

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

Allan R. BREWER-CARÍAS,
Comparative Constitutional Law Essays, Lectures and Courses (1985-2011),
Caracas, Fundación de Derecho Público,
Editorial Jurídica Venezolana, 2014, 1197 pp.

I. El profesor venezolano Brewer-Carías es uno de los más reconocidos iuspublicistas latinoamericanos, aunque su prestigio supera de largo ese ámbito cultural y geográfico para expandirse a los Estados Unidos y Europa. De hecho, de resultas de su exilio forzoso por la persecución política de que ha sido objeto por la autocracia chavista y ahora por la no menos autócrata, a la par que patética y corrupta Administración madurista, el profesor Brewer ha dictado clases durante unos años como adjunct professor of Law en la prestigiosísima Columbia University de Nueva York, ejerciendo asimismo tareas docentes como professeur associé en la Université de Paris II, y como Simon Bolivar professor en la University of Cambridge. En nuestro país, su tarea académica ha sido reconocida con varios doctorados *honoris causa*. Entre 1982 y 2010 ha sido vicepresidente de la International Academy of Comparative Law. El profesor Brewer es un autor incansable. Su obra científica es innumerable y constante. De hecho, en el último número de este *Anuario* ya tuvimos ocasión de recensionar otros dos libros de su autoría, también sobre temas de justicia constitucional, temática muy querida para el autor, que éste domina como nadie y a la que retorna una y otra vez.

La monumental obra de que nos vamos a ocupar en este comentario, redactada en su totalidad en lengua inglesa, recopila un amplísimo número de trabajos que el autor ha ido publicando a lo largo de algo más de un cuarto de siglo (entre 1985 y 2011), y cuyo común denominador es abordar la *judicial review* con una perspectiva comparativa, aunque algunos de ellos, escritos para los muy diversos cursos impartidos por el autor, se publican ahora por primera vez.

El libro está dividido en seis grandes bloques, en los que, sucesivamente, el autor aborda: la *judicial review* en una perspectiva comparada; la acción judicial de amparo o de protección de derechos fundamentales en Latinoamérica; los tribunales constitucionales como legisladores positivos en el derecho comparado; el proceso de amparo en América Latina y las Filipinas; el control de la constitucionalidad y el procedimiento de amparo en Venezuela y, finalmente, la cuestión de la legitimidad de los órganos llamados a ejercer el control de constitucionalidad, abordando la problemática particular de cómo elegir los jueces de las Cortes Supremas.

II. Si ya la enumeración que acabamos de hacer de los aspectos tratados en el libro nos muestra la enorme amplitud con que el profesor Brewer aborda la justicia constitucional, esa impresión se refuerza hasta el extremo cuando se atiende a la sistemática de algunos de esos bloques a que antes aludíamos. Nos bastará para ello con centrarnos en el primero de ellos («Judicial Review in Comparative Law»), que es, en sí mismo, un libro dentro del libro, no sólo por su extensión, 400 páginas de notable tamaño, sino por la diversidad y riqueza de los temas abordados, entre ellos: la sumisión al derecho del Estado moderno y el nacimiento del *État de Droit*, los procesos de constitucionalización de ese mismo Estado, el fundamento de la *judicial review of the constitutionality of legislation*, el sistema difuso de revisión judicial, en el que, sucesivamente, va analizando sus rasgos, su implantación en Norteamérica, posteriormente en América Latina y, en fin, en Europa y en otros países con un sistema jurídico de *civil law*, el sistema de control de la constitucionalidad concentrado, del que, como en el anterior, comienza analizando sus rasgos generales, su origen austriaco-kelseniano, para pasar a continuación a revisar su diseño en la República Federal Alemana, Italia, España, países de la Europa socialista, en América Latina y, finalmente, el control preventivo francés. Sigue con posterioridad una parte dedicada a lo que el autor denomina «the mixed systems of judicial review», parte en la se va a ocupar del sistema portugués, del que considera como «limited mixed system of constitutional judicial review in Switzerland», y de los sistemas mixtos de revisión judicial de Venezuela, Colombia, Guatemala y Brasil, para terminar dedicando unas líneas al Tribunal Constitucional del Perú y el «mixed system» de ese mismo país.

Brewer estima que, desde una perspectiva lógica y racional, el sistema difuso que posibilita que todos los jueces actúen como jueces constitucionales es la consecuencia obvia del principio de supremacía de la Constitución. «Supremacy of the constitution and judicial review —escribe el autor— as the power of all judges to defend the constitution and to control the constitutionality of legislation are essentially linked. That is why regarding the constitutions and laws of the federal state it was expressly established in the well known supremacy clause». En relación al modelo concentrado, cabe destacar la apreciación del autor, que compartimos, de que aunque tradicionalmente identificado con el «European model of special constitutional courts», no implica de modo necesario la existencia de un tribunal constitucional organizado separadamente del poder judicial ordinario. «It only implies —añade Brewer— the assignment to a single state organ, which exercises jurisdictional activity, of the duty and power to act as a constitutional judge». Esta y no otra es la esencia del carácter concentrado del sistema. El autor admite que los dos diversos sistemas antes separados pueden coexistir, y de hecho coexisten, en algunos

países, dando lugar a lo que llama «the mixed systems of judicial review», que entiende existentes en los países a que con anterioridad nos hemos referido.

III. El segundo bloque del libro, que, como decíamos del anterior, es en realidad otro libro dentro del libro, tanto por sus 450 páginas de extensión como por la diversidad de países y aspectos estudiados, se centra en la acción de amparo. Este bloque se divide en trece capítulos en los que, de modo sucesivo, se van estudiando: las declaraciones de derechos humanos en América Latina; la arraigada pauta seguida en muchas constituciones del área de constitucionalizar la internacionalización de los derechos humanos; los medios judiciales para la protección de esos mismos derechos; la acción latinoamericana de amparo y la Convención Americana de Derechos Humanos; la «internacionalización» del amparo en Latinoamérica; el instituto del amparo como un remedio constitucional dentro de los sistemas latinoamericanos difusos y concentrados de control de la constitucionalidad; artículo éste que, con algunos matices, se repite parcialmente en un capítulo ulterior; los derechos protegibles a través del amparo y del *habeas corpus*; la cuestión de la justiciabilidad por medio del amparo de los derechos sociales acogidos por las constituciones; la naturaleza extraordinaria de la acción de amparo y las reglas generales de procedimiento en el pleito; las personas protegidas: la parte ofendida en un pleito de amparo individual y las acciones colectivas; los actos u omisiones causantes del daño o de las amenazas a los derechos constitucionales; las causas que justifican una acción de amparo: la ofensa o amenaza de violación de los derechos del ofendido, y en fin, las sentencias judiciales de amparo, las medidas preliminares y las decisiones preventivas y restauradoras.

Basta con esta somera enumeración, sin necesidad de entrar en los diferentes epígrafes de cada capítulo, para visualizar con toda claridad la amplitud con la acción de amparo es abordada. Ciertamente es que no dejar de haber solapamientos entre algunos capítulos, lo que es la lógica consecuencia de haber sido en muchos casos en diversos momentos y sin la pretensión de escribir una verdadera monografía sobre el tema; en cualquier caso, todos ellos están perfectamente sistematizados y nos ofrecen una muestra del enciclopédico conocimiento del tema por el autor.

IV. El tercer bloque de materias que aborda el libro se refiere a los tribunales constitucionales como legisladores positivos en el derecho comparado. En el año 2010 el profesor Brewer escribió el *General Report* para el XVIII Congreso Internacional de Derecho comparado, organizado en Washington por la *International Academy of Comparative Law*, un enorme trabajo que el profesor Brewer elaboró a partir de diversas ponencias nacionales sobre el mismo tema. Ello ya dio pie en el año 2011 a una publicación en Nueva York por la Cambridge University Press de ese *General Report* y de los *Reports* de cada país, de la que por cierto ya nos hicimos eco en el número 17 de este

Anuario. Recordaremos por lo mismo algunas de las reflexiones hechas en aquel momento.

Brewer se propone en su estudio analizar desde una óptica comparada todas aquellas situaciones en las que los tribunales constitucionales interfieren no solo 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. Circunscribiéndonos a los tribunales constitucionales, el autor 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 estos tribunales 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 entender, no puede ignorarse que a través de la técnica de la *Verfassungskonforme Auslegung* o interpretación conforme, o de tantas otras (pensemos en las *sentenze additive* en Italia o en algunas de las técnicas decisorias del *BVerfG*) 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 con 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 relativo al régimen de las reformas constitucionales, al establecer limitaciones sustantivas, no previstas constitucionalmente, sobre el poder del Parlamento para reformar la Constitución. En definitiva, con ello la Corte Suprema india habría llevado a cabo una mutación constitucional.

El autor se hace eco más adelante del ya mencionado principio de interpretación conforme y de su incidencia en la problemática abordada, como también aborda la interferencia de estos tribunales sobre el legislador en relación a las omisiones legislativas. Señala al respecto Brewer, siguiendo en ello a Christopher Wolfe (*The Rise of Modern Judicial Review*, New York, Basic Book, Inc., Publishers, 1986, p. 238), quien a su vez se limita aquí a hacerse eco de un conjunto de reflexiones de ese gran *Associate Justice* que fue Cardozo, que en todos estos casos en que se establecen medios para controlar las omisiones legislativas, no cabe soslayar una posibilidad de abuso.

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 tri-

bunales constitucionales procediendo a crear sus propios poderes de revisión judicial y el de creación por esos mismos órganos de reglas procesales utilizables en el procedimiento de revisión judicial. En definitiva, para Brewer, el derecho constitucional comparado contemporáneo nos muestra la existencia de tribunales constitucionales que han asumido progresivamente funciones que décadas atrás correspondían tan sólo al poder constituyente o al legislador.

V. El cuarto y el quinto bloque del libro vuelven a retomar el tema de la *judicial review* y del amparo, el primero en relación a América Latina y las Filipinas, y el segundo circunscribiéndose tan solo a Venezuela. En su análisis general de los países latinoamericanos, el autor trata separadamente aquellos países que siguen un modelo concentrado de control, de aquellos otros que aplican un sistema exclusivamente difuso, para ocuparse finalmente de los que pueden ubicarse en los sistemas mixtos, analizando en otra parte final de modo comparativo el juicio de amparo latinoamericano y el *writ of amparo* filipino.

Similar análisis lleva a cabo en relación exclusiva a Venezuela en el quinto bloque del libro. La conclusión que nuestro autor entresaca de su propio país es que no obstante el carácter progresivo que al efecto sigue el texto constitucional venezolano de 1999, que acoge además una de las más amplias declaraciones de derechos constitucionales en América Latina, considerando la acción de amparo como un auténtico derecho constitucional, la realidad de los derechos en Venezuela es muy distinta de la teoría y de la letra constitucional. La garantía de los derechos constitucionales siempre requiere de un poder judicial autónomo e independiente, que se halle más allá del alcance e influjo del Gobierno. Por el contrario, con un poder judicial controlado por el Ejecutivo, como es el caso de Venezuela, como escribe Brewer, «the declaration of constitutional rights is a death letter, and the provision of the action for amparo is no more than an illusion. This has been the tragic institutional result of the deliberated process of dismantling democracy to which Venezuela has been subjected during the past decade, through the imposition of an authoritarian government, defrauding the constitution and democracy itself».

VI. La última parte del libro está dedicada a la que el autor llama la cuestión de la legitimidad, que él focaliza en cómo elegir a los jueces de la corte suprema. En América Latina se han intentado diversas fórmulas para intentar asegurar la legitimidad de la elección de los jueces de las cortes supremas, en orden lógicamente a asegurar su independencia e imparcialidad en la administración de justicia. Los distintos sistemas constitucionales latinoamericanos pueden clasificarse en atención a este sistema de elección en estos cinco grupos: 1) designación de los jueces de la corte suprema por todas las ramas del gobierno; 2) designación de esos jueces por el presidente de la república con intervención del poder legislativo; 3) designación por el cuerpo legislativo;

4) designación por un consejo judicial independiente, y 6) designación por medio de un sistema de cooptación.

Con arreglo al primer sistema son designados los jueces de la Corte Suprema de la República Dominicana y los miembros de los Tribunales Constitucionales de Guatemala, Chile y Ecuador. Para el autor, este método no garantiza una selección de los jueces asentada en el principio de mérito. El segundo sistema de designación por el presidente con acuerdo del Senado se da en la Supremo Tribunal Federal de Justicia brasileño, en la Corte Suprema de Justicia de Argentina, si bien el presidente ha restringido voluntariamente el ejercicio de su poder a través de un Decreto de 19 de junio de 2003, y en el Tribunal Supremo de Justicia de Chile. A su vez, en Panamá, cuyo Congreso es unicameral, se sigue el mismo método, pero con el acuerdo de la Asamblea Legislativa. Este método se acomoda a los rasgos que generalmente orientan los sistemas presidenciales. La designación de los jueces supremos por el cuerpo legislativo, tercero de los sistemas enumerados, presenta muy diversas modalidades: 1) competencias exclusivas de la rama legislativa del gobierno para llevar a cabo estos nombramientos. Dentro de esta modalidad, el autor distingue a su vez tres subtipos: potestad exclusiva de la rama legislativa en el nombramientos de esos jueces; competencia legislativa una vez el juez ha sido propuesto por otro cuerpo estatal; competencia del legislativo en relación a unas personas nominadas para el cargo por un cuerpo independiente. 2) Designación de la Corte Suprema por el Senado, en la que a su vez se distinguen estos tres mecanismos: designación de los jueces del Tribunal Constitucional colombiano por el Senado de la República a partir de una propuesta formulada por otras jurisdicciones; designación de los Jueces de la Corte Suprema de México por el Senado a partir de una propuesta que corresponde al presidente de la República, y designación de los miembros de la Corte Suprema de Paraguay por el Senado a partir de una propuesta que le formula el Consejo Judicial con el acuerdo de la rama ejecutiva. El cuarto sistema es el de designación de los jueces supremos por un consejo judicial independiente, sistema que responde a los notables esfuerzos que se vienen haciendo en orden a garantizar la independencia y autonomía de los designados. La Constitución peruana es la única en América Latina que atribuye a un Consejo Judicial o Consejo de la Judicatura independiente, configurado como órgano estatal permanente, esta facultad. En fin, la designación de los jueces a que venimos refiriéndonos puede llevarse, en lo que es el último de los sistemas, a través de un sistema de cooptación. De acuerdo con una tradición constitucional, en Colombia los jueces son nombrados por la propia Corte Suprema, a partir de una propuesta formulada por el Consejo Superior de la Judicatura. En fin, hay un único caso, en Ecuador, donde esta designación aparece como una atribución exclu-

siva de la Corte Suprema, un sistema, como dice el autor, quizá ideal, pero que en la realidad dista de haber funcionado.

Destaca finalmente Brewer, que todos los sistemas que se han implementado lo han sido con la finalidad, primeramente, de que los jueces sean nombrados con una transparencia, además de que el proceso tenga como punto de referencia unos criterios objetivos de selección. Y en segundo término, con el objetivo de que las designaciones se encaminen a asegurar la independencia, autonomía e imparcialidad del juez. A nuestro entender, no creemos que pueda optarse por un criterio esencialmente mejor que los demás, aunque, a nuestro juicio, es claro que la fórmula de la cooptación no es justamente la mejor.

VII. El profesor Brewer nos ofrece un auténtico fresco de derecho comparado latinoamericano en lo que atañe a la justicia constitucional de esa área geográfica en la que tanta tradición tiene, pues no se puede olvidar no solo que en ella nació el juicio de amparo, sino también que en ella se moldeó con aportaciones del mayor valor la *judicial review* nacida en los Estados Unidos. El conocimiento enciclopédico del profesor Brewer-Carías facilita sobremedida una tarea harto dificultosa como es la de explicar con arreglo a un esquema sistemático y coherente una pluralidad de sistemas de justicia constitucional que, contra lo que se pueda pensar, presenta multiplicidad de matices y divergencias.

Francisco Fernández Segado
Universidad Complutense, Madrid