

## BIBLIOGRAFIA

Héctor FIX-ZAMUDIO

SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo* 217

SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 6a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, 756 pp.

El destacado constitucionalista brasileño es muy conocido en México, en virtud de que ha participado en diversos congresos y seminarios internacionales que se han desarrollado en nuestro país y particularmente en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y en la Facultad de Derecho de la UNAM, por lo que no necesita presentación ante los juristas mexicanos, pero sí podemos destacar que participó activamente como asesor en los debates del Congreso Constituyente que expidió la Constitución Federal brasileña de 1988, a cuyo texto realizó aportaciones importantes.

Por eso no es de extrañar que la sexta edición de su conocido *Curso de derecho constitucional*, esté dedicada a comentar la citada y muy nueva carta federal de 1988, por medio de un cuidadoso estudio, que podemos considerar exhaustivo, de las instituciones político-constitucionales del nuevo ordenamiento brasileño.

La primera observación que podemos hacer es la relativa al carácter sintético y panorámico del estudio, pues no obstante que examina con profundidad a la nueva Constitución Federal, lo hace en forma muy esquemática, si tomamos en cuenta la amplitud y variedad de los temas que analiza, debido a que, como lo señala certeramente el autor, la citada carta fundamental es minuciosa en su texto, puesto que no se limita, como los ordenamientos clásicos, a establecer los derechos fundamentales y las relaciones entre los titulares de los poderes públicos, sino que tiene carácter directivo o programático, en cuanto define los fines de acción futura de los órganos del poder, de acuerdo con una orientación social y democrática.

No obstante que la obra que comentamos está dirigida esencialmente a examinar las normas positivas de la citada Constitución Federal brasileña, el profesor Da Silva desarrolla en pocas pero penetrantes páginas, una introducción a la teoría de la Constitución, ya que en primer término analiza la naturaleza, concepto, objeto y contenido científico del derecho constitucional, que se define como la rama del derecho público que expone, interpreta y sistematiza los principios y normas fundamentales del Estado que constituyen el contenido de las Constituciones.

El contenido científico del derecho constitucional, de acuerdo con las ideas del profesor Da Silva, abarca tres aspectos que dan lugar a las siguientes disciplinas: a) derecho constitucional positivo o particular; b) derecho constitucional comparado, y c) derecho constitucional general.

La primera de estas disciplinas, es decir, el derecho constitucional positivo, tiene por objeto el examen de una Constitución concreta de un Estado determinado, y es la orientación que sigue el autor en esta obra que se comenta, dirigida de manera específica al examen del ordenamiento brasileño.

El derecho constitucional comparado debe considerarse como un método más de una ciencia especial dirigida a cotejar instituciones políticas y jurídicas para determinar sus semejanzas y contradicciones. Finalmente, el derecho constitucional general establece una serie de principios, conceptos e instituciones que se derivan de varios derechos positivos o de un grupo de ellos, con el propósito de clasificarlos y sistematizarlos en una visión de conjunto.

Es de gran trascendencia el capítulo que se refiere a los aspectos del derecho constitucional general, que incluyen los lineamientos de la teoría de la Constitución, en cuanto a su concepto, objeto y elementos; los principios relativos a la supremacía constitucional, el control de la constitucionalidad y la reforma de la propia Constitución.

Debemos mencionar en forma especial la certera clasificación de las Constituciones, materia en la que existen graves imprecisiones, pero que el profesor Da Silva desarrolla certeramente, utilizando diversos criterios. En primer lugar, en cuanto a su contenido, distingue entre Constituciones materiales y formales; respecto a la forma, las divide en escritas y no escritas; por lo que se refiere a la forma de elaboración, en dogmáticas e históricas; en cuanto a su origen, en democráticas o populares y otorgadas, y por lo que respecta a su estabilidad, en rígidas, flexibles y semirígidas.

También son importantes las reflexiones del autor sobre los diversos sistemas de control constitucional, como el difuso de origen norteamericano y el concentrado derivado de las concepciones de Kelsen y que se implantó en la Constitución austriaca de 1920, con gran repercusión en la segunda posguerra en Europa continental y recientemente también en América Latina.

El profesor Da Silva señala en pocas páginas, pero de manera penetrante, la evolución que se observa en el régimen constitucional brasileño sobre el control de las normas fundamentales, que se ha ampliado de manera paulatina, ya que en la primera Constitución republicana de 1891, se introdujo exclusivamente el control difuso con efectos particulares, pero se extendió en las posteriores cartas federales de 1934, 1946 y 1967-1969, también a la acción directa de la inconstitucionalidad, primero de naturaleza interventiva, es decir, en relación con la interven-

ción federal en las entidades federativas, pero posteriormente también de carácter genérico, para decidir sobre la inconstitucionalidad de disposiciones generales tanto federales como locales por parte del Tribunal Supremo Federal, pero sólo a petición del procurador general de la República.

La actual y reciente Constitución Federal de 1988 amplió todavía más el control de constitucionalidad, pues además de introducir la *inconstitucionalidad por omisión*, tanto legislativa como administrativa, extendió de manera considerable la legitimación para plantear la inconstitucionalidad de leyes locales o federales por acción o por omisión, ya que además del procurador general de la República, pueden acudir al Tribunal Supremo Federal para impugnar la inconstitucionalidad de las citadas disposiciones legislativas, tanto el presidente de la República, como los órganos directivos de las Cámaras Legislativas federales y de los Congresos locales; los gobernadores de los estados; la Orden de los Abogados Brasileños; los partidos políticos con representación nacional, así como las organizaciones de carácter gremial en el ámbito nacional.

A continuación, el autor examina la evolución política constitucional de Brasil, incluyendo la época colonial, pasando por la etapa monárquica establecida con posterioridad a la independencia de Portugal, para desembocar en la fase republicana y federalista, que se inconstitucionalizó en la carta de 1891, y que se desarrolló de manera paulatina, especialmente a partir de la revolución social de 1930, que dio lugar a la Constitución Federal de 1934, en la cual se introdujeron los derechos sociales y se realizó un compromiso entre las ideas liberales y las intervencionistas del llamado Estado social.

La Constitución de 1937 fue establecida a instancias de Getulio Vargas, el cual se transformó en un verdadero dictador y fundador del "Estado nuevo", en el cual gobernó por medio de decretos leyes, por lo que concentró todo poder e inclusive reformó dicha carta por medio de leyes constitucionales que alteraban su contenido, el cual por otra parte no se aplicó sino de manera esporádica. El régimen democrático se estableció en 1945, y se dictó en 1946 una nueva carta democrática, la cual fue sustituida por la autoritaria de 1967, debido a un golpe militar que derribó al presidente Goulart en 1964. A esta última se le incorporaron varios actos o actas institucionales del gobierno militar, así como la reforma de 1969, que no alteró esencialmente el carácter autoritario del texto fundamental.

El gobierno militar retrocedió de manera paulatina hasta que se restableció el orden constitucional a partir del 15 de marzo de 1985, al ser

sustituidos los militares por el popular Tancredo Neves, que murió antes de tomar posesión de la Presidencia de la República y fue sustituido por el vicepresidente José Sarney, bajo cuyo mandato se iniciaron las labores de la Asamblea Constituyente, es decir, el 1º de febrero de 1987, y la que, después de prolongados debates, expidió la actual carta federal de 1988, que además de recoger las experiencias de las Constituciones anteriores, introdujo nuevas instituciones de acuerdo con la evolución de constitucionalismo contemporáneo, incluyendo algunas que son creación directa en el nuevo texto, en las cuales tuvo intervención el profesor Da Silva, tales como los instrumentos tutelares de los derechos humanos, es decir, el *mandado de injunção* y el *habeas data*.

A continuación, el profesor Da Silva se refiere a los principios fundamentales del ordenamiento constitucional brasileño; para ello parte de la idea de que dichos principios son disposiciones que irradian e imantan los sistemas de normas, y que además pueden ser incorporados a las normas propiamente dichas, con lo que se configuran *normas-principio*, como preceptos básicos de la organización constitucional. Como dichos principios son heterogéneos, el autor, de acuerdo con lo expresado por el constitucionalista portugués Gomes Canotilho, estima que los mencionados principios pueden dividirse en dos categorías: *principios político-constitucionales* y *principios jurídico-constitucionales*, los primeros se refieren a las decisiones políticas fundamentales y los segundos son los principios constitucionales generales e informadores del orden jurídico nacional.

El profesor Da Silva realiza un examen cuidadoso de los principios constitucionales del Estado brasileño, que inicia con el análisis del régimen federal, después estudia la forma de gobierno republicana; la organización del poder y el principio de la llamada división de poderes, pero de acuerdo con la concepción moderna de la independencia y armonía entre los órganos del poder. Enseguida se refiere el autor a la caracterización del estado democrático de derecho, consagrado en el artículo primero de la Constitución brasileña de 1988, y que en concepto del profesor Da Silva no significa la unión formal de los conceptos de estado democrático y estado de derecho, sino que implica un nuevo concepto que supera los dos aspectos, puesto que pretende transformar la situación establecida, para concretar las exigencias de un estado de justicia social fundado en la dignidad de la persona humana.

El autor estudia uno de los conceptos más controvertidos y equívocos del constitucionalismo contemporáneo, es decir, el de régimen político democrático, que define como el proceso de convivencia social en el cual

el poder emana del pueblo y debe ser realizado, directa o indirectamente, por el pueblo y en provecho del mismo.

Pero este concepto genérico ha sido objeto de varias calificaciones, sobre los diversos aspectos del ejercicio del poder democrático, y por ello se hace referencia a la *democracia representativa*, la *democracia participativa* y la *democracia pluralista*, que se combinan en la citada Constitución brasileña de 1988, que si bien adoptó como principio básico el de la democracia representativa, sin embargo incorporó también elementos de las democracias participativa y pluralista.

Más adelante y terminado el examen de la primera parte del libro sobre los conceptos y principios fundamentales, el profesor Da Silva dedica la segunda parte de su trabajo al estudio de los derechos y garantías fundamentales, que inicia con una parte histórica, que no obstante su brevedad es bastante completa, puesto que se analizan los antecedentes de las declaraciones de derechos: las cartas y declaraciones inglesas; la Declaración de Virginia; la Declaración de la Constitución de los Estados Unidos, consagrada en las diez primeras enmiendas que entraron en vigor en 1791; la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; la Declaración del Pueblo Trabajador y Explotado de 1918; la universalización de las declaraciones de derechos; la consagración de los propios derechos en las Constituciones contemporáneas, para concluir este capítulo histórico con una reseña sintética de la evolución de dichas declaraciones de derechos en las Constituciones brasileñas.

Se continúa este examen con el análisis de la teoría de los derechos del hombre, los cuales han sido objeto de una gran diversidad de denominaciones, tales como derechos naturales, derechos humanos, derechos del hombre, derechos individuales, derechos político-subjetivos, libertades fundamentales, libertades públicas y derechos fundamentales del hombre; pero desde un punto de vista genérico pueden considerarse como las situaciones jurídicas (objetivas y subjetivas), definidas en el derecho positivo, para la tutela de la dignidad, igualdad y libertad de la persona humana, los cuales en el constitucionalismo contemporáneo están dotados de los caracteres de historicidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad e irrenunciabilidad.

Si bien son numerosas las clasificaciones que se han hecho de los derechos fundamentales, el profesor Da Silva, de acuerdo con las disposiciones de la Constitución brasileña de 1988, los divide en cinco grupos: I. derechos individuales (artículo 5º); II. derechos colectivos (artículo 5º); III. derechos sociales (artículos 6º, 193 y siguientes); IV. derechos a la nacionalidad (artículo 12), y V. derechos políticos (artículos 14 a 17).

Con apoyo en estos conceptos esenciales, el profesor Da Silva realiza un análisis exhaustivo de estos derechos consagrados en el texto constitucional, incluyendo los aspectos contemporáneos de situaciones relativas a la privacidad de las personas frente a la informática, y los nuevos derechos sociales relativos a la salud, el medio ambiente, los derechos de los niños e inclusive la protección de los enfermos de sida.

Dentro del estudio de los derechos políticos, el autor realiza un análisis del régimen de los partidos políticos, de acuerdo con la tendencia moderna a su constitucionalización, debido a que se consideran como instrumentos fundamentales del proceso político-democrático, y en virtud de su influencia decisiva en la organización constitucional, han sido objeto de diversos controles, que de acuerdo con el ilustre constitucionalista italiano Paolo Biscaretti di Ruffia, pueden ser controles de carácter externo; de carácter ideológico-programático y los de naturaleza interna. La Constitución brasileña de 1988 liberó a las organizaciones partidarias de los controles cuantitativos que se habían establecido en las cartas anteriores, pero establece sistemas de control cualitativo y de carácter financiero. Por otra parte, también se reconoce el papel esencial que en la democracia pluralista desempeñan los partidos de la oposición, que consiste esencialmente en controlar la función del gobierno.

El profesor Da Silva parte de la distinción entre los derechos fundamentales y las garantías constitucionales de tales derechos, en cuanto los primeros son bienes y prerrogativas otorgadas por las disposiciones fundamentales y las segundas son los instrumentos para asegurar el ejercicio y el goce de tales prerrogativas.

El profesor Da Silva estudia primero las garantías constitucionales de carácter individual, entre las cuales señala los principios de legalidad en sus diversas manifestaciones, y el de protección judicial, el cual asume carácter genérico en cuanto el artículo 5º, fracción XXV, dispone que "la ley no excluirá de la apreciación del poder judicial la lesión o la amenaza a los derechos". Destacan entre los instrumentos judiciales de garantía el *habeas corpus*, el *mandado de segurança individual* (que algunos autores traducen como mandamiento de amparo) el *mandado de injunção*, que fue introducido en la carta de 1988, para evitar que la ausencia de disposiciones reglamentarias haga nugatorio el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, así como las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía; el también novedoso *habeas data*, para proteger la esfera íntima de las personas contra el uso indebido de los bancos de datos de carácter informático. Por lo que se refiere a la garantía de los derechos colectivos, se destacan el *man-*

*dado de segurança colectivo*, que también fue introducido en el texto de la Constitución de 1988, y que pueden solicitar los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional; las organizaciones sindicales y gremiales, así como las asociaciones constituidas y que funcionen cuando menos un año antes de la petición, todos ellos en defensa de los derechos e intereses de sus integrantes. Dentro de este sector también se pueden mencionar el *mandado de injunção colectivo* y la *acción popular*.

El resto del libro está dedicado a la parte orgánica de la Constitución de 1988, en relación con la estructura básica de la federación y su distribución de competencias; la intervención en los Estados y municipios y el gobierno de la Unión. Enseguida se hace referencia a los distintos órganos del poder, que se inicia con el estudio del poder legislativo, que es bicameral, puesto que cuenta con la Cámara de Diputados y el Senado federal; a continuación se examina al Poder Ejecutivo (cuyo nombre ya no responde a sus funciones actuales, de órgano de coordinación y dirección política), que en Brasil como en todos los países latinoamericanos se deposita en el presidente de la República (ya que han fracasado los intentos de establecer sistemas parlamentarios o de presidencialismo atenuado); y finalmente, se hace un análisis cuidadoso del Poder Judicial, organizado de acuerdo con el principio de doble jurisdicción; es decir, los tribunales federales y los de carácter local, cada cual con su esfera de competencia. Los primeros están integrados por el Supremo Tribunal Federal; el Superior Tribunal de Justicia; los tribunales regionales federales y los jueces federales; los tribunales y jueces del trabajo; los tribunales y jueces electorales y los tribunales y jueces militares. Los poderes judiciales locales se integran con los tribunales y jueces de los estados y del Distrito y territorios federales.

Un aspecto importante del libro que comentamos se refiere a la organización constitucional de los estados de la Federación, los municipios y el Distrito Federal. Respecto de este último podemos decir que a diferencia de las Constituciones anteriores, la carta de 1988 le otorga un verdadero autogobierno, en cuanto se ha introducido una Cámara Legislativa que se integra con diputados distritales en número que corresponda al triple de su representación en la Cámara de Diputados, ya que esta función legislativa la ejercía anteriormente el Senado federal. Y por lo que respecta al titular del Poder Ejecutivo distrital, se deposita en un gobernador, electo en la misma forma y época que los gobernadores de los estados.

Como sería imposible pasar revista a todos los aspectos que analiza el destacado constitucionalista brasileño, en virtud del amplio y rico con-

tenido de su libro, nos limitamos a señalar muy rápidamente los restantes temas que examina con brevedad y profundidad, tales como la estructura y funcionamiento de la administración pública; así como las bases constitucionales de las instituciones financieras, incluyendo su sistema de fiscalización, en particular el que se encomienda al Tribunal de Cuentas. A continuación el esencial problema de la defensa del Estado y de las instituciones democráticas, por medio de los dos instrumentos del estado de defensa y del estado de sitio, ambos para hacer frente a situaciones de emergencia. Desafortunadamente los estados de excepción en América Latina han sido utilizados por los gobiernos autoritarios, especialmente los de carácter militar, para los fines contrarios de distribución del régimen democrático, y en particular, por conducto de la actualmente desacreditada teoría de la "seguridad nacional".

Precisamente por esta trágica experiencia, la Constitución brasileña de 1988 regula con todo cuidado estas instituciones de emergencia y establece controles para evitar su utilización indebida. También se hace un examen de la regulación constitucional de las fuerzas armadas, que resulta esencial debido a la dramática experiencia de su indebida participación en actividades políticas y no en defensa de las instituciones democráticas, por lo que en la Carta de 1988 se ha tenido cuidado de señalarles claramente su función no sólo de protección del país sino también de los poderes constitucionales. Además dedica el profesor Da Silva varias páginas al estudio de la seguridad pública por medio de las fuerzas policíacas, cuya organización tampoco resulta sencilla debido a su actividad represiva, que en ocasiones puede resultar lesiva para los derechos fundamentales. La propia seguridad pública está encomendada a las policías federales, las de los estados y a los guardias municipales.

La cuarta parte de la obra del profesor Da Silva está dedicada al análisis de los órdenes económico y social, que tanta trascendencia han adquirido en el constitucionalismo contemporáneo. La Constitución de 1988 establece varios principios generales sobre la actividad económica, incluyendo el sistema financiero nacional, y por lo que respecta al segundo sector, se han introducido disposiciones relativas a la seguridad social, a la protección de la cultura, y a las instituciones relativas a la tutela de la familia, los niños, los adolescentes e inclusive en relación con el grave problema de los enfermos de SIDA.

Una última parte y de gran trascendencia en la evolución del constitucionalismo latinoamericano, es la regulación protectora de los grupos indígenas, que habían sido descuidados hasta hace muy poco tiempo, pero al menos en épocas recientes se han introducido en varias de las

cartas fundamentales de nuestra región, especialmente en las de aquellos países que tienen grupos indígenas importantes, normas tutelares de los derechos de estos grupos desprotegidos. Debemos recordar que en nuestro país, no obstante su importante población indígena, hasta hace muy poco tiempo, podríamos decir que ayer, se estableció una regulación constitucional sobre los pueblos indígenas.

Considera el profesor Da Silva que la citada Constitución de 1988 revela un gran esfuerzo del Constituyente para establecer un sistema de normas que pudiese efectivamente proteger los derechos e intereses de los indígenas, que si bien no considera plenamente satisfactorio, sí se puede considerar como un régimen tutelar razonable.

Como puede observarse, del análisis superficial que hemos hecho de la excelente obra del profesor José Afonso da Silva, su lectura, además de amena y gratificante, nos proporciona una visión muy completa de la Constitución Federal brasileña de 1988, cuyo conocimiento es esencial para todos los constitucionalistas latinoamericanos, y por supuesto, para los mexicanos, ya que se trata de la carta fundamental más reciente en nuestra región, que ha incorporado instituciones importantes y novedosas que resulta indispensable estudiar.

Héctor FIX-ZAMUDIO

SOTO LAMADRID, Miguel Ángel, *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1990, 573 pp.

La estructura de esta obra es muy sugerente para quienes estamos interesadas(os) en los problemas que plantea la tecnología a las relaciones humanas, muy en especial la tecnología aplicada al campo de la reproducción. Soto Lamadrid ofrece un verdadero tratado jurídico sobre la biogenética, que abarca los aspectos civiles y penales, y hace acotaciones sobre los aspectos de salud que le son conexos.

Está dividida en cuatro partes: Las técnicas de reproducción asistida y los problemas derivados de la disociación biológica y parental de la filiación; La fecundación inducida y los atentados contra la vida, la salud y la dignidad de la especie humana; La maternidad subrogada y la cuestión patrimonial, y La ausencia de consentimiento en la inseminación artificial y la fecundación extracorpórea.