mitológicos, axiológicos y paraconstituyentes. A cada uno de estos bloques pasamos a referirnos.

En cuanto al Estado constitucional de derecho y la justicia constitucional el autor, en los seis capítulos iniciales realiza un recorrido histórico desde el surgimiento de la supremacía de la ley evidenciada en el ideario iluminista de la Francia post revolucionaria, pasando por la crisis del Estado de derecho legalista y el surgimiento del Estado constitucional de derecho. El profesor Tavares presenta las justificativas teóricas del Tribunal Constitucional como curador de la Constitución, sus antecedentes remotos, los conceptos de justicia y Tribunal Constitucional y sus relaciones con los poderes estatales.

Parte, por lo tanto, del cambio de roles atribuido a las leyes en las monarquías absolutas para el surgimiento de una soberanía popular donde el derecho empieza a identificarse con las leyes, vistas como las únicas restricciones legítimas a las libertades humanas. Toda la estructura estatal se orienta según la idea de la supremacía de la ley escrita, estableciendo un nuevo patrón de legitimidad formal del Estado, de modo que cualquier tentativa de reprimir la ley podría ser comprendida como una actividad subversiva y inadecuada, donde según las palabras clásicas de Montesquieu el magistrado no era más que *bouche qui prononce les paroles de la loi*.

Este contexto negativo al poder judicial ha generado abusos que han culminado

* Doctora en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo y por la Universidad Complutense de Madrid.

en la propia crisis de confianza en los parlamentos, tanto por las excesivas intervenciones en la vida privada cuanto por las aplicación selectiva de las normas por los órganos oficiales, cambiando el concepto de Estado y ocasionando posteriormente un agotamiento del paradigma legalista como única «tecnología disciplinar o «tecnología coercitiva del comportamiento» (Foucaut, Hespánha).

Ocurre por lo tanto la transposición de un modelo orientado en la «democracia radical o pseudodemocracia» para un modelo consensuado fundado en fuentes pluralistas orientado por un método de argumentación y convencimiento que fue denominado de «democratización del constitucionalismo» por Friedrich con la inauguración de las constituciones contemporáneas y la preocupación frecuente en contener el poder. La Constitución empieza a ser vista como una «carta de competencias», es decir, complejo de poderes y funciones que tiene por objetivo organizar el Estado y el derecho.

En este contexto, la visión kelseniana abre espacio para la interpretación de la norma constitucional y de la necesidad de un órgano especial que la realizara con una competencia especialmente definida donde « el Tribunal Constitucional se renueva como un actor importante y legítimo en la realización de nuevas funciones conjuntas con la nueva estructuración de los sistemas jurídicos». Su creación, por lo tanto, en el paradigma de la supremacía y rigidez constitucional, se justifica en aprecio a la necesidad de tutela y garantía del orden constitucional.

El surgimiento de la visión constitucionalista del derecho identifica el sistema jurídico como compuesto no sólo de reglas sino también de valores que, siendo de nivel constitucional se irradian para todo el ordenamiento jurídico; asumiendo, por lo tanto, el control de constitucionalidad un rol importantísimo, no sólo como exigencia de garantía de unidad sistemática del derecho, si no también como forma de limitación del propio Estado.

Tavares explicita que el surgimiento del Tribunal Constitucional posee como fundamento racional y teórico la preocupación de controlar los legisladores, a partir de la constatación de que también estos podrían desencadenar equívocos y abusos insoportables en detrimento de toda una nación, donde la actuación del Tribunal Constitucional presupondría la creación de límites axiológicos a su actuación, de modo que la Constitución fuera vista como un claro límite a esta actuación.

El autor se dedica a identificar los antecedentes del surgimiento del Tribunal constitucional recopilando sus orígenes a partir del modelo americano y austriaco, pasando por el modelo Checoslovaco, que estableció «un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes por un órgano, de manera concentrada, distinto de lo que se hacía en el modelo norteamericano del *judicial review*.» Resalta pues, que la diversidad de orientación y formas de defensa de las constituciones, tanto abstracta cuanto concreta estuvo muy vinculada a las cuestiones socio ideológicas de cada sociedad, haciendo referencia al modelo social e ideológico homogéneo que imperaba en los Estados Unidos en comparación con la Europa de la época, caracterizada por realidades distintas con soluciones sociales y jurídicas también distintas.

También se dedica el profesor Tavares a aclarar las divergencias acerca del concepto de las expresiones justicia constitucional, jurisdicción constitucional y Tribunal Constitucional e identificar las relaciones de estas con la idea de control de constitucionalidad.

Defiende el autor que la multifuncionalidad del Estado contemporáneo ha superado en mucho la teoría separatista de los poderes estatales de Locke y Montesquieu, impidiendo de que se pueda mantener la estructura clásica de la tripartición de los poderes. Demuestra con argumentos sólidos que el Tribunal Constitucional es un poder con amplias

capacidades que ejerce funciones diversas de su función originaria de control de la constitucionalidad, presentando un carácter moderador de los demás poderes estatales.

En la segunda parte de la obra, referente a las categorías funcionales fundamentales de la Justicia constitucional, nuestro autor empieza estableciendo la diferenciación entre la función del Tribunal Constitucional y de aquella realizada por el Poder Judicial, enunciando que aunque la diferencia sea notable en el plan formal, en el material sendas podrían reconducirse a la ejecución del derecho y de la Constitución. Destaca, por lo tanto, las diferencias en cuanto a la observancia de lo contradictorio en un y otro modelo, así como a la eficacia de las decisiones, que en el Tribunal Constitucional se destinan a la defensa de la Constitución como representación abstracta de la voluntad social, mientras que en el Poder Judicial se vuelca a la solución de los conflictos concretos.

Según el autor, la totalidad de las funciones fundamentales reconocidas a los Tribunales Constitucionales esta fundada en las premisas de la superioridad de la norma constitucional y en la necesidad de que se contemple a un Tribunal Constitucional su guardia y tutela, actuando este, pues, como partícipe y garante del gobierno, de la normatividad, de la gobernabilidad y de la constitucionalidad.

El profesor Tavares al identificar las funciones de los Tribunales Constitucionales hace referencia aquellas funciones consideradas propias o estructurales a cualquier justicia constitucional y aquellas reconocidas impropias. A las segundas, así las denomina porque son impuestas al Tribunal Constitucional en consecuencia de determinada realidad estatal sin atentar para su posición y naturaleza dentro del Estado.

Dentro de las funciones propias se pueden enumerar, entre otras, las originarias y las recientes, comprendiendo en las primeras, las funciones interpretativas, de

gobierno, la función estructurante, la función arbitral, legislativa y comunitarista. Por su tono, las funciones nuevas surgen del proceso evolutivo, donde también se puede añadir las funciones emancipadas, cuyo ejercicio pudiera solicitarse directamente al Tribunal Constitucional y, las funciones agregadas, que «dependerían de provocación previa o concomitante del Tribunal Constitucional para el ejercicio de una función emancipada (directa) siendo ejercida en el contexto de esta última».

La actividad interpretativa del tribunal constitucional puede ser estructurada en tres segmentos, asumiendo: a) una versión principiología, consecuencia de la interpretación de los preceptos principio-lógicos de la Constitución; b) una versión evolutiva, que adapte el texto constitucional a la realidad evolutiva y, por último, c) una vertiente de interpretación que desarrolla las libertades públicas, promoviendo los derechos fundamentales a modo de ampliarlos y resguardarlos contra leyes y actos violadores.

Cabe resaltar que esta interpretación, aunque realizada por el máxime interprete de la norma constitucional presentará límites de orden procesal y sustancial, cediendo delante de la manifestación directa del poder constituyente originario y de ciertas materias relacionadas con la competencia legislativa de la reforma constitucional.

A través de la función estructurante «se promueve la adecuación y la armonización formales del ordenamiento jurídico, según su lógica interna y sus propios comandos relacionados a la estructura normativa adoptada», siendo fundamental contra los actos que atentan contra la Constitución, tanto a nivel normativo cuanto de hechos y en especial los de tutela de los derechos fundamentales.

La función arbitral se relaciona con las cuestiones de competencia, abordando cuestiones relacionadas con la «actuación normativa o material de los poderes», solventando los eventuales conflictos que surjan, actuando el Tribunal Constitucio-

nal, en algunos casos como mediador.

La función legislativa se caracteriza por la realización de actividad de la cual resulta una composición inaugural de comandos generales en la sociedad, que puede advenir tanto de la interpretación como del control preventivo de leyes, de las omisiones legislativas inconstitucionales, de las decisiones aditivas, reductoras y sustitutivas, así como de la elaboración de su regimiento interno.

Por su tono, la función gubernativa es muchas veces confundida con la función política, surgiendo esta última cuando se verifica la presencia de discrecionalidad en las decisiones, siendo que en la primera, lo que se busca es una función más vinculada a la dirección del Estado en la realización de sus fines públicos.

El Tribunal Constitucional ejerce su actividad gubernativa cuando realiza también su función arbitral, imponiendo cierta apertura política cuando admite distintos actores y argumentos. Igualmente lo hace cuando preserva los intereses de las minorías contra las mayorías, cuando ejerce control de los llamados acuerdos parlamentarios o cuando hay una división de opiniones que impide la toma de decisión, cabiendo al Tribunal Constitucional solucionar el *implasse*. De este modo, la actividad gubernativa se caracteriza por la actuación volcada a la realización de políticas públicas adoptadas por el Poder Ejecutivo y eventualmente por el Legislativo, reconociendo finalidades y momentos de implementación.

La función comunitarista del Tribunal Constitucional se vincula a la defensa de la superioridad del derecho comunitario en relación al derecho estatal, donde la primacía del derecho comunitario debe operarse en relación a la totalidad de los actos normativos del Estado.

Comparto con el autor tales posicionamientos pues el concepto contemporáneo de jurisdicción constitucional exige el establecimiento de una instancia que actúe de modo imparcial, mediando los conflictos constitucionales, principalmente en

aquellas sociedades dichas periféricas y complejas, donde los principios democráticos todavía no se encuentran bien asentados.

En cuanto a la tercera parte de la obra, Tavares realiza razonamientos acerca de la estructura de los Tribunales Constitucionales, identificando como aspectos morfológicos del Tribunal Constitucional su forma de composición subjetiva, la forma de cambio de sus integrantes, su composición orgánica, organización y distribución interna, bien como su forma de representación en el ámbito externo.

Resalta pues, los reflejos de los distintos modelos de composición de los Tribunales Constitucionales y sus reflejos democráticos, resaltando la necesidad de una composición plural, donde cada «integrante del Tribunal Constitucional poseyera una comprensión amplia y elaborada de la vida política y de las fuerzas sociales en ella actuantes» presentando una «diversidad ideológica, política, económica, religiosa, lingüística y social», «adecuadas para una sociedad preparada para enfrentar sus diferencias.

El autor critica los mandatos vitalicios y defiende una composición pequeña, reconociendo como adecuado el modelo donde se vaya excluyendo singularmente a los integrantes del Tribunal Constitucional conforme vaya expirando el mando o periodo de cada uno de ellos u otro que prevea una renovación proporcional en distintas fechas. También reconoce la necesidad de una representación conjunta frente a la sociedad y la necesidad de distribución objetiva de tareas, evitando de sobremanera las posibles guerras internas.

El Tribunal en su actuación debe con su estructura fomentar la formación de un proceso constitucional objetivo, orientado en parámetros jurídicos procesales precisos de modo a auxiliar a la construcción de una teoría de la justicia constitucional, razón por la cual defiende el autor que la producción de ciertas pruebas en el proceso que tramita en la Justicia Consti-

tucional puede ser absolutamente necesaria.

En este sentido, en lo relativo a la morfología del proceso objetivo, hay que propiciar un acceso amplio, es decir, ni restringido ni libre al Tribunal Constitucional, propiciando una legitimidad democrática amplia, hablándose pues, de un «doble cierre» restringiéndose la materia objeto de manifestaciones y el número de manifestaciones admisibles, posibilitando que los legitimados se puedan manifestar acerca de la demanda propuesta.

Un minucioso estudio acerca de la naturaleza del Tribunal Constitucional abre la cuarta parte de la obra, donde el autor se preocupa con la oposición existente entre el político y el jurídico, poniendo de relieve el grado de su discrecionalidad y los contornos a los cuales se debe circunscribir sus funciones.

El profesor Tavares hace referencia a que hay una dificultad de precisar los fundamentos y de proyectar las orientaciones futuras de las decisiones políticas, identificando en estas decisiones una libertad de fallo cuanto al contenido, momento, alcance, plazo y objetivos específicos.

Hace mención a que la forma por la cual los integrantes del Tribunal Constitucional son investidos así como las reglas que rigen su actuación interna son fundamentales para identificar la naturaleza de las funciones del Tribunal Constitucional, criticando la no independencia funcional de sus miembros y sus denominaciones personales. En este sentido, la aprobación de un nombre por un parlamento, por votación en la cual se exigiría alguna suerte de mayoría, cumpliría el objetivo de evitar la dependencia o gratitud del nombrado hacia el nombrante. Del mismo modo, para preservar su independencia es importante que su presidente sea indicado por sus propios pares, evitando soluciones impuestas por el Poder Ejecutivo.

Después de un largo estudio acerca de las características políticas y jurídicas de las conductas, el autor reconoce que la

decisión a ser adoptada por el Tribunal Constitucional debe ser considerada de ámbito jurídico, aunque se enfrente con aspectos político en el curso del proceso decisorio. Afirma que la cuestión política penetra en el dominio del Tribunal Constitucional bajo las vestes de una actividad hermenéutica, de modo a que la síntesis entre el político y el jurídico se posibilita en dos distintas dimensiones. En la primera, se verifica una noción amplia de política, que englobaría sus funciones. El autor la descarta porque la considera un problema terminológico y sin solución. Ya en la segunda dimensión, más restrictiva y por lo tanto más aceptable, es aquella en que aunque reconozca el perfil jurídico, vislumbra que la actuación del Tribunal Constitucional esta envuelta por trazos marcadamente políticos.

En la quinta parte de la obra el profesor brasileño desarrolla preocupaciones de orden legitimadora de la actuación del Tribunal Constitucional, cuestionando entre otros temas, la posibilidad de que, asegurando un carácter democrático, pueda el Tribunal Constitucional, a través de sus decisiones, chocarse con las funciones normativas del Poder Legislativo y Judicial (designados por el pueblo), de modo a contrastarlas y eliminarlas.

La preocupación con la legitimidad no sólo de la jurisdicción constitucional pero en el ejercicio de esta jurisdicción se torna fundamental a partir de que la consecución de los objetivos y funciones del Tribunal Constitucional esta íntimamente relacionada con su legitimidad. De hecho, son evidentes las consecuencias para el sistema constitucional cuando las interferencias ejecutivas o políticas de un modo general se sobreponen a sus principios y funciones, convirtiéndolo, muchas veces en instrumento para garantía de intereses contrarios a causa de la justicia y de la democracia, fortaleciendo el arbitrio, generando muchas veces dictaduras constitucionales.

Así, el autor desarrolla sabiamente todo un pensamiento acerca de la legiti-

mación del Tribunal Constitucional basado no sólo en la propia Carta Constitucional así como indirectamente en el sufragio universal, a través de la intervención de los directamente electos en el proceso de designación de los jueces del Tribunal y en su neutralidad axiológica decurrente de su composición estrictamente técnica. Complementa que su legitimidad también se evidencia en la composición pluralista y distinta de sus miembros y en los propios límites que le son impuestos al momento de decidir.

Concluye reconociendo el Tribunal Constitucional como institución inherente al constitucionalismo, actuando como su verdadero presupuesto.

En la sexta y última parte del libro, el autor presenta estudios que conforman su teoría, y se cuestiona acerca de la visión mítica y de policía ideológica ejercida por el Tribunal Constitucional cuando es llamado a pacificar los grandes conflictos sociales e institucionales.

Presenta la propuesta de un Tribunal

Constitucional como catalizador de aspiraciones democráticas, reconociéndole un rol importante en la implantación de un modelo que minore el abismo existente entre la democracia representativa actual y la práctica que se vislumbra en las sociedades contemporáneas, propiciando así una mayor y más efectiva participación popular, a que el autor hace referencia.

En definitiva, el libro que se comenta resulta de interés para los estudiosos de la jurisdicción constitucional, exactamente porque reflexiona detenidamente acerca de su estructura, proponiendo de modo seguro y fundamentado una nueva teoría general que traspasa las fronteras del país brasileño para englobar los distintos ordenamientos jurídicos. Intenta, pues rescatar su relevancia, identificando instrumentos para actuar contra su pérdida de independencia institucional y funcional, de modo a tornarla más eficaz en la protección y garantías institucionalizadas por el Constitucionalismo.

MARCIAL A. RUBIO CORREA, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2005, 455 pp.

Por CARMEN VELAZCO RAMOS*

Marcial Rubio Correa, distinguido constitucionalista peruano, investigador y profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, actualmente, Vicerrector Académico de esta casa, elabora en el presente libro un análisis jurisprudencial sobre la forma en que el Tribunal Constitucional ha determinado que debe interpretarse el Derecho Constitucional en el Perú.

En efecto, el autor no pretende abordar el contenido de las sentencias desde una perspectiva teórica (por lo que no se in-

cluyen citas extensas de autores ni una bibliografía considerable) sino, más bien práctica, bajo la forma de un comentario jurisprudencial reciente, ordenado sistemáticamente según diversos temas, que tiene por finalidad familiarizar fundamentalmente a estudiantes de derecho y abogados con las reglas que el Tribunal utiliza para interpretar el Derecho.

1. Para facilitar la comprensión del lector, Marcial Rubio formula su exposición de la siguiente manera:

* Doctoranda en Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid (UCM).