

**DECRETOS-LEYES Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.  
ESTUDIOS COMPARADOS**



**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**  
**GENERAL**  
**ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

**DECRETOS-LEYES Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.**  
**ESTUDIOS COMPARADOS**

Tesis doctoral presentada en el marco del Programa de Doctorado “Temas Clave de Derecho Constitucional y Europeo”, como requisito para la obtención del título de *Doctor Europeus*, bajo la dirección de la doctora Ángela Figueruelo Burrieza.

**MARIA AUXILIADORA CASTRO E CAMARGO**  
**Salamanca, julio de 2010.**

**MARIA AUXILIADORA CASTRO E CAMARGO**

**DECRETOS-LEYES Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.  
ESTUDIOS COMPARADOS**

**Salamanca - 2010**

Nombre: Castro e Camargo, Maria Auxiliadora  
Título : Decretos-leyes y Jurisdicción Constitucional. Estudios Comparados

Tesis doctoral presentada en el marco del Programa de Doctorado "Temas Clave de Derecho Constitucional y Europeo", como requisito para la obtención del título de *Doctor Europeus*.

Aprobada en: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Calificación: \_\_\_\_\_

**TRIBUNAL:**

Profesor Doctor \_\_\_\_\_ Universidad \_\_\_\_\_

Firma

Profesor Doctor \_\_\_\_\_ Universidad \_\_\_\_\_

Firma

Profesor Doctor \_\_\_\_\_ Universidad \_\_\_\_\_

Firma

Profesor Doctor \_\_\_\_\_ Universidad \_\_\_\_\_

Firma

Profesor Doctor \_\_\_\_\_ Universidad \_\_\_\_\_

Firma

*A João, Genith y Thiago, por todo lo que representan en mi vida.*

## AGRADECIMIENTOS

Este trabajo solo ha sido posible gracias a la dirección segura, valerosa y erudita de la profesora Dra. **Ángela Figueruelo Burrieza**. Durante todo el tiempo que ha durado la investigación, esta gran maestra no solo ha contribuido a nuestra formación científica e intelectual, sino que también nos ha estimulado con palabras amigas en los momentos de angustia y de desaliento.

Al profesor Dr. **Lucio Pegoraro**, ejemplo de creatividad, dedicación y seriedad académica, que nos ha proporcionado la inagotable experiencia que es la Universidad de Bolonia, que mucho ha enriquecido nuestros estudios en Italia.

A los profesores Dr. **Justin Frosini**, Dra. **Silvia Bagni** y todos los demás miembros del CCSDD-*Center for Constitutional Studies and Democratic Development*, por el tratamiento caluroso y acogedor.

A los profesores Dr. **Fernando José Couto Pinto Bronze**, de la Universidad de Coimbra y Dr. **Vasco Pereira da Silva**, de La Universidad de Lisboa y de La Universidad Católica Portuguesa, que nos permitieron el acceso a las mejores bibliotecas de Portugal.

A **Mariate, Pedro Sánchez** y a todos los demás funcionarios de la Biblioteca de Derecho de la Universidad de Salamanca, que además de estar siempre a nuestro lado en la búsqueda de la bibliografía y de facilitarnos los préstamos interbibliotecarios en todas las partes de Europa, también nos regalaron sus amistades y su apoyo, tan necesario.

A la más de ocho veces centenaria Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, por su excelencia en promover el saber jurídico y extenderlo a Latinoamérica, especialmente a Brasil.

*“É, desta forma, fácil de se detectar que, na determinação constitucional de permissão do exercício legislativo pelo Presidente da República (Executivo), também se está buscando a própria manutenção do Estado de Direito e, portanto, em sendo atividade permitida, deve estar conforme e nos termos do texto constitucional. Por isso, também, cabível seu controle de constitucionalidade pelo órgão que detém constitucionalmente tal atribuição*

*– diga-se “jurisdição”*

*Maria Lúcia Luz Leiria*

# SUMARIO

RESUMEN.....	I
RESUMO.....	II
ABREVIATURAS.....	III
INTRODUCCION.....	001

## PARTE GENERAL

I -	<b>LA POTESTAD LEGISLATIVA Y LA EROSIÓN DEL MONOPOLIO PARLAMENTARIO EN SU EJERCICIO</b>	010
	1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	010
	2. EL PANORAMA INICIAL.....	013
	2.1 LA LEY Y EL PODER PARA LEGISLAR.....	013
	2.2 LA LEY EN EL SISTEMA AMERICANO.....	028
	3. LA LEY EN OTROS SISTEMAS JURÍDICO.....	035
	4. LA LEY EN EL CONSTITUCIONALISMO DEL MUNDO OCCIDENTAL.....	036
	4.1 EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEY.....	039
	4.2 EL CONTROL JURISDICCIONAL CONTEMPORÁNEO.....	044
	4.3 SOBRE EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO.....	049
	5. CODA .....	051
II	<b>LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EUROPA Y BRASIL</b>	053
II.1	<b>LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EUROPA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS SISTEMAS ESPAÑOL, ITALIANO Y PORTUGUÉS.....</b>	054
	1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	054
	2. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.....	057
	3. LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA.....	059
	3.1 CREACIÓN Y MODELO.....	059
	3.2 NORMAS OBJETO DEL CONTROL.....	060
	3.2.1 EL MOMENTO DEL CONTROL.....	061
	3.3 COMPOSICIÓN Y DURACIÓN DEL MANDATO.....	061
	3.3.1 CUALIFICACIONES, IMPEDIMENTOS E INMUNIDADES DE LOS MIEMBROS .....	063
	3.3.2 ELECCIÓN DEL PRESIDENTE.....	063
	3.4 FUNCIONAMIENTO Y COMPETENCIAS.....	065
	4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.....	068
	4.1 CREACIÓN Y MODELO.....	068
	4.2 NORMAS OBJETO DEL CONTROL.....	069
	4.2.1 EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA.....	071
	4.2.2 EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.....	074
	4.2.3 EL MOMENTO DEL CONTROL.....	078
	4.3 COMPOSICIÓN Y DURACIÓN DEL MANDATO.....	079
	4.3.1 CUALIFICACIONES, IMPEDIMENTOS E INMUNIDADES DE LOS MIEMBROS .....	079
	4.3.2 ELECCIÓN DEL PRESIDENTE.....	080
	4.4 FUNCIONAMIENTO Y COMPETENCIAS.....	081
	5. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÉS.....	085
	5.1 CREACIÓN Y MODELO.....	085



5.2	NORMAS OBJETO DEL CONTROL.....	087
5.2.1	EL MOMENTO DEL CONTROL.....	090
5.3	COMPOSICIÓN Y DURACIÓN DEL MANDATO.....	091
5.3.1	CUALIFICACIONES, IMPEDIMENTOS E INMUNIDADES DE LOS MIEMBROS .....	091
5.3.2	ELECCIÓN DEL PRESIDENTE.....	092
5.4	FUNCIONAMIENTO Y COMPETENCIAS.....	093
6.	BRASIL Y EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	097
6.1	CREACIÓN Y MODELO.....	097
6.2	NORMAS OBJETO DEL CONTROL.....	100
6.2.1	EL MOMENTO DEL CONTROL.....	109
6.3	COMPOSICIÓN Y DURACIÓN DEL MANDATO.....	110
6.3.1	CUALIFICACIONES, IMPEDIMENTOS E INMUNIDADES DE LOS MIEMBROS .....	112
6.3.2	ELECCIÓN DEL PRESIDENTE.....	113
6.4	FUNCIONAMIENTO Y COMPETENCIAS.....	113
7.	EL INTENTO DEL CONSTITUYENTE BRASILEÑO DE 1987/88 DE ESTABLECER UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU LEGITIMIDAD.....	114
<b>II.2</b>	<b>EN TORNO AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO Y SUS INFLUENCIAS.....</b>	<b>121</b>
1.	CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	121
2.	FORMAS DE CONTROL.....	122
2.1	PREPONDERANCIA: CONTROL JURISDICCIONAL Y JUDICIAL.....	122
2.2	CONTROL (POLÍTICO) EJERCIDO POR EL LEGISLATIVO.....	122
2.2.1	PREVENTIVO.....	122
2.2.2	REPRESIVO.....	123
2.3.	CONTROL (POLÍTICO) EJERCIDO POR EL EJECUTIVO.....	125
2.3.1	PREVENTIVO.....	125
2.3.2	REPRESIVO.....	125
2.3.2.1	INAPLICACIÓN DE LA LEY POR PARTE DEL JEFE DEL EJECUTIVO.....	125
2.3.2.2	INTERVENCIÓN FEDERAL.....	126
2.4	ESQUEMA.....	128
3.	CONTROL JURISDICCIONAL EN EL SISTEMA BRASILEÑO.....	129
3.1	LA FORMACIÓN DEL MODELO BRASILEÑO.....	130
4.	CONSTITUCIÓN DE 1934: LA REGLA DEL <i>FULL BENCH</i> Y EL CONTROL EN ABSTRACTO.....	135
5.	INSTRUMENTOS BRASILEÑOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.....	138
5.1	LAS ACCIONES DIRECTAS EN EL CONTROL EN ABSTRACTO.....	138
5.1.1.	SOBRE EL CONTROL DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.....	140
5.2.	LOS INSTRUMENTOS DEL CONTROL DIFUSO.....	148
5.2.1.	CONTROL COLECTIVO DE LA CONSTITUCIONALIDAD.....	150
5.2.2	<i>MANDADO DE SEGURANÇA</i> INDIVIDUAL.....	151
5.2.3	EL <i>MANDADO DE INJUNÇÃO</i> .....	153
6.	SOBRE LAS SÚMULAS Y LOS EFECTOS VINCULANTES EN EL DERECHO BRASILEÑO.....	161
7.	EL <i>STARE DECISIS</i> Y EL PAPEL DEL SENADO.....	164
8.	<i>CODA</i> .....	171
	<b>PARTE ESPECIAL</b> .....	<b>176</b>
<b>III -</b>	<b>LA LEGISLACIÓN DE URGENCIA EN BRASIL Y EN EUROPA....</b>	<b>177</b>
1.	CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	178
1.1	UBICACIÓN DIACRÓNICA Y SINCRÓNICA DEL TEMA OBJETO DE COMPARACIÓN.....	178

1.2 DETERMINACIÓN DE LOS LÍMITES CONCEPTUALES DE LOS PRESUPUESTOS DE NECESIDAD Y URGENCIA PARA EFECTOS DE LA COMPARACIÓN.....	183
2. EXPERIENCIAS DE PODERES NORMATIVOS CONCEDIDOS AL EJECUTIVO EN EL DERECHO COMPARADO.....	185
2.1. ALEMANIA Y EL ESTADO DE NECESIDAD LEGISLATIVA.....	191
2.2. FRANCIA Y SUS <i>ORDENNANCES</i> .....	195
3. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGISLACIÓN DE URGENCIA.....	201
3.1. TEORÍAS ITALIANAS.....	202
3.1.1 HECHOS CONSENTIDOS POR LA CONSTITUCIÓN.....	202
3.1.2 PODER DELEGADO AL EJECUTIVO.....	205
3.1.3 PODER PROPIO OTORGADO AL EJECUTIVO.....	207
3.2 DOCTRINAS BRASILEÑAS.....	208
3.2.1 PODER CAUTELAR DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA O SIMPLE PROYECTO CON FUERZA DE LEY.....	208
3.2.2 LEYES ESPECIALES.....	209
3.2.3 ACTO ADMINISTRATIVO CON FUERZA DE LEY.....	210
3.2.4 ACTOS DE GOBIERNO.....	212
3.2.5 A TÍTULO DE SÍNTESIS.....	213
4. LA LEGISLACIÓN DE URGENCIA EN LAS DISTINTAS FORMAS Y SISTEMAS DE GOBIERNO.....	214
4.1 LA RELACIÓN ENTRE EJECUTIVO Y LEGISLATIVO EN LOS SISTEMAS DE GOBIERNO EN LOS PAÍSES COMPARADOS ( <i>PARLAMENTARISMO VERSUS PRESIDENCIALISMO</i> ).....	216
4.2 LA REPÚBLICA SEMIPRESIDENCIALISTA PORTUGUESA Y LOS <i>DECRETOS-LEIS</i> .....	220
4.2.1 ANTECEDENTES.....	223
4.3 EL PARLAMENTARISMO EN LA REPÚBLICA ITALIANA Y SUS <i>DECRETI-LEGGE</i> .....	225
4.3.1 ANTECEDENTES EN EL DERECHO INTERNO.....	229
4.4 LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA EN ESPAÑA Y LOS <i>DECRETOS-LEYES</i> .....	232
4.4.1 ANTECEDENTES.....	234
4.5 LA REPÚBLICA FEDERATIVA Y PRESIDENCIALISTA BRASILEÑA, LOS <i>DECRETOS-LEIS</i> Y LAS <i>MEDIDAS PROVISÓRIAS</i> .....	236
4.5.1 ANTECEDENTES.....	238
5. LAS <i>MEDIDAS PROVISÓRIAS</i> BRASILEÑAS FRENTE A LOS <i>DECRETOS-LEYES</i> EN ITALIA, ESPAÑA Y PORTUGAL.....	255
5.1 <i>MEDIDAS PROVISÓRIAS</i> Y <i>DECRETOS-LEYES</i> COMO “LEGISLACIÓN DE URGENCIA”.....	255
5.2 <i>DECRETOS-LEYES</i> COMO LEGISLACIÓN ORDINARIA.....	257
5.3 PRESUPUESTOS HABILITANTES DE LA LEGISLACIÓN DE URGENCIA.....	258
5.3.1. “ <i>RELEVÂNCIA E URGÊNCIA</i> ”. EL CASO BRASILEÑO.....	263
5.4. LÍMITES MATERIALES.....	269
5.5. LÍMITES TEMPORALES.....	276
5.5.1 PLAZOS DEL GOBIERNO PARA REMITIR LOS <i>DECRETOS-LEYES</i> AL PARLAMENTO.....	277
5.5.2. PLAZOS PARA LA APRECIACIÓN DEL PARLAMENTO.....	278
5.6. PROVISIONALIDAD Y EFECTOS DE LA APRECIACIÓN DEL PARLAMENTO.....	282
5.7 OTRAS CONSIDERACIONES.....	290
6. CODA.....	296

#### **IV - EL MODELO DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA “LEGISLACIÓN DE URGENCIA” EN BRASIL FRENTE AL SISTEMA EUROPEO .....**

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	298
2. EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LOS	

DECRETOS-LEYES.....	301
3. EL FENÓMENO DE LA REITERACIÓN EN BRASIL E ITALIA.....	313
3.1. EL CONTROL DE LAS REITERACIONES EN ITALIA.....	314
3.2. EL CONTROL DE LAS REITERACIONES EN BRASIL.....	320
3.2.1. OBSTRUCCIÓN DE LOS TRABAJOS LEGISLATIVOS.....	327
4. LA POSIBILIDAD DE CONTROL SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE LA DECRETACIÓN DE URGENCIA.....	330
4.1 EL CONTROL DE LOS PRESUPUESTOS HABILITANTES DEL <i>DECRETO-LEI</i> EN BRASIL FRENTE AL CONTROL REALIZADO POR LAS CORTES EUROPEAS EN EL PERÍODO ANTERIOR A 1988.....	330
4.2 EL CONTROL DE LOS PRESUPUESTOS HABILITANTES DE LA <i>MEDIDA PROVISÓRIA</i> EN BRASIL FRENTE AL CONTROL REALIZADO POR LAS CORTES EUROPEAS EN EL PERÍODO POSTERIOR A 1988.....	336
4.2.1. BRASIL.....	336
4.2.2. ITALIA.....	343
4.2.3. ESPAÑA.....	355
5. CODA.....	359
<b>A MODO DE CONCLUSIÓN.....</b>	<b>363</b>
<b>A TÍTULO DE CONCLUSÃO.....</b>	<b>379</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>395</b>

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo fundamental investigar las semejanzas y diferencias existentes entre las categorías normativas que se presentan bajo la denominación general de “Decretos-leyes”, también denominadas por las Constituciones: “*Medidas Provisórias*” (Brasil); “Disposiciones Legislativas Provisionales” (España); “*Provvedimenti Provvisori con forza di legge*” (Italia) y “*Decretos-leis*” (Portugal). En su alcance general, el estudio también pretende dar a conocer los aspectos históricos-constituyentes que condujeron a la configuración que hoy presenta este instituto en las referidas Constituciones. Además de verificar la conformación constitucional presentada actualmente en los distintos países, el estudio ha indagado más de cerca sobre el modo en que dichas normas son controladas constitucionalmente. Por otra parte, también ha sido objetivo de nuestro trabajo investigar cómo la jurisdicción constitucional se configura en estos países y la forma en que sus respectivas Cortes Constitucionales controlan dichos actos normativos. Dentro de las formas de control de constitucionalidad de las leyes, tras haber estudiado la comparación conexa entre los modelos de justicia constitucional, hibridación y circulación de los modelos, en la investigación se han destacado las influencias de los sistemas americano y europeo en la construcción del modelo brasileño de justicia constitucional. El estudio también destacó y priorizó las cuestiones relacionadas con el modo de control de constitucionalidad de las normas con rango de ley dictadas por los Gobiernos, examinando y comparando la jurisprudencia constitucional de Brasil, España e Italia. La investigación científica, de naturaleza histórico-jurídica, está fundada en fuentes bibliográficas y en documentos virtuales. Asimismo, se consultaron las principales obras jurídicas y de ciencia política empleando un método analítico-comparativo. El campo del conocimiento se inserta en el Derecho Constitucional Comparado y en las relaciones que le son conexas, de tal modo que ello permitió un amplio estudio del tema, a partir del cual se obtuvo la conclusión general de que la jurisdicción constitucional es el medio más eficaz para controlar los actos legislativos del Gobierno y por esto no se puede renunciar al control de los presupuestos constitucionales habilitantes de la edición de la legislación de urgencia. Asimismo, y para el caso específico de Brasil, se pudo concluir que la coalición que sustenta al Gobierno debe estar limitada por los principios y valores constitucionales y, de esta forma, también controlada por la jurisdicción constitucional.

## RESUMO

O presente trabalho científico tem o objetivo fundamental de investigar as semelhanças e diferenças existentes entre as espécies normativas que se apresentam sob a forma geral de “Decretos-leis”, também denominadas pelas Constituições como: “*Medidas Provisórias*” (Brasil); “*Disposiciones Legislativas Provisionales*” (Espanha); “*Provvedimenti Provvisori con forza di legge*” (Itália) e “*Decretos-leis*” (Portugal). Em seu alcance, o estudo também pretende conhecer os aspectos históricos-constituintes que conduziram à configuração que hoje apresenta o instituto em referidas Constituições. Também foi objetivo do trabalho pesquisar como a jurisdição constitucional se apresenta nestes países e como suas respectivas Cortes Constitucionais controlam estes atos normativos. Dentre as formas de controle de constitucionalidade das leis, depois de ter estudado a comparação conexa entre os modelos de justiça constitucional, hibridação e circulação dos modelos, a pesquisa destacou as influências dos sistemas americano e europeu na construção do modelo brasileiro de justiça constitucional. O estudo ainda destacou e priorizou as questões relacionadas com o modo de controle de constitucionalidade das normas com *status* e força de lei editadas pelos Governos, examinando e comparando as jurisprudências constitucionais do Brasil, Espanha e Itália. A pesquisa científica de natureza histórico-jurídica está alicerçada em fontes bibliográficas e documentos virtuais. Foram consultadas as principais obras jurídicas e de ciências políticas, utilizando-se do método analítico-comparativo. O campo do conhecimento se insere na área do Direito Constitucional Comparado e nas relações que lhe são conexas, de modo a permitir um amplo estudo do tema, partindo dos quais se concluiu que a jurisdição constitucional é o meio mais eficaz de controle dos atos legislativos do Governo e por isso não pode renunciar ao controle dos pressupostos constitucionais habilitantes de edição da legislação de urgência. Mas que isto e, principalmente, para o caso específico do Brasil, concluiu-se que a coalizão que sustenta o Governo deve estar limitada pelos princípios e valores constitucionais e, desta forma, também controlada pela jurisdição constitucional.

**ABREVIATURAS UTILIZADAS**

<b>AANC</b>	- Anais da Assembléia Nacional Constituinte
<b>AC</b>	- Acre (Estado brasileiro)
<b>ADIMC</b>	- Medida Cautelar en Acción Directa de Inconstitucionalidad
<b>ADI</b>	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
<b>ADIn</b>	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
<b>ADO</b>	- Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão
<b>ADPF</b>	- Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
<b>AgR</b>	- Agravo Regimental
<b>AGU</b>	- Advocacia Geral da União
<b>AI n°</b>	- Atos Institucionais
<b>AI</b>	- Agravo de Instrumento
<b>AR</b>	- Assembléia da República (Portugal)
<b>Art.</b>	- Artículo
<b>BA</b>	- Bahia (Estado brasileiro)
<b>CC</b>	- Corte Costituzionale
<b>CCJ</b>	- Comissão de Constituição e Justiça
<b>CE</b>	- Constitución española
<b>Cf.</b>	- Compárese
<b>CI</b>	- Costituzione italiana
<b>CLT</b>	- Consolidação das Leis Trabalhistas
<b>CNA</b>	- Constitución de la Nación Argentina
<b>CPI</b>	- Comissão Parlamentar de Inquérito
<b>CRFB</b>	- Constituição da República Federal do Brasil.
<b>CRP</b>	- Constituição da República Portuguesa
<b>CTN</b>	- Código Tributário Nacional
<b>DANC</b>	- Diário da Assembléia Nacional Constituinte
<b>DF</b>	- Distrito Federal

<b>DJ</b>	- Diário da Justiça
<b>DNU</b>	- Decretos de necesidad y urgencia (Argentina)
<b>DOU -</b>	- Diário Oficial da União
<b>DJU</b>	- Diário da Justiça da União
<b>EC</b>	- Emenda Constitucional
<b>LICC</b>	- Lei de Introdução ao Código Civil
<b>MI</b>	- Mandado de Injunção
<b>Min.</b>	- Ministro
<b>MP</b>	- Medidas Provisórias
<b>MP</b>	- Ministério Público
<b>MS</b>	- Mandado de Segurança
<b>OAB</b>	- Ordem dos Advogados do Brasil
<b>op. cit.</b>	- <b>opere citato</b> (en la obra citada').
<b>PC do B</b>	- Partido Comunista do Brasil
<b>PDC</b>	- Partido Democrata Cristão
<b>PEC</b>	- Proposta de Emenda à Constituição
<b>PFL</b>	- Partido da Frente Liberal (hoy día DEM – Demócratas)
<b>PDT</b>	- Partido Democrático Trabalhista
<b>PMDB</b>	- Partido do Movimento Democrático Brasileiro
<b>PPS</b>	- Partido Popular Socialista
<b>PSB</b>	- Partido Socialista Brasileiro
<b>PSDB</b>	- Partido Social Democrático Brasileiro
<b>PT</b>	- Partido dos Trabalhadores
<b>QO</b>	- Questão de ordem
<b>Rcl.</b>	- Reclamação
<b>Rel.</b>	- Relator
<b>REx</b>	- Recurso Extraordinario
<b>Resp -</b>	Recurso Especial
<b>RDA</b>	- Revista de Derecho Administrativo
<b>REDA</b>	- Revista Española de Derecho Administrativo
<b>REDC</b>	- Revista Española de Derecho Constitucional
<b>RISTF</b>	- Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

- RMS** - Recurso em Mandado de Segurança
- RS** - Rio Grande do Sul (Estado brasileiro)
- SP** - São Paulo (Estado brasileiro)
- ss.** - siguientes
- STF** - Supremo Tribunal Federal
- STJ** - Superior Tribunal de Justicia



# INTRODUCCIÓN

## 1. Tema y su relevancia

El presente trabajo es el fruto de la investigación llevada a cabo en el programa de doctorado “Temas clave de derecho constitucional y europeo” bajo la dirección de la muy respetada profesora Doctora Ángela Figueruelo Burrieza. Con el presente trabajo pretendemos obtener el título de doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca con la mención de “*Doctor Europeus*”.

El título “**Decretos-leyes y Jurisdicción Constitucional. Estudios comparados**” ha sido elegido en razón de la curiosidad que ha despertado el tema de los recientes usos y abusos por parte de los Gobiernos en el ejercicio de sus potestades normativas. Referida hipertrofia legislativa de los Gobiernos ha provocado una crisis en las organizaciones de los Estados a la hora de realizar el reparto de competencias legislativas entre Gobierno y Parlamento. De esta forma, nos pareció sugestivo verificar las configuraciones constitucionales que asumen dichas normas y el nuevo rumbo que ha tomado la Justicia Constitucional para ejercer el control de constitucionalidad sobre ellas.

El abuso de la potestad legislativa por parte de los Gobiernos todavía provoca extrañeza en el Estado Constitucional, donde la actividad legislativa positiva infraconstitucional se sigue confiando a representantes del pueblo reunidos en un Parlamento. Por tanto, partiendo de la hipótesis de que el intervencionismo del poder público parece estar cada día más presente en la vida ciudadana, verificamos que el fuerte aumento de los actos normativos editados por el Poder Ejecutivo en los últimos tiempos pone en crisis la actividad preponderante del Parlamento, que es justamente la de ser el titular del Poder Legislativo. Pudimos incluso verificar que esta realidad está muy bien ilustrada por los ejemplos de Brasil, España, Italia y Portugal.

La investigación también ha detectado que es exactamente en esta hipertrofia legislativa de los Gobiernos donde reside uno de los grandes dilemas de la democracia contemporánea. Admitir que se pueda hacer o dejar de hacer algo, no en razón de la ley votada por el Parlamento, sino en virtud de una decisión de Gobierno, significa una ruptura con siglos de constitucionalismo liberal, difícil de absorber incluso en el esquema del Estado Social y Democrático de Derecho y que viene atormentando desde hace tiempo e instigando la curiosidad no solo de juristas, sino también de estudiosos de la política y de la sociedad.

El problema de la investigación que nos propusimos comparar fue formulado tras verificar que, independientemente del modelo de organización del poder constitucional que han adoptado algunos Estados, en función de la relación existente entre los distintos poderes, sus Constituciones tienen en común el hecho de reservar una potestad legislativa al Poder Ejecutivo, sea cual sea la estructura

adoptada para el ejercicio del poder político. Esta constatación suscitó los siguientes cuestionamientos: ¿Por qué son los Gobiernos los protagonistas del poder de legislar? ¿En qué casos han decidido los Constituyentes dotar a los Gobiernos con poderes legislativos? ¿Cómo y por quién está controlada esta potestad legislativa de los gobiernos? ¿Cómo actúa la justicia constitucional en los distintos países para controlar dichos poderes?

Por todo lo que se cuestiona, además de visualizar cómo el poder del Ejecutivo para elaborar reglas de conducta que deben ser obedecidas por todos está configurado en algunas constituciones modernas, en la investigación también nos interesa verificar cómo la Jurisdicción constitucional controla dicho poder, un poder que siempre ha seducido a los hombres. En ese sentido, la comparación entre el modelo de algunos países europeos y la realidad brasileña presenta muchos puntos de interés, a pesar de las diferencias existentes entre sus respectivos sistemas constitucionales.

## **2. Estrategias de la investigación**

El método utilizado para la realización de la investigación ha sido el método comparativo. El trabajo consiste en el estudio de los actos normativos de Gobierno dentro del ordenamiento constitucional de Estados con distintas formas y sistemas de Gobierno. Asimismo, la comparación ha pretendido detectar las semejanzas y diferencias de la jurisprudencia constitucional en países que también adoptan distintos sistemas de Justicia Constitucional.

### **2.1. Ámbito de objeto y contexto**

Dentro de las normas jurídicas sometidas al control de constitucionalidad en los Estados Democráticos y Sociales de Derecho, Brasil elige la edición de *Medidas Provisórias* como manifestación del poder normativo a ser ejercido por el Presidente de la República Federativa de Brasil. Muchos otros Estados, monárquicos o republicanos, parlamentaristas o presidencialistas, adoptan instrumentos que se asemejan a las *Medidas Provisórias* en cuanto a la finalidad y contenido, pero que varían mucho según la forma y sistema de gobierno. Es el caso de los “*provvedimenti provvisori con forza di legge*” previstos en el artículo 77 de la Constitución italiana (República parlamentaria), o de las “Disposiciones Legislativas Provisionales” previstas en el artículo 86 de la Constitución Española (Monarquía parlamentaria), que adoptan la forma de Decretos-leyes o *Decreti-legge* por utilizar el término en italiano. Portugal (República semipresidencialista) también elige el *Decreto-lei* como acto de competencia legislativa ordinaria del Gobierno.

La semejanza entre las mencionadas categorías normativas, que se presentan bajo la forma genérica de “Decretos-Leyes”, reside en que todas ellas aparecen como normas editadas por el Poder Ejecutivo en el ejercicio de una “competencia legislativa” en todas las formas y sistemas de gobierno estudiados. Así, el estudio de dichas normas con rango de ley del Poder Ejecutivo también ha actualizado temas ya asentados, tales como las diferencias entre parlamentarismo/ presidencialismo.

Además de analizar la conformación constitucional presentada en distintos países, el estudio comparativo verificó más de cerca cómo esas normas son controladas constitucionalmente. Del gran manantial que son las formas de control de constitucionalidad de las leyes, tras haber estudiado la comparación conexa entre los modelos de justicia constitucional, hibridación y circulación de los modelos la investigación ha destacado y priorizado el examen de cuestiones relacionadas con el control de constitucionalidad de las referidas normas jurídicas, examinando las jurisprudencias constitucionales de Brasil, España e Italia. Cabe decir que este tema está relacionado muy de cerca con la supremacía de la Constitución y siempre ha despertado la inquietud de los estudiosos del Derecho Constitucional.

## 2.2. Delimitación de la comparación

Para el desarrollo del tema ha sido necesario establecer límites espaciales, temporales y teóricos.

En lo que se refiere al **espacio**, trabajamos principalmente con los ordenamientos constitucionales de Brasil, España, Italia y en menor medida el de Portugal. No obstante, también hicimos referencias puntuales a otros ordenamientos de otros países del mundo, los cuales presentaron algún punto de interés con los institutos comparados. Procuramos partir del ámbito histórico-político en que se fraguaron los Decretos-leyes en Europa, averiguando cómo los distintos Constituyentes intentaron limitar su edición a los casos de necesidad y urgencia y cómo estos conceptos se trasladaron a Brasil influyendo en su conformación constitucional.

Respecto a la Justicia Constitucional, debemos señalar que sería imposible entender la formación de los modelos actuales prescindiendo del examen de las teorías nacidas en Norteamérica y Europa y sus atribuciones. De esta forma, la investigación no podía dejar de verificar los influjos de dichas teorías, especialmente la influencia de las teorías norteamericanas en la construcción de la jurisdicción constitucional brasileña.

En lo que respecta al **tiempo**, en el trabajo intentamos retroceder al origen de los institutos estudiados -en el afán de poder explicarlos mejor- sin preocuparnos por un marco temporal preestablecido. Así, nos servimos de una forma mixta que conjuga dimensiones de la comparación diacrónica y sincrónica, también conocida por comparación diferida en el tiempo. De esta forma, cada capítulo varía en el tiempo conforme a la necesidad de exponer los institutos allí tratados, y por eso decidimos iniciar cada uno de los capítulos con algunas consideraciones introductorias que ubican al lector en el tiempo y en el espacio.

El **marco teórico** tiene una connotación eminentemente jurídica situada en el campo del estudio del Derecho Constitucional Comparado. Se resalta, pues, que a efectos de nuestra investigación los Decretos-leyes se presentan en los ordenamientos constitucionales como fuente genuina de Derecho. Así, la posición a la cual nos adherimos es la que afirma que la emisión de decretos-leyes representa un poder, propio y permanente, titularizado por el Poder Ejecutivo, tratándose, realmente, de una atribución constitucional directa, no caracterizadora de delegación o de simples hechos consentidos por la Constitución.

No obstante, aún siendo abordado a través de la óptica del derecho, no se puede excluir totalmente un examen histórico-político, económico y social del proceso de formación y elaboración de estas normas constitucionales.

### 2.3. Recursos metodológicos

Los recursos empleados en la elaboración del trabajo fueron básicamente fuentes bibliográficas que abarcaban desde obras clásicas hasta los más recientes datos catalogados y trabajados en libros y artículos científicos acerca del tema investigado.

Internet ha sido una herramienta muy importante en la consecución de la tesis. En la red mundial de ordenadores hemos podido consultar diversas bases de datos gubernamentales de los países comparados. De igual forma, pudimos acceder a las jurisprudencias de los distintos Tribunales Constitucionales, conociendo así en su totalidad los fallos más importantes sobre el control de constitucionalidad de los actos legislativos de los respectivos Gobiernos.

Asimismo, las páginas Web de publicaciones científicas en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas también contribuyeron en gran medida a alcanzar los propósitos previstos en la comparación, así como los periódicos electrónicos, bibliotecas virtuales, etc.

## 3. Estructura del Trabajo

El trabajo fue dividido en dos partes principales, que a su vez están subdivididas en cuatro capítulos. **La primera parte** consiste en una retrospectiva del poder conferido a los hombres para elaborar reglas de conducta para ser obedecidas por sus semejantes. Asimismo, verifica las teorías que justifican el control de constitucionalidad de las leyes que desembocaron en el surgimiento de la Justicia Constitucional en los continentes americano y europeo y sus actuales modelos. **La segunda parte** estudia la configuración constitucional dada por los distintos Estados a los “Decretos-leyes” y compara la jurisprudencia constitucional de Brasil, España e Italia sobre las referidas normas.

El **Capítulo primero** es un capítulo introductorio. En él expusimos de forma genérica algunas de las teorías que buscaron justificar el origen, establecimiento y fundamentación de la ley en relación a lo social, humano y moral, así como sus justificaciones filosóficas, que van desde la Edad Antigua hasta la Contemporánea, donde los postulados neoconstitucionalistas se presentan como forma de resolución de los problemas del Estado Constitucional.

Comenzamos por la evolución histórica del concepto de ley y de la legitimidad para su elaboración hasta la consagración de la teoría de la repartición de los poderes, con la respectiva potestad legislativa conferida a los Parlamentos. En este punto, nos detuvimos a examinar que en su concepción liberal la ley tenía dos funciones básicas en la sociedad: aquella incuestionable que es la de formalizar la organización social, y la de establecer los procedimientos represivos para los

casos de incumplimiento, de forma dirigida a atender a los ideales libertarios de la burguesía revolucionaria del período decimonónico.

Vimos que, de acuerdo con la teoría política de Montesquieu, el Poder Legislativo enuncia las leyes que ya habían sido creadas por la sociedad como normas de conductas éticas. Su trabajo será, entonces, sistematizarlas para tornarlas jurídicamente efectivas. El Poder Ejecutivo aplica el derecho de las gentes, obligándose a cumplir su función de organizar la sociedad dentro de los marcos legales, mientras que el Poder Judicial aplicará el Derecho Civil. No obstante, en los términos de esta clásica teoría cada uno de los Poderes del Estado encontrará su límite en el otro Poder y todos girarán alrededor de la ley.

Este sistema de frenos y contrapesos ha sido posteriormente puesto en marcha por el sistema americano, que lo profundizó y lo concretó en la constitución de un Estado norteamericano. Así, también ubicamos la posición de la ley en el sistema de los Estados Unidos de América para sólo entonces, posteriormente, situar la ley en otros sistemas o familias jurídicas.

Situada la ley en un plan general, pasamos a ubicarla en el constitucionalismo del mundo occidental, comprobando que, si hubo un tiempo en el cual la ley era la única medida del Derecho, en la actualidad ha sido destronada en favor de la Constitución, pasando entonces a ser controlada por ella. De ello resultará el surgimiento de las formas de control de constitucionalidad de las leyes, cuyas teorías incorporan el control jurisdiccional contemporáneo como una adquisición reciente del Derecho Constitucional. Cierran el Capítulo primero algunas nuevas teorías del Derecho Constitucional que pretenden dar una interpretación moral a la Constitución.

El **Capítulo segundo** está dedicado enteramente a la consolidación de Jurisdicción Constitucional en Europa y en Brasil, que ha sido fortalecida a pesar de las críticas sobre su legitimidad.

El Capítulo fue subdividido en dos partes: en la primera parte, tras comprobar que la Justicia Constitucional ha nacido como una necesidad lógica de la supremacía conferida a la Constitución y verificar los prototipos americano y austríaco, hicimos especial referencia al surgimiento de la Justicia Constitucional en España, Italia y Portugal, verificando cómo los Tribunales Constitucionales están consolidados en estos países y las diferencias entre el funcionamiento de dichas Cortes europeas y el Supremo Tribunal Federal de Brasil. Asimismo, investigamos los intentos para que fuera instituido un verdadero Tribunal Constitucional en Brasil.

La segunda parte del Capítulo está totalmente focalizada en la construcción de la jurisdicción constitucional en Brasil. Nuestro objetivo aquí fue el de demostrar la influencia extranjera en la formación del modelo brasileño de jurisdicción constitucional. Por medio del análisis histórico-comparatista, identificamos cómo el Constituyente optó por la importación de los modelos clásicos y su particular forma de adaptarlos en el derecho brasileño.

La lectura teórica de los elementos caracterizadores de los sistemas históricos de justicia constitucional ha sido útil para comprobar que su introducción

en el derecho brasileño ha provocado una transformación del carácter original de los institutos, buscando atender las particularidades de la construcción del sistema brasileño.

Asimismo, el Capítulo segundo ha evaluado los mecanismos procesales utilizados para la concretización de la jurisdicción constitucional brasileña, verificando que hasta los institutos genuinamente nacionales pueden ser interpretados a la luz del derecho comparado.

En el **Capítulo tercero** constatamos que la quiebra de los ideales libertarios burgueses pasó a exigir una actuación más concreta del Estado -principalmente en el área económica-, surgiendo entonces la necesidad de urgentes intervenciones legislativas no atendidas por parte del Poder Legislativo. A partir de este marco, constatamos que la edición de normas primarias por los Jefes de los Ejecutivos es un fenómeno que se torna más visible a partir del siglo XX y que siempre vendrá justificada en razón de una “necesidad” de urgentes intervenciones legislativas. Precisamente por esta razón, pasará a denominarse “legislación (o decretación) de urgencia” y aparecerá positivada en las Constituciones occidentales con contornos y matices adaptados a la realidad en la cual surgieron y principalmente frente al sistema de gobierno presentado, motivo por el cuál no encontrará acogimiento en el presidencialismo norteamericano. Así, pasamos a investigar la legislación de urgencia en Brasil y en Europa, como normas excepcionales o extraordinarias, pero de capacidad propia del Ejecutivo.

En este Capítulo analizamos el “cómo” y el “por qué” algunas Constituciones europeas de la actualidad todavía conceden poderes legislativos al Ejecutivo. La finalidad del estudio ha sido la de identificar, a través de una visión general, las bases constitucionales para el ejercicio legítimo de la potestad legislativa en el ambiente democrático actual, comparando las formas de repartición de competencias entre los órganos dotados de autoridad constitucionalmente otorgadas. El objetivo es el de detectar los fundamentos a través de los cuales los poderes del Ejecutivo tienden a dilatarse en el ámbito de las Constituciones vigentes, asumiendo formas no previstas en sus propias Cartas.

A excepción de Portugal, donde los Decretos-leyes, a partir de la Constitución de 1976, resultan de una competencia legislativa ordinaria -y en algunos casos exclusiva- del Gobierno, los países en los cuales centramos nuestras atenciones siempre invocan como presupuesto habilitante alguna especie de urgencia o necesidad para que los Ejecutivos puedan dictar normas con rango de ley. No obstante, desde las consideraciones introductorias del Capítulo, pusimos de manifiesto que los conceptos de **necesidad y urgencia** con los cuales trabajamos no son aquellos que habilitan al Ejecutivo con vastos poderes para suspender las garantías individuales de los ciudadanos en los tiempos de crisis o en situaciones de grave peligro de la seguridad del Estado, del orden público, de la independencia nacional, de la integridad del territorio u otros casos que puedan sacrificar las libertades constitucionales vía *decretos-leyes* sin que estos estén sometidos al Legislativo. Esclarecemos también que los conceptos de **necesidad y urgencia**, a partir de los cuales estudiamos los actos con fuerza de ley dictadas por los gobiernos actuales, no son aquellos que se justificaban en los conflictos bélicos históricos, ni aquellos que en general están calificados en la teoría de la

Constitución como decreto de ejecución de los *parágrafos de la dictadura* (art. 16° de la Constitución de Weimar) o de las *cláusulas de plenos poderes* (art. 16 de la Constitución francesa de 1958). Tampoco son aquellos que todavía hoy autorizan los estados de sitio, excepción o alarma. Estos conforman los denominados “estados de excepción”, que no pueden ser confundidos con la *decretazione d'urgenza* que autoriza la edición de decretos-leyes.

Delimitado el campo de estudio, en el Capítulo tercero verificamos, en el ámbito de los ordenamientos constitucionales comparados, los fundamentos que justifican los presupuestos habilitantes de la *decretación de urgencia* de la que tratamos como instrumentos puestos a disposición de los Gobiernos para hacer efectivas las acciones urgentes y necesarias. Tras demostrar algunas experiencias de poderes normativos concedidos al Ejecutivo en el derecho comparado, con énfasis en Alemania y Francia, el Capítulo presenta las distintas teorías nacidas en Italia y en Brasil sobre la naturaleza jurídica de los decretos-leyes, adhiriendo a la que los entiende como una competencia propia del Gobierno y como un poder autónomo y originario.

A partir de estos supuestos, tras explicar el motivo y los fundamentos de la aceptación de la *decretación de urgencia* en las Constituciones europeas que hoy la admiten, y una vez demostrada la configuración constitucional en cada uno de los ordenamientos comparados, hemos pasado a comparar las *Medidas Provisórias* frente a los ordenamientos europeos. En este punto, la investigación se ha centrado en demostrar cómo la utilización de los Decretos-leyes por los gobiernos europeos, especialmente por los Gobiernos de Italia y en menor medida de España, han influido en la configuración constitucional de la *decretación de urgencia* en Brasil.

En el **Capítulo cuarto**, el objetivo de la investigación ha sido el de demostrar que las diferencias existentes entre el modelo europeo de jurisdicción constitucional y el modelo brasileño de control disperso, liderado por el Supremo Tribunal Federal (tratadas en el Capítulo segundo), no invalidan el paralelo entre las decisiones de dichas Cortes ya que, como hemos visto, todas ellas están destinadas a defender la supremacía de la Constitución.

Dado que tanto en Brasil como en Europa está admitido el control jurisdiccional de la “legislación de urgencia”, en este Capítulo buscamos investigar cómo dicho control es ejercido por las respectivas Cortes Constitucionales y las influencias que eventualmente puedan ejercer sobre la Corte brasileña. No obstante, los países comparados presentan distintas formas de realizar la justicia constitucional e incluso han configurado en sus Constituciones distintas formas de Estado y de sistemas de Gobierno, que ya han sido tratadas en los capítulos anteriores.

Además de las diferencias y semejanzas estructurales de las Cortes en el Capítulo cuarto, también hemos considerado que los medios procesales constitucionales inherentes a cada país comparado, así como el estilo decisorio de las Cortes europeas, difieren bastante del adoptado en la jurisdicción constitucional brasileña, aunque cada día la Corte brasileña se valga más de la utilización de los métodos de derecho comparado.

Al mismo tiempo que todas las diferencias apuntadas, ha sido posible detectar que las jurisprudencias constitucionales brasileña, española e italiana han sedimentado con cierta similitud, aunque con diferentes matices, que el control jurisdiccional de la constitucionalidad sobre la legislación de urgencia puede darse sobre tres niveles principales: en el primero cabe verificar si están presentes los presupuestos de habilitación (y la discusión sobre si se trata de aspecto de mérito o de conformidad constitucional del acto); al segundo cabe la función de controlar la materia sobre la cual tratará la *decretación de urgencia* y si ella soporta reglamento legislativo provisorio o no (límites materiales); y el tercer nivel ejercerá un control de constitucionalidad de la materia propiamente dicha en lo que corresponde a los principios y normas constitucionales.

Detectados los niveles principales, destacamos entre ellos la cuestión siempre actual y que más interés despierta en todos los ordenamientos, que es la posibilidad de control sobre los presupuestos habilitantes de la *decretación de urgencia* y la reciente evolución jurisprudencial en los países comparados, que ha cambiado los rumbos de la interpretación inicial dada al tema, al igual que lo que ocurre en Italia y Brasil básicamente.

Por otra parte, en el Capítulo cuarto también abordamos el problema de la reiteración de los decretos-leyes que, sin embargo, no ha afectado el ordenamiento constitucional español. El fenómeno nació en Italia y posteriormente fue importado por Brasil, constituyendo uno de los temas más tormentosos en la doctrina y Cortes Constitucionales de ambos países. Por esta razón, la comparación se limitó a verificar cómo se ha desarrollado dicho control en estos dos países y las distintas fórmulas encontradas para solucionar el problema y los nuevos rumbos de la jurisprudencia. La investigación tampoco se eximió de enfrentar temas que afectan solamente a Brasil, como es la “obstrucción de los trabajos legislativos” (*trancamento de pauta*), que no está prevista en ningún otro ordenamiento. Así, pudimos comprobar la interpretación que el STF le ha dado al tema.

Hemos concluido el trabajo con una síntesis, distribuida en 22 tópicos, que representa las directrices del tema investigado y hace un balance positivo y negativo de los alcances políticos-constitucionales de los Decretos-leyes. Las conclusiones resultaron del diálogo establecido entre Ciencia Política y Derecho Constitucional, diálogo éste que incorpora una singular importancia no sólo para la definición del papel de las Cortes Constitucionales en el control del uso de los Decretos-leyes, sino también primordialmente para el correcto juicio de los abusos.



# **PARTE GENERAL**

# I. LA POTESTAD LEGISLATIVA Y LA EROSIÓN DEL MONOPOLIO PARLAMENTARIO EN SU EJERCICIO

*“A lei deve ser a organização social da liberdade”*

(Tancredo Neves)<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES 2. EL PANORAMA INICIAL 2.1 LA LEY Y EL PODER PARA LEGISLAR. 2.2 LA LEY EN EL SISTEMA AMERICANO 3. LA LEY EN OTROS SISTEMAS JURÍDICOS 4. LA LEY EN EL CONSTITUCIONALISMO DEL MUNDO OCCIDENTAL. **4.1 EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEY.** 4.2 EL CONTROL JURISDICCIONAL CONTEMPORÁNEO. 4.3 SOBRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO 5. CODA.

## 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Desde una perspectiva muy amplia, examinando el desarrollo del Estado, podemos observar que la gran complejidad del proceso de producción normativa existente en la actualidad está directamente relacionada con la forma en que fue distribuido el poder de dirección política desde el origen de las organizaciones políticas de la Edad Antigua. Con el surgimiento del Estado Moderno se arraiga la aceptación del monopolio normativo del Estado, lo que conlleva al actual contexto jurídico-político, donde se plantea el problema del pluralismo normativo y de la potestad para elaborar normas positivas con rango de ley que deben orientar todas las relaciones entre Estado-individuos.

Es cierto que, en el Estado Constitucional de Derecho, las constituciones rígidas han positivado los principios relativos a las libertades fundamentales y la división de poderes que vinculan a todos los poderes constituidos, incluido al legislador. También es cierto que, en el modelo neo-iuspositivista del Estado Constitucional, la interpretación extensiva de la Constitución, que permite al intérprete constitucional extraer de ella principios implícitos, ha aumentado considerablemente los poderes del juez constitucional, que otrora era comparado apenas con un legislador negativo.

---

<sup>1</sup> Discurso preparado por Tancredo Neves para la toma de posesión en la Presidencia de la República de Brasil en marzo de 1985, que no llegó a ocurrir debido a su enfermedad y fallecimiento en 21.04.1985.

Sin embargo, no es menos cierto que, en el Estado Constitucional, la actividad legislativa positiva infraconstitucional sigue siendo confiada a representantes del pueblo reunidos en un Parlamento, a quienes históricamente se identificó como Poder Legislativo, considerando que en la clásica división de funciones estatales le compete principalmente la producción normativa positiva del Estado. Así, en teoría, dicho poder constituido (legislativo) sería el único legitimado para crear la legislación positiva. Sin embargo, esta actividad legislativa infraconstitucional ¿puede hoy ser razonada todavía como función exclusiva de un Poder Legislativo, constituido para este menester? La discrecionalidad política del legislador ¿está o no sustraída de eventuales controles jurisdiccionales? ¿Y si fuera el Gobierno el legislador?

Contemplamos a menudo la intervención del Ejecutivo en las funciones del legislativo, ya sea por el constante ejercicio de la iniciativa legislativa, ya sea a través de la sanción de las leyes discutidas y votadas por el Parlamento o incluso a través del ejercicio de poderes delegados o normativos. Por otra parte, además de todos estos ejemplos, ¿cómo explicar la ingerencia del Ejecutivo, en la actividad de elaborar normas con rango de ley, sin ofender a la teoría clásica de la separación de poderes donde al Ejecutivo no le corresponde legislar? ¿Esta ingerencia del Ejecutivo, no podría ser considerada inconstitucional por ofender al principio de la separación de los poderes acogidos por las constituciones modernas? ¿Cómo es interpretado el tema por los Tribunales Constitucionales?

Es totalmente cierto que el principio de la división de poderes no representa un dogma absoluto. Ilustrando el caso europeo, la forma de justificar la existencia de órganos cuya localización espacial es inexplicable según la teoría clásica de la división de poderes, BOBBIO<sup>2</sup> afirma, citando a Vergotini, que el principio de la separación de poderes resulta superado. Para él, la inclinación es la afirmación de la unidad del poder estatal, el cual, sin embargo, es ejercido a través de una vasta gama de órganos colegiados representantes colectivos a nivel local, estatal y federal, con atribuciones cada vez más relevantes, que son expresadas por órganos de la administración y de la jurisdicción, coordinados entre sí en plan horizontal y vertical.

En el pasado, con la implantación de la Justicia Constitucional, presenciamos la quiebra del poder político absoluto del Parlamento. Hoy en día, el problema ya no consiste en que se haya producido un desplazamiento de la autoridad del Parlamento a los órganos de Justicia Constitucional, lo cual está aceptado prácticamente de forma pacífica. No obstante, la disputa por la potestad legislativa entre los dos poderes constituidos –Ejecutivo y Legislativo- siempre estuvo y sigue estando presente, con más o menos intensidad, en las pautas de discusión política, presentando algunas variaciones en los ordenamientos internos de cada Estado. No obstante, ¿sería posible admitir aún un mayor desplazamiento de las funciones típicas del Parlamento al Ejecutivo de acuerdo con las conveniencias políticas de los gobiernos sin erosionar los principios constitucionales? ¿Hasta donde el intérprete constitucional podría actuar en la interpretación de dichos principios?

---

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Diccionario de Ciencia Política*. Versión española de Martí Soler. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 1988, p. 376.

Actualmente no cabe duda de que la ley debe someterse a los principios y garantías que establece la Constitución. Sin embargo, ¿debe aún el Parlamento someterse a la voluntad de los gobernantes en nombre de la gobernabilidad y ejecución de los programas exigidos para el mantenimiento del Estado Social? ¿Es legítimo que el Parlamento abdique de ejercer sus funciones específicas y pase solo a sellar los actos legislativos practicados por el Ejecutivo en razón de relevancia y urgencia? Con más razón que los actos legislativos, es obvio que estas normas emanadas del Ejecutivo estarán sujetas al control material de constitucionalidad, pero, ¿soportarían un examen formal de constitucionalidad? ¿Cómo los diversos sistemas de Justicia Constitucional van admitiendo este control? Y más importante aún: ¿Cómo controlar la vocación, casi natural, que tiene el Ejecutivo de intentar usurpar el poder de elaborar las leyes, siempre en nombre de una supuesta gobernabilidad que atienda el interés social?

En los países que adoptan el sistema parlamentario, la intervención del Ejecutivo en el Legislativo es aún más evidente, ya que no es raro ver que está acompañada del poder de disolución de las Cámaras en los casos que las propias constituciones enumeran. Por otra parte, también es cierto que con la evolución del régimen parlamentario para un régimen mayoritario se torna cada vez más difícil separar las actividades ejecutivas del Legislativo en la medida en que las acciones del gobierno, habitualmente, son votadas y aprobadas por la mayoría, sin grandes debates ni disputas. De aquí también resulta la mitigación del principio de la separación de poderes.

No obstante, la intrusión del Ejecutivo en la actividad del legislador no es un privilegio de los sistemas que adoptan el parlamentarismo. En algunos Estados cuyo régimen político adoptado es el presidencialista, éstos incluidos, es posible percibir una fuerte injerencia del Ejecutivo en la actividad legislativa, lo que viene a ocasionar, también en estos países, una erosión del monopolio del Parlamento para elaborar las leyes. Así, resulta inevitable cuestionarse siempre la misma pregunta: ¿Dónde puede el Ejecutivo encontrar la legitimidad para legislar?

El Estado Constitucional moderno asiste desconcertado a lo que sucede recientemente en Sudamérica, donde gobiernos populistas y autoritarios pretenden reescribir sus constituciones sin ninguna consideración a las reglas democráticas. Recientemente, hemos visto a la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela aprobar una *Ley Habilitante* mediante la cual autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en definitiva, para legislar sin prestar cuentas al Legislativo o al pueblo. Sin embargo, aunque la *Ley Habilitante* esté prevista en la Constitución venezolana, ¿podría la Asamblea Nacional transferir sus poderes de legislar al Presidente sin herir de muerte su propia Constitución? ¿La legitimidad para transferir tantos poderes no sería exclusiva del Poder Constituyente? ¿Qué opina el intérprete de la Constitución?

Estas y otras indagaciones semejantes son lo que buscamos aclarar más detenidamente a lo largo del presente trabajo. No obstante, no se puede comprender la noción de la potestad legislativa en el mundo actual al margen del contexto histórico-cultural en el que se sitúa, pues su significado viene condicionado por la cultura política desarrollada a lo largo del proceso histórico, desde el nacimiento de los Estados hasta el Constitucionalismo moderno, que algunos

prefieren denominar Neoconstitucionalismo. Por esta razón, hemos decidido comenzar el presente capítulo registrando algunos de los aspectos históricos de más relevancia para la comprensión del tema, o al menos para intentar comprender la disputa entre los poderes constituidos -principalmente entre Gobierno y Parlamento- por el poder de legislar y lo que alegan los Tribunales Constitucionales sobre el tema.

## 2. EL PANORAMA INICIAL

### 2.1. La ley y el poder para legislar

El poder de elaborar reglas de conducta que deben ser obedecidas por sus semejantes siempre ha ejercido fascinación entre los hombres. Parece no haber dudas sobre que la palabra *lex*, en Roma, ó *nomos*, en Grecia, tuvo su raíz última en la moral, de donde pasó inmediatamente al campo jurídico<sup>3</sup>. Lo cierto es que, desde la Antigüedad, la filosofía ha creado ríos de tinta procurando justificar el lugar del sujeto humano ante la ley y los motivos para obedecerla. Son innumerables las teorías que buscaron justificar el origen, establecimiento y fundamentación de la ley en relación a lo social, lo humano y lo moral, cuestionando si su fundamento se halla en la voluntad de Dios -ya sea una voluntad "arbitraria" o "racional"-; en la voluntad de un legislador; en el consenso -general o mayoritario- de una comunidad; o en las exigencias de la razón. La idea de que la ley debería representar la voluntad del pueblo siempre ha orientado gran parte del pensamiento filosófico desde la Antigüedad. Sin embargo, como ya había advertido Platón (428/427-347 a. C) en *El Político*<sup>4</sup>, las leyes son solo imitaciones de la naturaleza y, como toda imitación, no coincide nunca con el modelo, al igual que la ropa nunca podrá sustituir a la piel.

En líneas generales, las justificaciones filosóficas respondían a una necesidad de subsistencia, a la vez que les parecía imprescindible que fuesen productos de un acto de toda la comunidad política y no el imperio de uno solo. La defensa de la ley no tiene su base únicamente en los beneficios sociales que trae consigo, sino también en el hecho de que responde a un propósito común<sup>5</sup>. Si, además, se insiste en que las leyes se establecen y contribuyen a lograr la igualdad de todos, entonces dicha igualdad debería estar presente también en el momento de promulgar cada ley. De esta forma, resultaría el verdadero soberano de los ciudadanos y gran parte de su valor residiría en que se la dan ellos mismos.

3 Cf. ALZAGA VILLAAMIL, Oscar; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio; RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge. *Derecho Político español según la Constitución de 1978*. Tomo I: Constitución y fuentes del derecho. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, p. 276.

4 Versión española acrecentada con introducción, texto crítico, traducción y notas de ANTONIO GONZALEZ LASO (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955) que comenta un pasaje del diálogo entre los personajes extranjero y el joven Sócrates: "Y el extranjero admite, desde luego, que la legislación es obra del arte real; pero el ideal no está en que manden las leyes, sino el varón real dotado de inteligencia. ¿El motivo? Una ley no podrá nunca abarcar a un solo tiempo con precisión del ideal más justo para todos; la inestabilidad de las cosas humanas no consiente que en ningún arte existan principios absolutos. Y la ley, a pesar de todo tiende a este absurdo" (p. XXVIII).

5 Cf. RIVAS PALÁ, Pedro. *Justicia Comunidad, Obediencia. El pensamiento de Sócrates ante la Ley*. Pamplona: EUNSA, 1996, p. 168.

Del mismo modo, innumerables teorías buscaron justificar el poder para elaborar las leyes, tales como la teoría de que la potestad legislativa había sido conferida por el derecho natural al pueblo, o la de que su origen era divino, ya que Dios no sólo transmitía la potestad directamente al gobernante, sino también mediante el consentimiento del pueblo, etc. Con todo, no es posible afirmar que, en la Antigüedad o en la Edad Media, las leyes siempre representaban la voluntad del pueblo, sino que, más bien, podían traducirse como la voluntad del monarca o de la clase gobernante.

La tradición romanística tiende a asignar al rey el poder legislativo absoluto, comprendido el “poder constituyente” o de emanar leyes fundamentales. Siendo la monarquía la primera forma política conocida en Roma, se suele atribuir a la realeza el poder legislativo de aquel período. Las fuentes latinas hacen referencia a normas dadas por los reyes, *leges regiae*, atribuyéndoles mayor antigüedad y grandeza<sup>6</sup>. No obstante, el poder de los reyes era discutible, ya que gobernaban a través de **órdenes** y no de **leyes**; la *lex* romana debía ser producto de la voluntad popular, aunque fuera por proposición de los magistrados. De esta forma, nos parece cierto afirmar que los reyes no gozaban del poder legislativo, en el sentido técnico de promulgación de leyes, que sería propio de la época republicana<sup>7</sup>.

En la Antigüedad Clásica, los Estados no tuvieron cuerpos codificados del Derecho<sup>8</sup>, porque suponer que existiera una mentalidad adecuada al intento de establecer unas normas o código común, con validez legislativa general para nobles y plebeyos, no parecía razonable. Alrededor del año 450-451 a.C., en Roma, una comisión de diez personas, *decemviri legibus scribundis*, redactaron y promulgaron la Ley de las XII Tablas -aunque algunos historiadores le nieguen el carácter de legislación oficial<sup>9</sup>- presentándola al público en doce planchas o tablas de bronce, para regir la vida ciudadana en un auténtico trasunto del concepto griego de *polis*. Aún así, no es posible afirmar que el origen de la ley, como regla (positiva) de conducta universal, esté en las XII Tablas.

De igual manera, aún resulta difícil precisar el origen de las instituciones políticas aquí designadas genéricamente con el nombre de Parlamento (como corporación legislativa). La bibliografía especializada nos trae la noticia de la existencia, en la Antigüedad occidental a partir del 4.000 a.C., de Consejos de Ancianos destinados a asesorar al jefe del Ejecutivo en diversos aspectos de la vida

6 Cf. FUENTESECA, Pablo. *Lecciones de historia del derecho romano*. Salamanca: Talleres Gráficos Imprenta NUÑEZ, 1970, p. 28.

7 *Ídem, ibidem*.

8 Tales codificaciones fueron una de las principales consecuencias de los grandes movimientos producidos en Francia y en Estados Unidos en el siglo XVIII (Cf. HEREDIA MOYANO, Hugo A. *Historia Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1955, p. 16).

9 El profesor de Salamanca PABLO FUENTESECA (*op. cit.* p. 42) comenta que LAMBERT suponía que las XII Tablas se trataban de una colección privada de normas, recopiladas por *Sextus Aelius Paetus Catus* (cónsul en 198 a.C.) autor de los primeros comentarios a la Ley. Sin embargo, no parece ser este el entendimiento dominante, concluyendo el mismo profesor que: “las normas de las XII Tablas constituyen un conjunto de disposiciones fundamentales para la estructura de la vida comunitaria de la *civitas*. Significan un hito fundamental en la estructura de la vida cívica que, desde entonces, se rige por normas escritas comunes. Por ello hay que considerar a las XII Tablas como la expresión de un momento político-constitucional en que la *civitas* fundió las diferencias entre patriciado y plebe y estableció las bases de la convivencia bajo la idea de *leges* o normas comunes para todos los *cives*. La igualdad de éstos ante las *leges* arranca de este momento.” (*op. cit.* p. 53).

colectiva. Dicho Consejo sería el germen de lo que se transformaría en el *Senatus*, la más remota asamblea política de la Roma antigua. Si bien es cierto que su existencia se remonta a la época primitiva, solo se puede afirmar que el Senado romano pasa a ser el elemento de más peso político en la fase republicana (después del 510 a.C), época en que fue realmente estructurado.

Aunque sea posible admitir que el Senado en Roma se constituyó en el más alto "Poder" del Estado, debemos constatar que su función principal no era legislar, sino asesorar a las autoridades ejecutivas máximas, controlar el Judicial, las finanzas públicas, cuestiones religiosas y militares, dirigir la política externa, etc. Ya en Grecia - cuna del bicameralismo - el Senado, que estaba dividido en dos casas, discutía y aprobaba en plaza pública los borradores elaborados por un consejo deliberativo, cuyos integrantes eran elegidos por el voto directo de los ciudadanos libres de sexo masculino mayores de 30 años. Este sistema encontró su auge entre el año 400 a.C. y el 300 a.C.<sup>10</sup>

En la Edad Media, las relaciones del Estado con los súbditos estaban reguladas por diversas disposiciones de carácter constitucional, que se exteriorizaban a través de las "Cartas", "Fueros" y "Privilegios", los cuales constituyeron importantes antecedentes del actual Constitucionalismo<sup>11</sup>. No existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas; al contrario, se ofrecía una multiplicidad de fuentes y ordenamientos provenientes de instituciones diferentes y concurrentes tales como el Imperio, la Iglesia, los príncipes, los municipios, las corporaciones, etc. Sin embargo, ninguna de estas instituciones tenía el monopolio de la producción normativa.

Fue la Carta Magna de 1215 la raíz de una institución en nacimiento, que con el tiempo se transformó en el Parlamento. La estructura policéntrica del estado medieval es lo que crea los postulados para el nacimiento de las instituciones parlamentarias,<sup>12</sup> las cuales, a partir de entonces, comienzan a asentarse en el viejo continente, ejerciendo la función de elaboración de las leyes como una obra "conservadora", de consolidación del derecho consuetudinario y de defensa de los

10 Información disponible en: <http://www.senado.gov.br/web/historia/index.htm> (última fecha de consulta: 05.12.2003). También en: <http://www.senado.es> y <http://www.senado.es/docynot/index.html>, con amplias indicaciones de referencias bibliográficas (última fecha de consulta: 04.11.2003); <http://www.Parlamento.it/home.htm>, banco de datos bibliográficos en: <http://bpr.camera.it> (última fecha de consulta: 12.10.2003); y <http://www.Parlamento.pt/constitucionalismo/index.html> (última fecha de consulta: 05.12.2003).

11 HEREDIA MOYANO aclara la importancia de estas disposiciones: "Las cartas eran convenios entre el monarca por una parte, y la nobleza, el municipio, las corporaciones religiosas o, las menos de las veces, los súbditos, por la otra, y mediante las cuales el monarca concedía ciertos derechos o libertades. Los fueros eran privilegios de distinta índole concedidos al gobierno de la ciudad por el señor o rey. En España la más conocida de estas reglas de derecho público son a partir del año 1020, en que se dicta el Fuero de León, las otorgadas para distintas ciudades de los reinos de Castilla y León. La principal de todas es el Ordenamiento de León, de 1188, considerado por muchos superior a la Carta Magna de 1215. En Italia se dieron asimismo las Cartas de las ciudades. En Inglaterra también se van acordando Cartas desde la época de Enrique I: Carta de las Libertades (año 1100), Carta Magna (1215)."

12 Cf. COTTA, Maurizio. "Parlamento". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. *Diccionario de Política*. Madrid: Siglo veintiuno de España editores, 1983, p. 1168. Para él "A la estructura compleja y abigarrada del estado medieval corresponde la igualmente compleja de los Parlamentos medievales (subdivisión en muchas cámaras, presencia contemporánea de miembros electivos y de miembros de derecho), de la misma manera en la cual a la mayor homogeneidad nacional que en general se produce con el nacimiento del estado moderno corresponderá una mayor necesidad también en la composición de los Parlamentos."

privilegios vigentes. Con todo, su desarrollo dependía de un delicado equilibrio de fuerzas entre el poder central y los poderes periféricos.

Debido a una tradición regia de dictar normas con rango de ley, era normal que surgieran enfrentamientos entre el monarca y el Parlamento por el poder de legislar. Las dificultades de equilibrio de las fuerzas políticas causaron el declive de las instituciones parlamentarias nacidas en el Medievo. La burguesía naciente apoyaba la monarquía absoluta, que en aquel momento se presentaba como progreso con relación a los obstáculos enfrentados por los sectores económicos durante el período feudal. Así, en los siglos XVII y XVIII hubo un gran declive del poder del Parlamento en toda Europa, a excepción de Inglaterra, donde fueron conocidas las luchas entabladas entre Monarca y Parlamento, que culminaron con la victoria de este último. Sin embargo, incluso en Inglaterra hubo fervorosos defensores de la soberanía absoluta del Monarca, tales como Thomas Hobbes (1588-1679), quién argumentaba que si la autoridad suprema fuera limitada, por ejemplo entre el rey y el Parlamento, solo podría resultar el caos. Según Hobbes, lo que sea que vaya de acuerdo con la ley del soberano es *correcto*, mientras que lo que se desvía de ella es *incorrecto*. Él establecía, por tanto, *la autoridad civil y la ley como el fundamento de la moral*<sup>13</sup>.

Sin embargo, en Inglaterra el enfrentamiento entre el Parlamento y el rey culminó con el triunfo de la primacía política del Parlamento. Desde entonces, el curso ascendente del Parlamento británico fue nítido, asegurando así su predominio en el ejercicio del poder político. La victoria del Parlamento importó en la prevalencia absoluta de la *lex parlamenti* frente a las disposiciones regias<sup>14</sup> o cualquiera de los otros actos de la Administración, debido a que era soberana y a ella se sometían todos los poderes.

No obstante, cabe destacar la noción inglesa de la *rule of law*, firmada

---

13 Cf. HOBBS, Thomas en *Leviathan (Cf. Leviatán : la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo)* donde afirma que la moral requiere autoridad social, la cual debe estar en las manos del soberano. Para él, la voluntad de un poder soberano, cuya autoridad es absoluta e indivisible, constituye la única ley por la cual el comportamiento humano puede ser regulado apropiadamente. La moralidad, entonces, se basa en la ley –la ley del soberano absoluto. Sólo con la institución de un gobierno que pueda premiar las acciones correctas y castigar las incorrectas es posible la conducta moral. Sin una autoridad civil, sería estúpido y peligroso seguir los preceptos morales, mientras que con ella la moralidad se convierte en un “dictado de la razón”. En un último análisis, actuamos correctamente sólo porque ello conduce a la seguridad individual y la primera condición de la seguridad es el poder civil absoluto. Con el establecimiento de la comunidad a través del contrato social, aseveraba Hobbes, se daban las condiciones necesarias y suficientes para que se hiciera presente la moralidad. No obstante, parte de la doctrina filosófica continuaba justificando la ley como fruto de la voluntad popular y a esta corriente se la denominó “voluntarista” para diferenciar la tendencia que justificaba la ley como fruto de la razón, la “intelectualista”. Es importante resaltar que algunos autores niegan que la voluntad o la razón solas pudiera desempeñar un papel determinante o decisivo y se inclinan a considerar que aun sin decisión voluntaria no puede haber ley, ésta carece de justificación si no va acompañada de la razón. La razón de referencia es a veces estimada como una “razón natural” (Cf. FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*. Madrid: Alianza Editorial, 1986, p. 1963).

14 Con motivo de los roces entre el rey y el Parlamento -y a juzgar inspirado en Francia-, empezó a utilizarse en Inglaterra el término “*lex fundamentales*”, que según GARCÍA-PELAYO (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999, p. 23) se trataba de “más una expresión polémica para la lucha política que un concepto jurídico; no se *trataba* siquiera de leyes propiamente dichas, sino principios imprecisos”. Aclara que “La elaboración de las leyes fundamentales como concepto jurídico tiene lugar en Francia, donde aparecen, por una parte, como normas absolutamente inviolables, y, por otra, como principios constitutivos de *le plus grand, le plus noble et le plus splendide royaume de la terre.*” (p. 24)



paulatinamente en Inglaterra a partir del 1600, que suponía la autonomía de la esfera del Derecho –y no la ley aisladamente- frente al Gobierno. Asimismo, suponía “la existencia de límites implícitos: la ley o la decisión de cualquier órgano no es en la práctica ilimitada sino que se ve condicionada por una red estratificada de privilegios, costumbres, derechos y garantías procesales (esto es, el *common law*) que forman un auténtico muro secular contra los poderes estatales”<sup>15</sup>. Cabe también destacar la doctrina enunciada en 1610 por el juez Edgard Coke en el conocido *Bonham’s case*, donde reivindicaba para los jueces la tarea de garantizar la supremacía del *common law* frente a eventuales arbitrios del rey y del Parlamento<sup>16</sup>. Aunque dicha doctrina sería enteramente acogida en las colonias inglesas –y más tarde en el Estado independiente- en Inglaterra al principio quedó olvidada, prevaleciendo la doctrina de la soberanía parlamentaria. Es aún, en el derecho inglés, donde vamos a encontrar un preanuncio de la división de funciones estatales. Locke (1632-1704) ya hablaba de un Poder Legislativo que debe procurar – decía - la libertad; de un Poder Ejecutivo, que será ejercido por el rey; y de un Poder Federativo, que se ubica también en la persona del rey. Aún así, la noción de ley equivale a una autodeterminación de la colectividad sobre sí misma a través de un pacto social. De esta forma, ningún gobierno debería tener el poder de promulgar leyes para una sociedad sin el consentimiento de ésta.

Las ideas de Locke permitirían a GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>17</sup> afirmar que desde entonces es cuando va a aparecer un pensamiento institucional concreto de un poder legislativo originado en el consentimiento común y ordenado a preservar los bienes y libertades de cada uno, partiendo de la idea de que: “La libertad del hombre está en no situarse sino bajo un poder legislativo establecido por el consentimiento de la comunidad”<sup>18</sup>. Aunque existieran otros antecedentes, la idea del pacto social, tal como es formulada por Locke, representaba la concreta institucionalización del poder, divergiendo frontalmente con las ideas de Hobbes, ya que el pacto social no representa una completa alineación que habilitaría un poder absoluto; al contrario, la finalidad del pacto sería “la mutua preservación de las vidas, libertades y propiedades de quienes lo conciertan”. Precisamente por esta razón el pacto mantendría la libertad en tanto que sociedad no estaría sometida a un Derecho que no representase el consentimiento común<sup>19</sup>.

15 Cf. ASENSI SABATER, José. *Constitucionalismo y Derecho Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 25/26, que afirma: “Para hacer posible este sistema, es preciso, que exista un poder judicial independiente del poder político y vinculado a *common law*, un derecho del que los jueces son conservadores o depositarios (...) La *rule of law* no solo expresa el imperio de la ley sino, sobre todo, el imperio del derecho en cuanto que ideal de justicia.”

16 Específicamente sobre la producción normativa en Inglaterra, cuyo sistema de fuentes podría remitir a una idea clásica del *common law* casi exclusivamente fundado en los precedentes jurisprudenciales, esclarece LUCIO PEGORARO (Cf. *Le fonti nel diritto comparato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000, p. 32-33.) que dicho sistema, por sí solo, ha sido incapaz de atender a las exigencias de las rápidas transformaciones sociales del siglo XIX, que solamente podrían ser respondidas por una prolífica producción legislativa: “*La storia del diritto inglese conobbe un’epoca di profunde trasformazioni tra il XIX e il XX secolo. Sotto l’infusso del pensiero di Jeremy Bentham e il trionfo dell’idea di democrazia, l’attività legislativa conobbe uno sviluppo senza precedenti recando, con ciò, radicali riforme nel sistema di common law e, tra l’altro, proprio nel sistema giudiziario*”.

17 Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *El Derecho, la Ley y el Juez*. Madrid: Civitas, 1979, p. 29.

18 Son palabras de LOCKE extraídas por GARCÍA DE ENTERRÍA (Cf. *op. cit.* p. 28) de su *Two Treatises of Civil Government* (§ II, 4, 19, 22, 95, esencialmente).

19 En Locke, el poder legislativo ya representaba un poder supremo, pero de carácter restringido por la propiedad y libertad. Así, debería actuar mediante leyes fijas y promulgadas que no deberían ser modificadas en

Sin embargo, es con Montesquieu (1689-1755) cuando la teoría clásica de la división de poderes se va a consagrar con la asignación clara y precisa de cada función capital del Estado a un órgano específico. A partir de entonces se empieza a sedimentar la idea de que las leyes deben estar a cargo de un poder legislativo, constituido con el fin específico de la elaboración de las normas que deben regir la vida en comunidad dentro del Estado.

Locke y Montesquieu son considerados como los precursores del Constitucionalismo moderno y, aunque Montesquieu era de nacionalidad francesa, fue a través de datos alcanzados en razón de la observación del sistema de organización estatal inglés<sup>20</sup> como elaboró su célebre teoría de la división o separación de poderes. Es más que conocido el pensamiento de Montesquieu, expresado en su *Del Espíritu de las Leyes*, que establece que “el valor político supremo es la libertad, el mayor enemigo de la libertad es el poder ya que todo poder tiende al abuso, pero como el poder solo puede ser detenido por el poder es necesario neutralizar su abuso dividiendo el ejercicio de tal poder en distintos órganos”.

No caben dudas acerca de que Montesquieu ocupa un lugar privilegiado en cualquier estudio del pensamiento político del siglo XVIII por la enorme influencia que su teoría ejerció<sup>21</sup>. Tras definir las leyes como relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas e identificarlas con la razón<sup>22</sup>, concluyó que las leyes han de ser adecuadas a la naturaleza y condiciones de cada pueblo. De esta forma estableció el programa de su obra *Del espíritu de las leyes*, donde trató de construir una Ciencia del Legislador<sup>23</sup>, no solo ofreciendo un conocimiento científico para que se consagre su arte en la elaboración de las leyes, sino con la intención de poner en

---

casos particulares presentándose iguales para todos. “...sea cual sea la forma que adopte un Estado, el poder supremo debe gobernar según leyes declaradas y aprobadas, y no mediante dictados extemporáneos y resoluciones arbitrarias”. (Cf. *Segundo Tratado del Gobierno Civil*. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo. Madrid: Alianza Editorial, 2003, cap. 11, especialmente p. 146).

20 Cf. GARCÍA-PELAYO, Manuel. División de poderes. En: GONZALEZ ENCINAR, José Juan; NOHLEN, Dieter. *Diccionario del Sistema Político Español*, Madrid: Akal Editores, 1984, p. 228-239 y *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit. p. 27. quién esclarece que los datos que Montesquieu reunió de la observación de la Constitución inglesa fueron interpretados y ordenados de acuerdo con los métodos de las *Regulae Philofophandi* de Newton.

21 Aclara PEREZ ROYO (*Curso de Derecho Constitucional*, 8ª ed. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2002, p. 730) que “la exposición de Montesquieu no es ni desde el punto de vista histórico ni jurídico una descripción acertada de la Constitución inglesa a mediados de XVIII, es algo pacíficamente admitido por la doctrina” y hace referencias a algunas críticas, incluso irónicas, como la de W.A. Robson en su obra *Justice and Administrative Law*. Sin embargo, aclara aún que “esto tiene poco que ver con la teoría de la separación de poderes. Independientemente de lo poco acertado que Montesquieu estuviera al describir la Constitución inglesa, de lo que cabe poca duda es que suministró la *teoría liberal de la división de poderes*, que sería el punto de partida desde entonces para todas las constituciones sin excepción y que sería además el punto de referencia del constitucionalismo monárquico europeo del XIX. Incluso *El Federalista*, que formulará una teoría de la división de poderes muy distinta de Montesquieu, una *teoría democrática de la división de poderes*, se apoyará en la autoridad del escritor francés al que califica con el término de “oráculo”. Montesquieu interesa como teórico del Estado Constitucional, no como historiador de la Constitución inglesa”.

22 Para Montesquieu “la ley, en general, es la razón humana en cuanto que gobierna a todos los pueblos de la tierra; las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares a los que se aplica la razón humana” *Esprit des Lois*, Libro I, cap. III. Versión española con Introducción de Enrique Tierno Galván y traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Madrid: Tecnos, 1993.

23 *Del Espíritu de las Leyes*, op. cit. Libro XXIX.

sus manos un conocimiento instrumental y práctico que le permita ejercer con racionalidad, eficacia y justicia el arte de la política<sup>24</sup>. Así, distinguió varios agentes físicos como factores de determinación sobre el “espíritu”, tanto individual como general. “Varias cosas gobiernan a los hombres: el clima, la religión, las leyes, las máximas del gobierno, los ejemplos de las cosas pasadas, las costumbres, las maneras; de las que se forma un espíritu general que resulta de ellas”<sup>25</sup>. Con el propósito de justificar la actividad del legislador, el método diseñado por Montesquieu no pretendió que el legislador únicamente reprodujera lo dado, sino que en su actividad se sometiera a los límites de la naturaleza, sin lo cual perdería eficacia y correría riesgos innecesarios.

Montesquieu contrapuso nítida y abstractamente los usos de las leyes, aunque esta contraposición no quedó inmune a acusaciones de ambigüedad y confusiones. Para él “las leyes son establecidas, las costumbres son inspiradas; éstas dependen más del espíritu general, aquéllas dependen más de una institución particular; ahora bien, es tanto o más peligroso invertir el espíritu general que cambiar una institución particular”<sup>26</sup>. Según Montesquieu, las leyes tienen un *status* de objetividad que trascienden las circunstancias. Es por esto que son más universales que las costumbres, y es esta objetividad -la que, no obstante, ha de adecuarse al espíritu de cada pueblo- lo que hace que la ley sea un instrumento de reforma del mismo espíritu. El triunfo de la ley sería, entonces, el final de la sociedad de los usos, que Montesquieu se inclinaba a conceptuar como despotismo. En el Estado despótico habría menos leyes, en razón de que se exigiría mayor respeto a las costumbres<sup>27</sup>.

Debemos notar que la teoría de la división de poderes, pensada por Montesquieu como equilibrio y contrapeso entre los mismos y garantía de la libertad individual<sup>28</sup>, insiste en la efectiva separación entre el legislativo y el ejecutivo: “Cuando el poder ejecutivo y el legislativo coinciden en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistratura no hay libertad”<sup>29</sup>. En Montesquieu, los poderes aptos para la tarea de configuración política quedaban en el ejecutivo y el legislativo, ya

24 Cf. BERMUDO ÁVILA, José Manuel. In Introducción a obra de CONDILLAC, Étienne Bonnot. *De las Leyes*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 57.

25 *Del Espíritu de las Leyes*, *op. cit.*, libro XIX.

26 *Del Espíritu de las Leyes*, libro XIX, cap. XII.

27 Cf. BERMUDO ÁVILA, *op. cit.*, p. 52-53. No obstante, es el mismo autor que destaca el pensamiento de CONDILLAC (CONDILAC, Étienne Bonnot. *De las Leyes*. Traducción al español de José Manuel Bermudo Ávila. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 81) para quien las primeras leyes positivas no fueron mas que los usos corregidos.

28 Esto es, de la seguridad que debe tener todo ciudadano por el hecho de vivir en sociedad (PEREZ ROYO, *op. cit.* p. 484)

29 (*Del Espíritu de las Leyes*, *op. cit.*, libro XI, cap. VI). Comentando sobre la idea de libertad de Montesquieu, BERMUDO ÁVILA (*op. cit.* p. 59) afirma que, para el célebre autor, la *libertad* “quiere decir ausencia del miedo, que ningún ciudadano tenga miedo de ningún otro ni de las instituciones, y cree que ello sólo se consigue con el equilibrio de los poderes”. Sin embargo, es el propio Montesquieu quién aclara: “La libertad es el derecho a hacer todo lo que las leyes permiten; si un ciudadano pudiese hacer lo que las leyes prohíben, no habría libertad, porque los otros tendrían igualmente este poder” (*op. cit.* Libro XI, cap. III). Posteriormente, Rousseau (1712-1778) se deslizará de la *libertad* a la *igualdad*, afirmando en el *Contrato Social* (II, 4) que la libertad de los individuos estará garantizada en la medida en que se confunde con la igualdad de todos ante la ley, con lo que al ser todos los individuos iguales por el contrato social (III, 16) y alienarse todos y cada uno de ellos, la condición es la misma para todos.

que el poder judicial se limitaría a ser la “boca que pronuncia las palabras de la ley”. Así, atribuía al monarca el poder ejecutivo, y el poder legislativo debería ser confiado a unas asambleas integradas por el cuerpo de la nobleza, que formará la Cámara Alta, y el pueblo, que formará la Cámara Baja, y, salvo alguna excepción, deberían actuar como colegisladores. No obstante, la crítica registra que mismamente en la teoría de Montesquieu no era posible separar totalmente las funciones entre sí<sup>30</sup>.

Ahora bien, aunque consintamos que en la Antigüedad se conoció la tripartición de poderes como estructuración de las funciones del Estado en Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial<sup>31</sup>, está claro que es a partir de Montesquieu cuando será consagrada la teoría de la separación de poderes y, consecuentemente, a partir de esa consagración, cuando se va a difundir la idea de que la ley debe ser el producto de un órgano a quien le compete, con exclusividad, la potestad legislativa, destronando de esta forma el pensamiento absolutista. Es más, el Estado Constitucional (como forma de organización del Poder) nacía allí, concomitantemente con la teoría de la división de los poderes<sup>32</sup>.

Así, el análisis que concretamente Montesquieu hizo de la Constitución inglesa se convirtió en dogma, de tal manera que los Padres Fundadores de la Constitución americana percibieron en él un fundamento de extraordinario peso y que había de realizarse por medio de un “sistema de colaboración funcional de órganos independiente entre sí en el plano organizacional”<sup>33</sup>. Según el sistema que denominaron *checks and balances*, existía la posibilidad de frenar un ejecutivo, eventualmente desorbitado, como aún permitiría el control del legislativo, contemplado por los *Founding Fathers* con especial desconfianza, motivada por una supuesta tendencia a la usurpación del poder.

Aun habiendo sido muy combatida y, por cierto, sin representar un dogma absoluto, la verdad es que la teoría de la separación de los poderes se transformó en uno de los cánones del Derecho Constitucional, pasando - desde la Constitución de Virginia de 1776 y posteriormente la Constitución Federal de 1787- a ser

30 Críticas siempre existieron. Desde los artículos de *El Federalista* (1787-8), James Madison ya afirmaba que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial no son en absoluto totalmente independientes y distintos entre sí y concluía que Montesquieu “no quería decir que esos poderes no deben tener ninguna ingerencia parcial, o ningún control sobre actos unos de los otros”. Claudia Von Braunmühl, refiriéndose a la obra de Montesquieu, afirma que las tres funciones “están entreveradas y se encuentran abocadas recíprocamente en el desarrollo de la dominación: a través de su veto el monarca puede influir sobre la legislación, la cámara aristocrática dispone de competencias judiciales y el Poder legislativo, a través de las apropiaciones anuales y del derecho de acusar a los consejeros reales ante la Cámara aristocrática, toma parte en la administración” (VON BRAUNMÜHL, Cláudia. *División de Poderes*. In: GÖRLITZ, Axel. *Diccionario de Ciencia Política*.) (versión española: Jaime Nicolás Muniz y Germán Gómez Orfanel. Madrid: Alianza Editorial, p. 176).

31 Así en Platón, Aristóteles, Polibio, Cicerón. (Cf. PEREZ ROYO, *op. cit.*, p.728; CLAUDIA VON BRAUNMÜHL, *op. cit.* p. 174)

32 Cf. PEREZ ROYO, *op. cit.* 2002, p. 727. Sin embargo, cabe resaltar que para los patrones europeos de la época, la Constitución era concebida solamente como forma de organización de los poderes y enunciación de la titularidad de la soberanía, no tenía el rango de norma jerárquicamente superior a las leyes a quien estas deberían respetar. (Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. In VV.AA. *Constitución y Constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*. Caracas: Fundación García-Pelayo, 2000, pp. 67-91).

33 FAENKEL citado por Claudia Von Braunmühl, *op. cit.* p. 176.

considerada como componente esencial de una verdadera Constitución, como resultaría establecido por el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “ Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

Es interesante observar que la Declaración del 26 de agosto de 1789 fue considerada en Francia como superior y anterior a la propia Constitución de 1791, de la cual pasó a formar parte. De esta forma, la supremacía de la Constitución en Francia fue neutralizada por la “supremacía de la ley”. Como observa GOMES CANOTILHO, el Estado constitucional francés se transmutaría en simple ‘Estado legal’, firmándose la soberanía o primado de la ley con base en la doctrina de la soberanía nacional, expresada por la Asamblea Legislativa. En razón de la primacía de la ley, erigida a la categoría de “principio”, todos los ciudadanos tenían la garantía de que la ley solamente podría ser editada por el poder legislativo, como órgano representativo de la voluntad general (Art. 6º de la Declaración). Así, en virtud de su dignidad -por ser obra de los representantes de la nación- la ley se presentaba en el sistema de fuentes con rango jerárquicamente superior, sometiendo el poder político del Ejecutivo a su conformidad<sup>34</sup>.

Aunque en Francia la limitación del poder a través de la ley acabase neutralizando la supremacía de la Constitución<sup>35</sup>, fue a partir de la Declaración de 1789 cuando la gran mayoría de las constituciones del mundo occidental – aunque presentasen matices diversos - consagraron los principios ligados a los ideales liberales de la época: principios democrático, representativo, de la separación de poderes, igualdad jurídica y respeto por los derechos personales. Se empieza a prever expresamente la separación de las funciones estatales, confirmando la función de elaborar las leyes exclusivamente a un poder legislativo, constituido especialmente para este menester<sup>36</sup>. Sin embargo, esto no significa que siempre

34 GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 91.

35 Lo que condujo a que juristas franceses como CARRÉ DE MALBERG, Raymond. (**Teoría general del Estado / R. Carré de Malberg; versión española de José Lión Depetre**. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1948) entendiesen el Estado de Derecho francés como “Estado Legal” o “Estado de legalidad” relativamente eficaz en el cumplimiento de la Administración, pero incapaz de comprender la supremacía de la Constitución (Cf. GOMES CANOTILHO, *op. cit.* p. 92).

36 Establecido en la **Constitución de Cádiz de 1812**:

“Art. 13. El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen.

Art. 14. El Gobierno de la Nación española es una Monarquía moderada hereditaria.

Art. 15. La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey.

Art. 16. La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey.

Art. 17. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley.”;

**Costituzione di Sicilia Del 1812:**

“II. Che il potere legislativo risiederà privatamente nel solo Parlamento. Le leggi avranno vigore, quando saranno da Sua Maestà sanzionate. Tutte le imposizioni di qualunque natura dovranno imporsi dal Parlamento, ed anche avere la Sovrana Sanzione. La formola sarà veto, o placet, dovendosi accettare o rifiutare dal re, senza modificazione.

III. Che il potere esecutivo risiederà nella persona del re.

IV. Che il potere giudiziario sarà distinto ed indipendente dal potere esecutivo e legislativo, e si eserciterà da un corpo di giudici e magistrati. Questi saranno giudicati, puniti, e privati d'impiego per sentenza della Camera de' Pari, dopo l'istanza della Camera de' Comuni, come meglio rilevasi dalla Costituzione d'Inghilterra, e più estesamente se ne parlerà nell'articolo Magistrature.”

**Constitución de Portugal de 1822:**

“Art. 30. Estes poderes são legislativo, executivo, e judicial. O primeiro reside nas Cortes com dependência da sanção do Rei (art. 110, 111 e 112.) O segundo está no Rei e nos Secretários de Estado, que o

haya sido pacífica o armoniosa la coexistencia del Ejecutivo y el Legislativo como Poderes del Estado, entonces separados e independientes. Las primeras experiencias liberales fracasaron en sus intentos iniciales, pues aún prevalecían en algunos Estados europeos los ideales absolutistas, lo que prueba que nunca fue pacífico el entendimiento de que solamente al Poder legislativo le podría ser conferido el poder para elaborar las leyes, con exclusión de cualquier otro órgano.

Con todo, es en el Liberalismo donde se va a afirmar el carácter representativo del Parlamento, rechazando la idea de que las leyes pudieran ser impuestas por los gobiernos<sup>37</sup>. Además, será el sistema representativo liberal el que condicionará la representación parlamentaria a la prohibición del mandato imperativo, asentando la idea de que el diputado, o incluso la propia asamblea, puedan estar vinculados en sus decisiones por mandatos o instrucciones de terceros.

Sin embargo, es cierta la existencia de voces célebres que negaban el carácter representativo del Parlamento. En Rousseau, por ejemplo, la superioridad del pacto social aparecerá como límite frente al legislador. El único soberano es el pueblo entero. La negación de la representación conduce a una democracia directa. Si el pueblo elige a sus representantes, los escogen por haberse constituido como pueblo: El Estado, en el que el pueblo delega sus poderes, no es más que el instrumento de la ejecución de sus fines; la ley a la que obedece no es más que la expresión de la voluntad general, que reúne así la universalidad de la voluntad y de su objeto, porque lo que generaliza la voluntad es menos el número de voces que el interés común que las une<sup>38</sup>.

Las leyes en Rousseau serán leyes capaces de producir la restitución de la libertad absoluta del hombre, ya que: “cada uno uniéndose a todos, no obedece, sin embargo, más que a sí mismo y permanece tan libre como antes”<sup>39</sup>. Las ideas de Rousseau influirán fuertemente sobre la construcción revolucionaria francesa y enseguida marcarán a todo el continente europeo. Los revolucionarios franceses establecerían una relación directa entre la democracia y la ley, lo que mantendrá su prestigio como instrumento de ordenación social aún cuando la participación

---

*exercitam debaixo da autoridade do mesmo Rei. O terceiro está nos Juizes.*

*Cada um destes poderes é de tal maneira independente, que um não poderá arrogar a si as atribuições do outro”;*

Aún en Brasil, en la **Constitución imperial de 1824**:

*“Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.”*

37 Según JIMÉNEZ CAMPO “para el liberalismo, el carácter representativo de las instituciones políticas –del Parlamento, sobre todo- y la primacía de la ley son dimensiones inseparables. La Ley es norma suprema por su esencia misma y porque, adoptada por la representación nacional, posee una cierta estructura lógico-política (generalidad, abstracción, universalidad y, en última instancia, concordancia con el interés general) y se ha formado tras un determinado procedimiento (deliberación, discusión pública, decisión mayoritaria) que permitiría ver en ella la conciliación entre los intereses en que la sociedad aparece escindida.” (JIMÉNEZ CAMPO, Javier. “Ley” en GONZALEZ ENCINAR, José Juan; NOHLEN, Dieter (directores). *Diccionario del Sistema Político Español*. Madrid: Akal Editores, 1984. p. 481-489).

38 *Le contrat social* 1762. II, 4.

39 Son palabras de ROUSSEAU que GARCÍA DE ENTERRÍA (Cf. *El Derecho, la Ley y el Juez*. op. cit. p. 28) extrajo del *Discours sur l'Économie politique*. Para GARCÍA DE ENTERRÍA fue con Rousseau cuando el mecanismo que instituye un “Poder Legislativo” resulta más explícito que en Locke, ya que Rousseau propuso un concepto de ley enteramente nuevo entendido como la decisión del pueblo sobre todo el pueblo al que el denominó “voluntad general”.

ciudadana en la formación de ésta fue apenas simbólica a través de la representación popular. La ley es la manifestación de la voluntad general y eso conlleva que “Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por sus representantes a su formación” (Artículo 6º de la Declaración de 1789).

No cabe entrar aquí en la discusión sobre el sistema de representación<sup>40</sup> liberal o moderno, al revés, nos interesa destacar que a partir de aquel momento gana fuerza la idea de que la ley es soberana; en términos roussonianos: es la única “expresión de la voluntad general” y el Parlamento se presenta configurado como insuperable instancia legitimadora del orden político liberal<sup>41</sup>.

La Revolución Francesa ha dado origen, aún en el siglo XVIII, a un derecho muy individualista donde el hombre goza del máximo de libertad. Los ideales individualistas dieron paso a un movimiento de codificación del Derecho. El iusnaturalismo, con su Derecho natural, las costumbres y todas las demás fuentes del Derecho hasta entonces conocidas, quedan reducidas a la palabra escrita y codificada. El *jus* se reduce a la *lex*, alejando la interpretación o cualquier otra forma de creación del derecho que no fuera la propia ley escrita. Los códigos dominan el siguiente siglo. En consecuencia, crece el poder político de los legitimados a elaborar las leyes, lo que hará más conflictivas las disputas por dicho poder. “La cuestión esencial del orden político pasa a ser así la titularidad del poder legislativo, ese poder mágico que rectificaría todas las iniquidades de la historia y del que surgiría el hombre nuevo, gobernado sólo por la libertad”<sup>42</sup>. No obstante, el positivismo jurídico ha roto el vínculo entre Derecho y moral<sup>43</sup>. La ley sería justa por el simple hecho de haber sido elaborada por el Parlamento soberano.

Ahora bien, el siglo XIX fue concebido como el siglo del apogeo del Parlamento, llegando incluso a ser definido como el siglo de oro del Parlamento. Es en este período cuando los Parlamentos europeos consiguen su glorificación. Los Parlamentos de Inglaterra, Francia (a excepción de los períodos imperiales, donde la ley era, en verdad, la expresión del Emperador), Bélgica, Holanda e Italia se convirtieron en el centro del debate político y, progresivamente, fueron extendiendo su influencia sobre el gobierno, que hasta ese momento había sido expresión del poder regio<sup>44</sup>. Evidentemente, este es un pasaje que no fluye sin conflictos: sus

40 Sobre el asunto, consúltese ASENSI SABATER, José. *Constitucionalismo y Derecho Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 21 y MANIN, Bernard. *Los principios del Gobierno representativo*. Madrid: Alianza editorial, 1998.

41 Para PEDRO DE VEGA, el Parlamento en el orden liberal “es concebido como un órgano de la sociedad, que traduce y expresa en su estructura y funcionamiento los criterios que definen la racionalidad social. Jellinek seguiría definiendo al Parlamento, en su ‘Teoría General del Estado, como un órgano de la sociedad’”. (Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual. En MONREAL, Antoni; VEGA GARCÍA, Pedro de; PORTERO MOLINA, J.A. *La división de Poderes: el Poder Legislativo*. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials; [Lérida] : Universitat de Lleida, 1998, p. 19).

42 Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 1999, reimpresión 2000, p. 31-32.

43 Para ROBERT ALEXY (*El concepto y la validez del derecho*. Versión española de Jorge M. Seña. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 13): “Todas las teorías positivistas sostienen la *tesis de la separación*. Según ella, el concepto de derecho debe ser definido de forma tal que no se incluya ningún elemento moral. La tesis de la separación presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, entre aquello que ordena el derecho y aquello que exige la moral o entre el derecho que es y el derecho que debe ser.”

44 Cf. COTTA, Maurizio. “Parlamento”. En: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. *Diccionario de Ciencia Política*. Madrid: Siglo veintiuno de España editores, 1983, p. 1169.

ciclos están marcados por votos de censura parlamentarios, por disoluciones anticipadas de las cámaras por parte de los gobiernos intentando frenar este desarrollo, por verdaderas crisis constitucionales. Aún así, la doctrina anglo-francesa enunciaba la *soberanía del Parlamento*.

Al inicio del siglo XX, la gran mayoría de los conflictos todavía existentes en Europa entre Monarquía y Parlamento se resuelven a favor del Parlamento, comenzando a proliferar las instituciones parlamentarias con gran diversidad de formas, ya que estaban inspiradas en realidades políticas completamente distintas. Prácticamente en toda Europa el mundo jurídico de entonces estaba encabezado por la ley, aunque fueran grandes las diferencias políticas en el ámbito interno de los países europeos<sup>45</sup>. El Estado consistía en la organización de funciones y la Constitución representaba tan sólo el correlato de esta organización<sup>46</sup>. La superioridad de las leyes era incontestable, y el objetivo de la Constitución era casi únicamente establecer quién poseía el poder para elaborar las leyes, en las cuales residiría el inicio y ápice del ordenamiento jurídico positivo. En términos generales, este poder supremo para elaborar las leyes residía en el Parlamento o Asamblea Legislativa, cuya regulación (origen, formación, organización, competencias, relación con los demás poderes) es objeto esencial de la Constitución.<sup>47</sup> No existían límites que vincularan al legislador en su potestad legislativa y la ley elaborada por el Parlamento poseía la característica de ser omnipotente. Era, incluso, la más importante forma de creación del Derecho, ya que las restantes fuentes eran consideradas tan solo como subsidiarias y desproveídas de aplicación o validez que no fuera otorgada por las leyes. De este modo, el Parlamento y sus leyes lo podrían todo “menos convertir a un hombre en una mujer y viceversa”<sup>48</sup>. En la vieja tradición dogmática continental, primacía y omnipotencia de la ley aparecían, en aquel momento, con límites difuminados<sup>49</sup>.

45 Diferencias que conllevarían la implantación de regímenes como el comunista en 1917, el fascista en 1923 y posteriormente el nazismo, que convergiría en la 2ª Gran Guerra.

46 Por supuesto, se trata de un concepto de Constitución heredado de la Revolución liberal-burguesa, pero cabe notar que igualmente para aquellos considerados como contrarrevolucionarios o anti-revolucionarios como EDMUND BURKE, el concepto de Constitución no era distinto. Para él, lo que hace surgir la Constitución de un Estado es la necesidad de atender a las conveniencias del gobierno: esto envuelve la debida distribución de los poderes, que representa una materia de las más delicadas. (Cf. BURKE, Edmund, *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*. Traducción al español de Enrique Tierno Galván. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954, *passim*).

47 Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA (El valor normativo de la Constitución. En: *Constitución y Constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*. Caracas: Fundación Manuel García Pelayo, 2000, p. 70) que aclara: “Esta perspectiva alcanzará su clímax, su expresión más alta, en la concepción Jacobina [que influenció todo el continente europeo]: la Asamblea, como único representante del pueblo, reúne todos los poderes, es titular absoluto de la soberanía y desde esta titularidad puede hacer y deshacer a su placer, sin que le resulte oponible ninguna supernorma capaz de oponerse a su omnipotencia; el art. 16 de la Declaración, que enunciaba un contenido teórico de la Constitución y su superioridad sobre el legislador, cede para centrarse en ese dogma de la soberanía. La Asamblea, como representante del pueblo, queda investida de todos los poderes de manera absoluta, todos los que al pueblo originario corresponden, que nadie podría condicionar.”

48 La máxima es más que conocida para ilustrar la *soberanía* conferida al Parlamento inglés, aunque pueda ser extendida a todos los Parlamentos liberales. No obstante, es difícil precisar su exacta autoría ya que, como aclara ALZAGA VILLAAMIL, la célebre expresión aparece en la literatura siendo atribuida tanto a Delolme como a Blackstone. (En: ALZAGA VILLAAMIL, Oscar; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio; RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge. *Derecho Político español según la Constitución de 1978*. Tomo I: Constitución y fuentes del derecho. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, p. 282).

49 DIEZ-PICAZO, Luis María. “Concepto de Ley y tipos de Ley”. *REDC*. Año 8. n.ºm. 24. septiembrediciembre 1988, p. 47-93.



Ahora bien, con el crecimiento del régimen parlamentarista en los países europeos, quedó relegada a segundo plano la discusión sobre qué Poder estatal debería ser titular exclusivo de la potestad legislativa, considerando que, generalmente, la ley aprobada por el Parlamento representaba - y representa todavía - el producto del previo pacto firmado entre el gobierno y la mayoría parlamentaria. La ley, entonces, pasará de ser la *expresión de la voluntad general* a la *voluntad de la mayoría*<sup>50</sup>, que más tarde será discutida abriendo camino a una protección de las minorías frente a los abusos cometidos por dicha mayoría, tal como veremos en este capítulo.

Igualmente, el positivismo legalista instaurado con la codificación llevada a cabo a lo largo del siglo XIX empezará a ser cuestionado frente a la reducción absoluta del Derecho a una ley formal y casuística que no admitiera siquiera proceso interpretativo. Esto ocurre, principalmente, en razón de una creciente consagración de la jurisprudencia que supo utilizar la técnica de aplicación de los principios generales del Derecho como fuente subsidiaria en defecto de la ley, dando paso a una interpretación del ordenamiento jurídico. GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>51</sup> afirmó que: “El intento de separar en dos planes incommunicables la estructura del Derecho, uno material y político, donde se efectuarían las valoraciones de intereses y de valores que concluyen en una regla legal determinada, y otro puramente mecánico, que, sin tener que retornar para nada a ese proceso reservado al Poder Legislativo, se limitaría a la simple subsunción de la regla legal formalizada al caso concreto, plano este último reservado al juez, quedaba así definitivamente roto, y con esa ruptura se rompían también las bases mismas del positivismo jurídico”.

El método interpretativo consagrado por el positivismo fue el de la subsunción de la premisa más grande (norma jurídica) sobre la premisa más pequeña (el hecho), donde fácilmente se llegaba a una conclusión (la decisión jurídica). Sin embargo, el hecho de pretender reducir la ciencia de Derecho a la simple hermenéutica del texto de las leyes ha sido la causa más relevante de la superación definitiva del positivismo jurídico escrito. “¡El legalismo exacerbado ha matado definitivamente al positivismo! Consecuencia inesperada del predominio formal absoluto de las Leyes, con el que se pensó llegar eliminar a todas las demás fuentes del Derecho”<sup>52</sup>.

Es cierto que con el éxito de la codificación se llegó a pensar que el problema de la ordenación social podía ser resuelto con la instauración de un cuadro normativo sistemáticamente perfecto y estable, donde cualquier problema que se pudiese plantear encontrara su solución. Sin embargo, la tendencia natural del Estado de reglamentar todo ha provocado una multiplicación incontenible de las leyes, en lo que Carl Schmitt denominó “legislación motorizada” y Ortega calificó de “legislación incontinente”. Los preceptos adoptados por la gran mayoría de los

50 Cf. ALZAGA VILLAAMIL establece que: “Permítasenos enfatizar algo obvio, la dialéctica política de nuestro tiempo no se desenvuelve entre Parlamento y gobierno, sino entre la mayoría que sostiene el Gobierno y la oposición, que aspira alcanzar el Gobierno...” (*Derecho Político...op cit.* p. 295).

51 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *El Derecho, la ley y el Juez. Dos Estudios*. Madrid: Civitas, 1997, p. 46.

52 Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 1999, reimpresión 2000, p.103.

códigos civiles, según los cuales la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, ha transformado los hombres libres en posibles reos de diversas clases de delitos, ya que toda la vida en sociedad aparece inundada por una marea de leyes y reglamentos que se hacía (y se hace) difícil conocer. “La legislación se ha hecho cada vez más fecunda, y en los últimos tiempos se ha convertido en una ametralladora que dispara Leyes sin cesar. Esto trae consigo que el individuo no pueda proyectar su vida, y como la función más sustantiva del individuo es precisamente eso: proyectar su propia vida, la legislación incontinente le desencaja de sí mismo, le impide ser”<sup>53</sup>.

Ante dicha crisis legalista, la ley empezará entonces a ser destronada en los ordenamientos de *civil law*, y poco a poco comienza la recepción europea de la concepción americana de la Constitución, ya que la única forma de protección de los derechos fundamentales sería insertarlos en una norma superior e inmune a la ley. De igual forma, “el Poder Legislativo, dominado por los partidos y escenario predominante de sus luchas pugnales, ha dejado de ser el depositario indiscutido y seguro de una voluntad nacional común. Es más, ha sido preciso situar a su lado otra expresión superior de verdadero pacto social básico, receptor y regulador de los verdaderos valores superiores en que una comunidad se funda y sobre los cuales, frente a cualquier otra instancia, ha de funcionar”<sup>54</sup>.

De momento nos interesa la constatación de que en Europa, tal y como ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>55</sup>, antes de la Segunda Guerra Mundial, la Constitución no era una norma invocable ante los Tribunales, en verdad ni siquiera poseía el rango de norma en el sistema de fuentes. Solamente las leyes poseían valor normativo y eran capaces de enunciar verdaderas normas jurídicas. Sin embargo, a partir de la Segunda Guerra Mundial, el Constitucionalismo europeo se consolidará y amparará fuertemente la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho, empezando por la Constitución francesa de 1946, que en su artículo 1º definía la República como indivisible, laica, *democrática y social*; la Constitución italiana de 1948 en el artículo 1º establece que la república se funda en el trabajo, persigue objetivos de igualdad sustancial entre los ciudadanos (art. 3º), reconociendo el derecho al trabajo y promoviendo las condiciones que lo hagan efectivo (art. 4º); La Ley Fundamental de Bonn de 1949, en su artículo 20.1, define el Estado como *Democrático y social*<sup>56</sup>.

---

53 Palabras de Ortega pronunciadas en la Conferencia de Darmstaad *Individuo y organización* en 1953. *Apud* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 1999, reimpresión 2000, p. 48.

54 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 1999, reimpresión 2000, p. 42.

55 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “El valor normativo de la Constitución Española de 1978”. In VV.AA. *Constitución y Constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*. Caracas: Fundación García-Pelayo, 2000, pp 67-91.

56 Es importante resaltar que estos textos de la posguerra influenciaron directamente a Constituciones más recientes como la de Portugal de 1976. La Constitución española de 1978, en su art. 1º, establece que: “España se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho”. En la Constitución brasileña de 1988, aunque afirma que Brasil se constituye en un Estado Democrático de Derecho, establece como uno de sus fundamentos los valores sociales del trabajo y, además, reserva un Título especial (TÍTULO VII) para el *orden social* que disciplina en ocho capítulos.

La mutación del Estado en Estado Social del Derecho exigirá una mayor intervención en la vida social y provocará nuevos problemas en el concepto de la ley<sup>57</sup>, principalmente en Alemania e Italia, donde la experiencia comprobó que la ley puede llegar a transformarse en una herramienta que puede ser utilizada con fines muy dispares y contrarios a la libertad y al bienestar de la sociedad. Por esta razón, al legislador, puesto que ya no es merecedor de confianza ilimitada, se le imponen límites, como el de no afectar al *contenido esencial* de los derechos fundamentales del individuo, que pasan a incorporar los textos constitucionales. No obstante, la desconfianza no estará dirigida únicamente hacia el Poder legislativo, también al ejecutivo le falta confianza, dando lugar a que las Constituciones establezcan la llamada *reserva de ley* para determinadas materias, que de esta forma escapan del poder normativo y del ejecutivo, pudiendo ser tratadas exclusivamente por el legislador.

La transformación del Estado Liberal en Estado Social no conllevó una modificación estructural en las formas de gobierno, permaneciendo las mismas<sup>58</sup>, pero presupone una conducta estatal basada ahora en la acción integrada de los poderes públicos con el objetivo de reparar determinadas “injusticias”, asegurando jurídicamente a los ciudadanos asistencia y sustento de sus necesidades mínimas. Así, en el sistema parlamentario, la relativa preponderancia del Ejecutivo frente al legislativo se justifica en virtud de la necesidad de garantizar la gobernabilidad en un sistema que se legitima, principalmente, por sus prestaciones sociales. No obstante, sin duda, en el sistema parlamentario siempre fue muy sutil la línea que separa las actividades esenciales del Legislativo en confrontación con las necesidades de gobierno.

Aún así, ya no es solamente al Legislativo y al Ejecutivo a quienes se deberá someter la ley, también los jueces empezarán a jugar un importante papel en el control de las leyes y, de esta forma, “El principio positivista de que el Derecho era el producto propio y exclusivo del legislador quedaba así absolutamente degradado y relativizado”<sup>59</sup>.

---

57 Igualmente, crecen las teorías no positivistas que sostienen la *tesis de la vinculación* según la cual el concepto de derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales. Cf. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Versión española de Jorge M. Seña. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 14.

58 Cf. ASENSI SABATER. *op. cit.* p. 42. “Permanecen sus dos esquemas institucionales básicos: el parlamentarismo en Europa y el presidencialismo en Estados Unidos”. Destaca que el presidencialismo no ha sufrido cambios apreciables debido a que el modelo estadounidense nació con una base pluralista, fácilmente adaptable a la heterogeneidad de intereses de la sociedad norteamericana y, al revés, el parlamentarismo ha tenido más problemas para adaptarse a las condiciones del estado Social: la “centralidad” del parlamentarismo se ve afectada ante la dificultad de alcanzar mayorías políticas estables y por dispersión y heterogeneidad de las demandas de la sociedad.

59 Palabras de FERNANDEZ SEGADO en: *La giustizia costituzionale nel XXI secolo (il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano) – La giustizia costituzionale ante el siglo XXI (la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano)*, n. 5 della Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series, Bologna: Libreria Bonomo editrice, 2003 p. 33.

## 2.2. La ley en el sistema americano

*“En los Estados Unidos, la Constitución es sagrada, y en Europa lo es la ley” (Louis Favoreu)<sup>60</sup>*

Partiendo del ejemplo del modelo creado por Estados Unidos, *a priori* es posible afirmar que existe una separación rígida entre los poderes Ejecutivo y Legislativo en los Estados que adoptan el sistema presidencialista. Sin embargo, ni esta afirmación es una verdad absoluta, ni tampoco es pacífica la convivencia de estos dos poderes estatales con respecto a la potestad legislativa y observancia al límite de contenido de las leyes.

Fue exactamente a partir de la resistencia de las colonias a cumplir la ley inglesa cuando se construyó toda la historia de independencia norteamericana, de la cual resultó la aparición de una forma de gobierno original.

En razón de la omnipotencia de la potestad legislativa conferida al Parlamento Inglés -que se negaba a admitir en su seno a representantes de las colonias inglesas- nacieron los ideales revolucionarios americanos, que culminaron en la Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776. Las colonias estaban sometidas a las leyes del Parlamento, pero no les era permitido participar en el proceso de su elaboración. Se discutió apasionadamente sobre la legitimidad del Parlamento inglés para imponer tributos a las colonias sin que aquellas estuviesen debidamente representadas, lo que dio causa al célebre eslogan de la revolución: *no taxation without representation*<sup>61</sup>.

Acabada la Guerra de la Independencia, era necesario mantener la unión, lo que llevó a las 13 colonias a constituirse en una Confederación de Estados. Los Artículos de la Confederación fueron el instrumento por medio del cual se pactó la creación de la Confederación y, pasados los peligros de la Guerra, era el único lazo existente entre los Estados independientes. Los Artículos demostraban gran respeto por la soberanía interna de cada Estado, pero eran muy frágiles para impedir que se rompiera la alianza. De esta forma, todo apuntaba a la disolución de la Unión, y la inestabilidad social y política surgida en las colonias contribuía a aumentar las disputas entre ellas. Eran los “años críticos” (1783-1787), cuya anarquía instaurada sirvió para evidenciar la necesidad de reforzar los tenues lazos de la Unión y de instaurar un gobierno fuerte y respetado (que por este mismo motivo no debería ser dotado con poderes absolutos).

Para dar vida independiente a la Unión, el objetivo de los Padres Fundadores consistía en un diseño de autogobierno que fuera eficaz, justo y, principalmente, que resultase compatible con la libertad de los ciudadanos a pesar de la gran diversidad

<sup>60</sup> FAVOREU, Louis. Tribunales Constitucionales. Traducción al castellano de Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel, 1994, p. 19.

<sup>61</sup> Cf. SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio; LLEDÓ, Pablo. *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*. Madrid: Alianza Editorial, 2002, p. 9

de intereses que había –y todavía hay- en la sociedad. El sistema político-social americano debería entonces ser dibujado basándose en la igualdad civil formal de todos los ciudadanos ante la ley.

El viejo problema de la limitación del poder, que tiende a ser absoluto en los gobernantes, y la desconfianza por las decisiones de la mayoría popular inspiraron a los federalistas a defender la solución de estos problemas a través de un control horizontal<sup>62</sup> que, simultáneamente, resolviera ambos casos, controlando el abuso de poder por parte de los gobernantes y el abuso de las minorías por parte de la mayoría. En su génesis, la Constitución de los Estados Unidos recibe una fuerte inspiración de un sentimiento “anti-mayoritario”, tal como podemos extraer de la vasta producción bibliográfica legada por los artículos federalistas y la gran discusión pública que de ellos se originó.

Los antifederalistas, temiendo la tendencia tiránica o aristocrática de todo gobierno fuerte, defendían una democracia participativa, en la cual los ciudadanos pudieran constreñir a los políticos para cumplir convenientemente sus deberes. A su vez, los federalistas, imbuidos de un sentimiento “anti-mayoritario”, no creían en esta forma de control vertical, dirigiendo sus temores a las asambleas colectivas por considerar que el pueblo se deja excitar por impulsos y emociones irrefrenables, actuando según las pasiones y no según la razón. Cabe mencionar que los federalistas también temían el abuso del poder de un gobierno fuerte, pero creían que la solución no estaría en un gobierno débil, sino en un gobierno fuerte con mecanismos de control horizontal. La forma de control que defendían los federalistas estaba inspirada en la teoría de Montesquieu, a quién Madison se refirió como “el oráculo”.

Con la victoria de la tesis federalista, la Constitución de 1787 representó una verdadera obra maestra política que tiene vigor hasta los tiempos actuales. Consagró una efectiva separación de las funciones estatales como forma de control horizontal del poder y, a través del control vertical, estableció las competencias de los Estados-miembros; aseguró que las libertades populares deben ser garantizadas y declaró que el poder emana del pueblo. La invención de un “pueblo americano” soberano – afirmó MORGAN<sup>63</sup>- era la condición necesaria para superar el anterior posicionamiento de que la soberanía residía en los Estados. Con la soberanía residiendo en el pueblo americano, los Estados Unidos pasan a constituir una nación única e indisoluble. Aquí va a residir el principal punto de contraste con la Revolución Francesa, donde los revolucionarios actuaban en nombre de la nación. En Francia, el movimiento constituyente negaba toda la realidad anterior, iniciando la realidad política a partir de aquel marco constituyente. Sin embargo, lo que movía al constituyente no era el conjunto de intereses o grupos que componían

62 Teniendo en cuenta la experiencia europea, los federalistas rechazaban el control vertical del poder estimulados por el dilema planteado por Hobbes de que, si el poder pudiera ser controlado jerárquicamente, sería limitado por otro poder superior, que a su vez sería limitado o ilimitado; si es ilimitado todo permanecerá igual, si es limitado, se supone otro superior que lo limitará, y así sucesivamente. (Cf. SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio; LLEDÓ, Pablo. *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*. Madrid: Alianza Editorial, 2002.)

63 MORGAN, Edmund S. *Inventing the people. The rise of popular sovereign in England and America*. Nueva York: Norton, 1988, citado por SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio; LLEDÓ, Pablo. *Artículos... op. cit.* p. 34. Este autor, inevitablemente, compara la soberanía del pueblo americano con el pensamiento surgido en la Inglaterra del siglo XVIII, donde sólo mediante la idea de un pueblo soberano pudo superarse la figura del rey soberano.

la sociedad, sino un concepto metafísico como el de la voluntad absoluta e irrestricta de la nación<sup>64</sup>.

Estados Unidos no fue solamente el país donde por primera vez se dio la Constitución escrita. También fue el país donde, mucho antes de la teoría de Sieyès, se hizo realidad la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos, estableciendo una forma inédita de división de poderes a través de mecanismos verticales y horizontales adecuados a su realidad. La Constitución americana se articuló, principalmente, en torno a la definición de los tres Poderes – Legislativo, Ejecutivo y Judicial- que constituyeron el nuevo Estado central al que los americanos denominarían *federal government*, reservando la palabra *state* para los Estados miembros de la Unión. Aquí reside la división o mecanismo de control vertical del poder, ya que los Estados miembros están sometidos jerárquicamente al Poder Central y tienen sus competencias establecidas residualmente, no siéndoles permitido contrariar las determinaciones del *federal government*. No obstante, es a través de los mecanismos de control horizontal como las tesis de los federalistas ganan vida para resolver el abuso del poder de los gobernantes y la dictadura de las mayorías.

Es cierto que la Constitución americana creó un sistema de gobierno fuerte, pero también creó mecanismos de control, de forma que todas las ramas del poder se integraran en la toma de decisiones. En lo relativo al poder de elaborar las leyes, lo atribuyó exclusivamente al Congreso, alegando que “Todos los poderes legislativos conferidos por esta Constitución serán confiados al Congreso de los Estados Unidos, compuesto de un Senado y de una Cámara de Representantes.” (Artículo I).

Puesto que ejercer el Poder Legislativo (a través de sus dos Cámaras como forma de contrapesos internos) es la función esencial del Congreso, al principio no se admitió delegar estas funciones a otra autoridad. El principio *delega potestas non potest delegarsi* derivado del derecho privado en lo que concierne al contrato de mandado (*the law of agency*) pronto es aplicado a la materia constitucional, especialmente a la función legislativa, bajo el argumento de que el poder del imperio residía en el pueblo soberano y éste, a través de la Constitución, lo había delegado solo al Congreso<sup>65</sup>. Sin embargo, puesto que la Constitución tampoco prohibía en ninguna parte las delegaciones legislativas, en virtud de interpretación jurisprudencial se llegó a permitir también en los Estados Unidos un gran desarrollo de la legislación delegada, principalmente a partir del último tercio del siglo XIX.

Sin embargo, no existen criterios precisos para la admisión -o no- de cualquier legislación delegada, quedando a cargo de la judicatura decidir sobre el tema. En líneas generales, sintetiza GARCÍA-PELAYO, la jurisprudencia admite la legislación delegada únicamente en dos situaciones: para definir el derecho y para determinar en qué momento éste mismo debe entrar en vigor. Así, “el Congreso puede delegar la decisión para determinar cuándo se ha producido un hecho que motive la entrada en vigor de una norma, o para establecer en el marco de una

64 SÁNCHEZ-CUENCA, Ignácio; LLEDÓ, Pablo. *Artículos... op. cit.* p. 16.

65 Cf. BOGNETTI, Giovanni. *Lo spirito del costituzionalismo americano. T. I. La costituzione liberal.* Torino: G. Giappichelli Editore, 1998, p. 49.

norma general la regla precisa que debe aplicarse, dada la situación de los hechos y de las circunstancias”<sup>66</sup>.

De igual forma, en Estados Unidos originalmente no se proveyó al poder reglamentario del Ejecutivo, poder que se originó en la tradición europea, surgiendo en una primera fase de la división de poderes en la que el Parlamento encontraba dificultades para firmar su poder normativo general. Por otra parte, tal y como reconocieran los Tribunales americanos, la legislación nacional no puede ocuparse directamente de una multitud de detalles, existiendo así una necesidad de ser adaptada. De este modo, en casos excepcionales se admite el poder reglamentario del Presidente. Parece claro que la Constitución, optando por crear un gobierno fuerte, pretendió que sus acciones estuviesen controladas por el Congreso -y por la ley- en el juego de contrapesos interdependientes que se frenan unos a otros.

Para la Constitución americana, la elaboración de la ley está reservada al Congreso. La ley es un instrumento que – al menos en teoría -permite al Legislativo condicionar la acción del Ejecutivo, ya sea en el campo de la política interna o externa. Sin embargo, el Presidente también posee poderes legislativos, ya que se le reconoce el derecho de veto (que, no obstante, puede ser derrumbado por dos tercios de cada una de las Cámaras - Art. I, sección 7); facultades sobre la reunión de las Cámaras (Art. II, sección 3); y, aunque la Constitución no le confiera la iniciativa legislativa<sup>67</sup>, en la práctica los mensajes que el Presidente envía al Congreso suelen poseer este valor, aunque solo se trate de recomendaciones que no vinculan al Congreso.

De esta forma, observamos que los poderes del Presidente han crecido cuantiosamente fuera del panorama previsto por los Padres Fundadores, de modo que fueran creadas situaciones que no estaban previstas originariamente en la Constitución y que incluso colindan con el primitivo esquema constitucional, ya que, en el aspecto legislativo, se rompió el principio de la separación de poderes en lo que respecta a la relación del Presidente y el Congreso, al igual que se rompió el principio de que la legislatura no puede delegar sus poderes.

La ampliación de los poderes y la autoridad democrática del Presidente resultó, en parte, del convencimiento de que si el Congreso representa al pueblo, el Presidente lo “encarna” y, mientras el Congreso es elegido por fracciones electorales, el Presidente es elegido por la totalidad del pueblo. Asimismo, el mundo político moderno exige una rapidez de decisión a la que el procedimiento legislativo no responde con la celeridad que sería necesaria. Bajo estas justificaciones, lo cierto es que la figura del Presidente de los Estados Unidos superó las expectativas de los Padres Fundadores, que pretendían un gobierno fuerte y enérgico. De todas formas, tal como destaca GOMES CANOTILHO<sup>68</sup>, “las razones que deben mover las

66 Cf. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984, p. 391.

67 Algunos autores, como GARCÍA-PELAYO ( *Derecho...op. cit.* p. 388/389), llegan a admitir la iniciativa legislativa al Presidente considerando la costumbre Presidencial de enviar un amplio mensaje a la sesión inaugural del Congreso esbozando la línea y el plano político que debe ser seguido por el gobierno, como las medidas para darle efectividad y que, en general, suelen ser aceptadas por el Congreso. Destaca el autor que, aún cuando sea rechazado el programa presidencial, el Congreso no ofrece un programa íntegro como alternativa, lo que hace que la iniciativa sea casi exclusiva del Presidente, a quién denomina *chief legislator*.

68 GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra:

acciones del gobierno deben ser ‘razones públicas’ que tornen patente el ‘consentimiento’ del pueblo en ser gobernado en determinadas condiciones. Desde luego, el gobierno es siempre un gobierno subordinado a las leyes (*government under law*), entendidas como un esquema regulativo consistente y coherente formado por un conjunto unificado de principios de justicia y de derecho” regulados por la Constitución.

Igualmente, cabe destacar que, al contrario del modelo europeo, en el modelo americano la Constitución nace como norma irrevocable ante los tribunales y se sitúa en el vértice del sistema de fuentes. Así, las decisiones judiciales, y substancialmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, contribuyeron concretamente a establecer el alcance del significado material y formal de la Constitución<sup>69</sup>, así como para ampliar considerablemente los poderes legislativos de la Federación, todo ello en razón de la interpretación que dieron a la Constitución. Esta ampliación de los poderes legislativos conferidos a la Federación en relación a los Estados, de forma indirecta, influirá en la ampliación de los poderes legislativos del Gobierno a través del ejercicio de los poderes delegados.

Resaltamos que, en el sistema americano de fuentes, las decisiones de los tribunales aparecen inmediatamente después de la propia Constitución (antes incluso de la ley), precisamente por la interpretación que hacen de la Constitución. Este papel interpretativo del significado de la Constitución que ejercen los tribunales es tan importante que llegó al punto de ser pacíficamente admitido y se suele repetir que la Constitución es lo que quieren los jueces que ella sea<sup>70</sup>. De esta forma, y puesto que las leyes deben conformarse con lo que determina la Constitución, entonces la ley también será lo que dicen los jueces y, por este motivo, la jurisprudencia figura como rango superior en el sistema de fuentes<sup>71</sup>.

---

Almedina, 1999, p. 90.

69 GARCÍA-PELAYO ilustra bien, a través de la *teoría de los poderes implícitos*, cómo la Constitución se completa por la interpretación de los tribunales: Según el artículo I, sección VIII de la Constitución americana, compete al Congreso elaborar todas las leyes necesarias y convenientes para el ejercicio de los poderes constituidos y para el de todos aquellos de que, en virtud de la Constitución, puedan estar investidos el Gobierno de los Estados Unidos o cualquiera de sus Departamentos y funcionarios. Instado a pronunciarse sobre los medios concedidos por la Constitución para la ejecución de las leyes, el Tribunal Supremo, interpretando dicho precepto constitucional, entendió que el mismo está situado entre los “poderes” del Congreso y no entre las “limitaciones” a estos poderes y, por tanto, su sentido permite una ampliación y no restricción de los poderes investidos en el Gobierno. De esta manera, a través de Marshall, el Tribunal Supremo hizo sedimentar la idea de que fue a la Federación (y en detrimento de los Estados) a quién le fue concedido un gran margen de discrecionalidad con respecto a los medios para realizarse -de manera más favorable o conveniente- los poderes conferidos por la Constitución, de tal forma que “siendo el fin legislativo, estando dentro de los objetos de la Constitución, entonces todos los medios que le sean apropiados, que se adapten claramente al objeto, que no estén prohibidos, sino que sean acordes con la letra de la Constitución, son constitucionales” (*Derecho... op. cit.* pp. 363-367).

70 La expresión es atribuida a C. E. Hughes cuando era gobernador del Estado de *New York*. Hughes, posteriormente, llegó a ejercer la presidencia del Tribunal Supremo. (Cf. GARCÍA-PELAYO. *Derecho...op. cit.* p. 353).

71 El papel de los tribunales en el sistema de fuentes americano es tan determinante que, ya desde el inicio de la vigencia de la Constitución, contribuyó de manera significativa a acompañar toda la cadena de transformaciones sufridas por la sociedad o el propio mundo, ya fueran estas mutaciones de naturaleza tecnológica, económica, política o social, y “gracias a los poderes implícitos ha podido formarse un Estado fuerte, capaz de dominar y concentrar las principales energías de la nación y de hacer frente a los problemas sociales, a las crisis económicas y a las necesidades de dos guerras mundiales, problemas que caían fuera del horizonte y de las previsiones de los ‘padres fundadores’ de la constitución.” (GARCÍA-PELAYO. *Derecho...op. cit.* p. 367).



Observamos, entonces, que no fueron solo los poderes presidenciales los que se ampliaron en los más de 200 años en los que perdura la Constitución americana. El papel del Poder Judicial como guardián de la Constitución y su competencia para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes tampoco está previsto en la Carta, aunque parezca que estaba presente en el pensamiento de los Padres Fundadores, tal como podemos ver en *El Federalista n. 78*<sup>72</sup>. No obstante, resulta obvio que no es posible negar la influencia del pensamiento inglés en los ideales revolucionarios, especialmente el de Locke y del juez Coke (manifestado en la decisión del *Bonham's case* de 1610), a quienes GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>73</sup> considera como “mentores jurídicos directos” de los colonos americanos.

Hemos de observar que, aunque la Constitución americana haya creado una técnica de reforma a través de enmiendas (art. V), no concedió expresamente ninguna competencia específica al Poder Judicial para controlar la legalidad de las leyes, pero tampoco prohibió que se hiciera<sup>74</sup>. Fue exactamente en base al procedimiento de reforma que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos empezaría muy rápidamente a ejercer un control sobre las leyes. Aunque la reforma fuera fundamento del control, siempre que fuese posible encontrar una solución por la vía de la interpretación no se procedería a la reforma a través del procedimiento previsto<sup>75</sup>, lo que define la rigidez de la Constitución.

Como ya vimos anteriormente, aunque existieran antecedentes que atribúan la fiscalización de la constitucionalidad de la ley al Poder Judicial y, de esta manera, la posibilidad de anular la ley elaborada por el Congreso<sup>76</sup>, fue en 1803, con la más

72 En la clásica obra, Hamilton ya comentaba sobre la perplejidad que causó la idea de que los tribunales pudieran declarar inválidos los actos legislativos contrarios a la Constitución, debido a la creencia de que esto implicaría una superioridad del Poder Judicial frente al Legislativo. Contra este pensamiento argumentaba lo siguiente: “...ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante; que el servidor se halla por encima de su amo; que los representantes del pueblo son superiores al propio pueblo; que los hombres que actúan en virtud de unas competencias puedan no sólo hacer lo que dichas competencias no autorizan, sino lo que éstas prohíben. ... De hecho, una constitución es, y así deben considerarla los jueces, una ley fundamental. En consecuencia, a éstos incumbe esclarecer su significado, así como el de cualquier disposición concreta que emane del cuerpo legislativo. Y si existiera una discrepancia inconciliable entre ambas, la que tiene fuerza vinculante y validez mayores debería, obviamente, prevalecer; o, en otras palabras, debería prevalecer la Constitución sobre la ley, así como la intención del pueblo sobre la intención de sus mandatarios” (Cf. *El Federalista n. 28*, Publius [Hamilton] 28 de mayo de 1788).

73 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “El valor normativo de la Constitución Española de 1978”. In VV.AA. *Constitución y Constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*. Caracas: Fundación García-Pelayo, 2000, pp 67-91.

74 Aclara GOMES CANOTILHO (*op. cit.* p. 91 que “de la ‘esencia constitucional americana’ hacen partes los tribunales que ejercen la justicia en nombre del pueblo (*people's court*). Los tribunales deben ser constituidos por jueces y los jueces son agentes del pueblo en los cuales este deposita la confianza (*trust*) de preservación de los principios de la justicia y de los derechos condensados en la ley superior. Si es necesario, los jueces harán uso de su ‘derecho-deber’ de acceso a la Constitución desaplicando las ‘leyes malas’ del gobierno declarándolas nulas (*judicial review of legislation*)”.

75 Explicando la importancia del Tribunal Supremo en el sistema de fuentes, GARCÍA-PELAYO, citando a MUNRO (MUNRO, W.B. *The Government of the United States*. N. York, 1947, p. 68 y 79), aclara que esta puede ser “sin duda la causa principal de lo relativamente escasas que son las enmiendas, es el hecho de que el Tribunal Supremo ha actuado como ‘una convención constitucional continua’, de modo que casi se puede decir que la constitución es enmendada todos los lunes, por la mañana, cuando el tribunal supremo toma sus decisiones” (GARCÍA-PELAYO. *Derecho...op. cit.* p. 353).

76 Tales antecedentes no se encuentran en los debates y polémicas en torno a la Constitución americana, sino que los hallamos por primera vez en un momento anterior a esto, pudiendo ser consultadas las ideas

que conocida sentencia proferida por el presidente de la Suprema Corte americana, el *Chief Justice Marshall*, cuando hizo famoso el sistema de control americano, que divergía en mucho del sistema europeo donde, en aquel momento, la ley era elaborada y controlada por el mismo órgano: el Parlamento.

Al poder que poseen los tribunales americanos para controlar la constitucionalidad de una ley y negarle aplicación suele llamarse *judicial review*, pero, además del control, destaca también la importancia que tiene la propia interpretación hecha por los tribunales que, en la práctica, actúa casi en términos de un órgano colegislador. Por esta razón, en virtud de la interpretación que le da el Poder Judicial, la ley representará no solo la voluntad del Congreso, sino también en lo que se transformó después de resistir a la interpretación judicial a través de razonamientos que, en teoría, pueden incluso no representar la verdadera intención del legislador.

Es cierto que los actos emanados del Ejecutivo, ya sea a través de delegación o de poderes reglamentarios, también están sujetos a la revisión judicial. En lo que respecta a las leyes delegadas, además de estar sujetas a la apreciación judicial en los mismos supuestos de la ley ordinaria, cabe al Poder Judicial apreciar si la delegación se sitúa entre los poderes del Congreso de delegar y si la persona que recibió la delegación actuó dentro de los límites de la delegación.

En este punto, la potestad legislativa presenta un matiz completamente distinto del panorama en el que surgió en el viejo continente. Mientras en Europa la disputa por el poder de elaborar las leyes se centraba entre Gobiernos y Parlamentos, en los Estados Unidos –aunque no se discuta el poder político del Presidente y su influencia en el proceso legislativo– la potestad legislativa prácticamente ya nace sujeta al control de un tercer poder, el Judicial. Tal especie de límite a la potestad legislativa era (y continúa siendo) inadmisibles en Europa, donde a la Judicatura ordinaria le está prohibido sustituir el juicio del Legislador.

La ley en Norteamérica nace sujeta a un control jurisdiccional, lo que, en otros supuestos, Europa no permitirá hasta el siglo XX. A lo largo del presente trabajo tendremos otras ocasiones de remitirnos al sistema americano de control de constitucionalidad, su importancia en el campo doctrinario, sus divergencias con el modelo nacido en Europa y la tendencia actual de convergencia de estos dos sistemas precursores.

Por el momento, solo nos interesa determinar en qué contexto surge la ley en la Constitución americana y cómo fue tratada la potestad legislativa en territorio norteamericano, sin derivar directamente de ninguna tradición anterior, sino afirmada a partir de nuevos fundamentos.

---

expresadas por el juez inglés Sir Edward Coke en el caso del doctor Bonhans en 1610. Cf. ACOSTA SÁNCHEZ, José. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional – Fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

### 3. LA LEY EN OTROS SISTEMAS JURÍDICOS

La investigación desarrollada hasta el momento ha considerado los aspectos de la ley<sup>77</sup> únicamente dentro del desarrollo de las dos “familias jurídicas” más importantes del mundo contemporáneo, es decir, de la familia del *civil law* -también llamado sistema romano-germánico- y de la familia de la *common law*, originado en Inglaterra y adoptado por Estados Unidos y otros países de colonización inglesa. No obstante, existen otros tipos de Estados -o territorios no independientes (los que pueden tener un diferente grado de autonomía)- donde la potestad legislativa ha gravitado entorno a otros parámetros, distintos de los Estados donde la división de los poderes fue consagrado en los términos antes comentados. Así, en la extinta Unión Soviética, donde las constituciones de los países, en general, poseían un contenido ideológico muy fuerte, esto motivaba que las fuentes del derecho se identificasen con la organización económica (*socialist law*)<sup>78</sup>.

Por otra parte, si por un lado el sistema socialista (soviético) perdió su importancia, por otro lado el fenómeno religioso presenta a lo largo del tiempo una fuerte conexión con la forma de producción jurídica de determinados Estados -o territorios no independientes- vinculando el sistema de fuentes a la doctrina religiosa, aunque en gran parte de ellos es posible distinguir un cierto margen de acción de Derecho Público, lo que hace coexistir el Derecho Divino con el Derecho Político. Así, en la teoría clásica del Derecho Islámico la ley es la voluntad de Dios revelada en el Corán. Se trata de un derecho divino que precede a la existencia del propio Estado Musulmán. De esa forma, no existe la noción de evolución de la ley humana o derecho derivado de los fenómenos históricos-sociales. Igualmente, el Derecho talmúdico o hebraico está inspirado en la divinidad y también precede a la existencia del Estado, en tanto que ha subsistido aunque no existiese el Estado judío.

En este caso es necesario establecer una distinción con el Derecho Canónico que, si bien está informado por fundamentos religiosos, está aceptado como producto de la producción humana concretada en el Código de Derecho Canónico de la Iglesia Católica Romana, promulgado por la autoridad del Papa Juan Pablo II, dado en Roma, el día 25 de Enero de 1983<sup>79</sup>. Igualmente, en la misma fecha se nombró al nuevo órgano de interpretación del texto, denominado "*Pontificio Consejo para la interpretación del texto de las leyes*". El título I del Libro I –*De las Normas*

77 Es cierto que el término “ley” es multívoco; una vez más, resaltamos el sentido lato en el que empleamos el vocablo como regla de conducta positiva coercitiva, pero específicamente jurídica y así distinta de las reglas naturales o religiosas, aunque su origen comporte una infinidad de justificaciones no jurídicas.

78 En ese sentido, PEGORARO elucida que: “*In tale sistema la legge assumeva il ruolo di strumento per l’attuazione della dittatura del proletariato, organizzato nel partito unico. Le forme di produzione normativa, coerentemente con tale impostazione, facevano capo all’organizzazione statale e, dunque, al partito comunista. Negata ogni divisione dei poteri, la somma degli stessi era concentrata nelle mani degli organi dirigenti del partito cui spettava, dunque, il primato sulle fonti. In questa prospettiva la stessa costituzione rappresenta(va) nient’altro che mero bilancio descrittivo dei rapporti economici e sociali instaurati e/o promammati*” (PEGORARO, Lucio. *Le fonti nel diritto comparato*. Torino: Giappichelli Editore, 2000, p. 6). Sin embargo, con la desaparición de la antigua URSS, el sistema socialista casi alcanza su extinción, perdiendo la gran influencia que otrora había ejercido.

79 Este Código entró en vigor únicamente para la Iglesia Católica de rito latino. Paralelamente, con la convocatoria del [Concilio Vaticano II](#), se empezó una nueva codificación del derecho oriental que terminó en 1991 con la promulgación del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, el **Código de los Cánones de las Iglesias Orientales**. Este Código completa la historia de la codificación en la Iglesia Católica, al estar en vigor para las Iglesias *sui iuris* católicas de rito oriental.

*Generales-* del *Codex Canónico* se dedica a regular las leyes eclesiásticas, cuya sistematización es muy parecida a la que regula las leyes civiles, puesto que es uno de los componentes de la tradición civilista.

Algunas clasificaciones tratan todavía de un sistema de derecho oriental también informado por fundamentos religiosos de carácter politeísta, pero lo cierto es que existe una gran diversidad en las formas de estudio y clasificaciones de los sistemas jurídicos en el mundo. Algunas universidades<sup>80</sup> llegan a clasificar en seis los sistemas jurídicos contemporáneos. Es cierto que la circulación de los modelos resultó en una continua y creciente aproximación entre los sistemas, siendo posible establecer qué sistemas puros se tornan cada día más raros. Aunque el sistema de fuentes se presente ajustado de acuerdo con los diversos ordenamientos, lo cierto es que, después de la consagración del Constitucionalismo, la ley jamás volverá a ser la misma en el mundo occidental, que es donde nos interesa abordarla.

Además de excluir de la investigación los sistemas cuyos ordenamientos relacionan la producción normativa con los ideales sociales, religiosos o morales, nuestro trabajo también excluye el paradigma el derecho inglés, cuyo modelo está caracterizado por la inexistencia de una Constitución escrita y su correspondiente control jurisdiccional. Lo que realmente nos interesa como objeto de estudio y paradigma de la investigación son los ordenamientos que adoptaron Constituciones rígidas -con nítida separación de los poderes constituidos- así entendidas como normas jerárquicamente superiores en el sistema de fuentes que obliguen a todos los poderes y estén garantizadas por un control jurisdiccional de constitucionalidad sobre sus violaciones.

#### 4. LA LEY EN EL CONSTITUCIONALISMO DEL MUNDO OCCIDENTAL

Tal y como hemos visto, la democracia en Europa encontró su expresión en la ley –fruto de la voluntad general–, mientras que en Norteamérica no se estableció ninguna relación en ese sentido. Según entiende HANNAD ARENT<sup>81</sup>, es posible afirmar que, mientras que la Revolución Americana fue una revolución jurídico-constitucional, la francesa fue una revolución social. Una perseguía la libertad, la otra la liberación<sup>82</sup>.

A diferencia de los Estados Unidos, en Europa a lo largo del siglo XIX y hasta la primera mitad del XX, la Constitución tropezó con grandes obstáculos para

80 Cf. Universidad de Ottawa en Canadá - <http://www.droitcivil.uottawa.ca/world-legal-systems/esp-monde-large.php> (acceso en 14.03.07) - que ha creado una página Web donde hace una clasificación de los sistemas jurídicos por categorías, aunque admita imperfecciones en su elaboración. En este sentido, admite como sistema el Derecho Consuetudinario, aunque afirme que apenas existen países cuyos sistemas puedan ser entendidos como enteramente consuetudinarios, pero mixtos. Aún así, dibuja el mundo en seis categorías principales de sistemas jurídicos: derecho civil, *common law*, derecho consuetudinario, derecho musulmán, derecho talmúdico y derecho mixto.

81 ARENDT, Hannah. *Sobre la revolución*. versión española de Pedro Bravo. Madrid: Alianza Editorial, 1988.

82 “Por decirlo de otra forma, tanto en Francia como en los Estados Unidos de América, que son países donde nace (y a través de ellos se extenderá) el Estado constitucional, la vieja “idea” de constitución no se convirtió en concepto de modo evolutivo, sino a través de una ruptura (independencia en su caso, revolución en otro)”. ARAGÓN REYES, Manuel. “La Constitución como paradigma”. En: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid. Editorial Trotta, 2007, p. 30.

asegurar su fuerza normativa frente a los poderes constituidos, singularmente frente al legislador y frente a los gobiernos. Según la concepción liberal clásica, la función primordial de la Constitución era tan solo limitar el poder político estatal y los jueces no debían aplicar más que la ley. La Constitución no era apta para producir efectos en la vida social ya que de ningún modo regulaba las relaciones entre los particulares (que se sujetaban a legislación ordinaria) y, de esa forma, solo producía efecto en la vida social después de haber sido concretizada por la ley. Así, a los tribunales se les impedía aplicar las normas constitucionales permitiéndoseles tan solo aplicar las normas que se recogen de las leyes.

Sin embargo, el desmesurado poder del legislador empezaría a ser cuestionado y, a partir de la Constitución de Weimar, las Constituciones europeas también empezarían a ser calificadas con el adjetivo de “democráticas”. Asimismo, ya no pretenden limitarse únicamente “al ordenamiento de los poderes y al reenvío a la ley para garantizar los derechos, más bien pretende, sobre todo, significar la existencia de algunos principios fundamentales generalmente compartidos, que el poder constituyente del pueblo ha colocado en la base de la convivencia civil”<sup>83</sup>.

No obstante, aunque la Constitución de Weimar hubiera introducido la afirmación de los derechos fundamentales (lo que, aún según FIORAVANTI<sup>84</sup>, se trataba de algo nuevo respecto al mero reenvío a la ley contenido en las constituciones estatales del siglo anterior), por otro lado no instituyó un control de constitucionalidad verdadero o auténtico, tal como sería posteriormente consagrado. Aunque desconfiara de la centralidad política e institucional del Parlamento como contrapeso a este poder, lo que hizo la Constitución de Weimar fue conceder grandes y extraordinarios poderes a la figura del presidente, elegido directamente por el pueblo en la forma prevista en los artículos 46 y 130.

Con fundamento en el artículo 48 de la Constitución de Weimar, que encomendaba su defensa al “poder neutro y moderador” del Presidente del Reich, Carl Schmitt (1888-1985) identificó precisamente en la figura del Jefe del Estado el defensor de la Constitución<sup>85</sup>, afirmando que solo él, más allá del Parlamento dividido, sería capaz de expresar un gobierno fuerte y duradero, el elemento político de la Constitución y la unidad del pueblo alemán. Schmitt encuentra la justificación en su concepto de Constitución como decisión fundamental previa a la Ley Fundamental que conforma al pueblo en una comunidad política concreta. Su doctrina sustentaba que la Constitución es democrática porque es querida por el pueblo constituyente soberano. La Constitución sería, de esta forma, la decisión conjunta de un pueblo sobre su existencia política. Asimismo, Schmitt diferenciaba la Constitución (entendida como decisión política sobre la existencia de un Estado) de las leyes constitucionales, y con respecto al Parlamento creía que la democracia ejercida por él por medio del juego libre de opiniones no era otra cosa que “metafísica liberal”.

Ya Kelsen (1881-1973) divergía de las ideas de Schmitt. Defendía el pluralismo social y político que recogen las Constituciones. Afirmaba que una

83 FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Versión española de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 150.

84 *Idem, Ibidem*.

85 Cf. capítulo III de la obra *La defensa de la Constitución*. Versión española de Manuel Sánchez Sarto, Madrid: Tecnos, 1998, pp. 213 a 251.

Constitución democrática no tiene dueños, no es hija de un sujeto o de un poder, pero sí “de un proceso que produce una constitución en la medida que es capaz de mediar, de componer, de representar en su interior la pluralidad de fuerzas y de los concretos intereses existentes”<sup>86</sup>. Para él, los grupos representados en el Parlamento no buscarían verdades absolutas en sus debates –tal y como apuntaba Schmitt-, sino verdades relativas que generarían compromiso, esencia de la democracia, y que pospondrían lo que separa a los asociados a favor de lo que los une. En la concepción kelseniana de Constitución democrática es más que visible una clara primacía del Parlamento que, sin embargo, no configuraría una soberanía ni tampoco una dictadura de la mayoría. A su vez, Schmitt veía en la protección de las minorías un atentado contra el principio democrático de las mayorías. Kelsen combatió la hasta entonces considerada *soberanía del Parlamento* argumentando que la soberanía no corresponde a un órgano, sino al Estado, y que la legislación debe subordinarse a la Constitución. Para el jurista de Viena, la esencia de la democracia no consiste en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante de los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría; la simple amenaza de un recurso puede ser instrumento adecuado para impedir la inconstitucionalidad y la dictadura de la mayoría<sup>87</sup>.

Es de sobra conocido el debate mantenido entre estos dos notables juristas del siglo XX sobre quién debe ser el defensor de la Constitución. Ambos han legado al mundo jurídico grandes e importantes contribuciones intelectuales. Fue a partir de entonces cuando empezó a discutirse sobre una “constitucionalización” del pensamiento jurídico, que más tarde sería conocido como Constitucionalismo.

En el período de entreguerras se inicia, en el viejo continente, la propagación de las ideas de Kelsen, que culminaron con la instauración de la jurisdicción constitucional, primero en Austria, para después extenderse a otros países europeos<sup>88</sup>. Empieza a producirse en Europa una quiebra en la concepción soberanista de la ley (en la línea de la concepción francesa de la ley como voluntad general y de la doctrina inglesa de la soberanía del Parlamento). A raíz de la garantía de la supremacía jurídica de la Constitución, Kelsen, elaborando un sistema piramidal, situó la Constitución en el vértice de todo el ordenamiento jurídico, el cual sufriría así un cambio, transformando radicalmente el sistema de fuentes y el concepto de ley. Por primera vez, se admitía en Europa que la Constitución, como norma, se erigiera en supuesto de validez de las leyes.

86 Cf. FIORAVANTI, *op. cit.* p. 156.

87 Cf. GOMEZ-FERRER MORANT, Rafael. “Relaciones entre Leyes: competencia, jerarquía y función constitucional”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 113. Mayo-agosto 1987, p. 13.

88 A comienzos del siglo XX, algunas constituciones europeas crearon la figura de un Tribunal Constitucional. Así, Checoslovaquia en la Constitución del 29 de febrero de 1920, Austria en la Constitución del 1 de octubre de 1920 y la Constitución Española de 1931 creó un Tribunal de Garantías Constitucionales. Sin embargo, la verdadera consolidación de la Justicia Constitucional en Europa solo se dará tras la Segunda Guerra Mundial, tras el restablecimiento del Tribunal austríaco en 1945, la creación del Tribunal italiano por la Constitución de 1948 y del Tribunal Federal alemán en 1949. En los años 60 se crearon los tribunales turco y yugoslavo, pero es a partir de los años 70 cuando dicho movimiento de creación de tribunales destinados a efectuar un control de constitucionalidad gana nuevas fuerzas, cuando son creados los tribunales portugués (1976), español (1978) etc., siendo posible afirmar que casi todas las naciones donde se han dado nuevos textos constitucionales en los últimos treinta años han otorgado un papel importante a los órganos encargados de velar por el cumplimiento de la Constitución, situación que luego se extendió a otros continentes.

A partir de finales de la década de 1940, la ola del Constitucionalismo en Europa no solo trajo nuevas Constituciones, sino también un nuevo modelo inspirado en la concepción americana de supremacía constitucional. De esta forma, tras finalizar la Segunda Guerra Mundial, el modelo normativo va cambiando, lo que hace que también cambien las condiciones de validez de las leyes, que de esta forma pasan a ser dependientes no solo de la forma (preestablecida) de su producción, sino también de su coherencia con las normas constitucionales.

La Constitución deja de ser únicamente un criterio de organización del Estado y de la fabricación del Derecho y pasa a establecer los fines positivos que deberán observar los poderes públicos, incluso el Legislativo, que pasa a tener *status* de mero poder constituido desprovisto de soberanía. La potestad legislativa conferida al Parlamento, a partir de entonces, va a encontrar límites en la Constitución, produciendo grandes transformaciones en el concepto de ley. Ni la ley ni el legislador seguirán siendo omnipotentes<sup>89</sup>, sino que pesará sobre ellos un supra-derecho. Tal y como expresó ZAGREBELSKY<sup>90</sup>: “la ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del Derecho, cede así, paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta”.

Sin embargo, este supra-derecho no debe determinar el camino que positivamente debe seguir el legislador, sino únicamente orientar su rumbo. En otras palabras, la ley seguirá siendo un acto jurídico de voluntad. Así, no aparecerá como forma de ejecución o desarrollo de la Constitución (en una relación comparable a la de ley-reglamento), pero tampoco se tratará de una voluntad soberanamente ilimitada. En este caso se encuentra sujeta a los límites impuestos por la Constitución que, a su vez, pasa a establecer preceptos sustantivos, que implican, sin duda, una gran limitación a la libertad del legislador. Por supuesto, el legislador sigue disponiendo de la libertad de tomar las decisiones políticas que mejor convengan a la colectividad que representa en un determinado momento<sup>91</sup>. No obstante, los excesos cometidos por el legislador pasarán a ser controlados jurisdiccionalmente, operando una transformación en el papel de la jurisdicción que será la de aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida.

#### 4.1. El control jurisdiccional de la ley

La jurisdicción que va a controlar las leyes no será una jurisdicción ordinaria como el control nacido en Norteamérica. En Europa, bajo la influencia de las ideas kelsenianas, fue implantado otro sistema original de justicia constitucional, con la concentración de esta jurisdicción en un único órgano llamado a controlar, con exclusividad, la conformidad de las leyes con la Constitución.

<sup>89</sup> Aunque no posea omnipotencia, se subraya que la primacía de la ley en el sistema de fuentes europeo no ha sido alterada por la Constitución, que no instituyó ninguna otra fuente al mismo nivel que la ley. Así, en relación a las demás fuentes de producción normativa infraconstitucional, la ley permanece jerárquicamente con su superioridad normativa en el sistema de fuentes.

<sup>90</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 40.

<sup>91</sup> Para DIEZ-PICAZO, Luis María. “Concepto de Ley y tipos de Ley”. *REDC*. Año 8. núm. 24. septiembre-diciembre 1988, p. 47-93, la ley es, sobre todo, el instrumento para dar vida a decisiones estrictamente políticas. Es el medio de canalizar grandes opciones comunitarias que la Constitución ha querido que sean libres y las ha dejado, por tanto, al juego de las mayorías (p. 74).

Contrariamente a la *judicial review* americana -que se caracteriza como un sistema difuso, cuyo control puede ser ejercido por todos los órganos jurisdiccionales y que consiste en la mera desaplicación de la ley al caso concreto- en la *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana la concentración del control de las leyes en el Tribunal Constitucional permite verificar la legitimidad de la ley en general (separado del caso concreto), permitiendo que su invalidación pueda retirarle para siempre su eficacia normativa. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional opera con eficacia *ex nunc*, es decir, vale a partir de la declaración pero, en cuanto al pasado, respeta la validez de la ley inconstitucional.

Según la idea de Kelsen, la legitimidad de la creación de Tribunales Constitucionales con jurisdicción exclusiva estaba concebida como si dicho tribunal fuera un “legislador negativo”, el único capaz de aplicar la Constitución mediante sentencias constitutivas dotadas de efectos *ex nunc* y no solamente declarativas de una supuesta nulidad originaria, como ocurre en el sistema americano pionero en el control de la constitucionalidad las leyes. Para GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>92</sup>, es a partir de tales concepciones cuando se inserta el valor normativo de la Constitución en todo el ordenamiento, obligando a su interpretación y aplicación por todos los tribunales ordinarios. De esa forma, el carácter de norma suprema del ordenamiento que reviste la Constitución sólo puede ser garantizado en la medida en que exista un órgano de carácter jurisdiccional encargado de velar por el efectivo respeto de los preceptos constitucionales; ese órgano sería, sin duda, el Tribunal Constitucional.

Como hemos visto, fueron razones histórico-políticas las que condujeron a que Norteamérica optara por la supremacía del poder judicial sobre los demás poderes. Los motivos de esa opción residían en la desconfianza en el legislador, lo que hizo que se estableciera el llamado “gobierno de los jueces”<sup>93</sup>. Sus defensores han llegado a afirmar que “el gobierno de los jueces representa propiamente el gobierno de las leyes”<sup>94</sup>.

Al contrario, fue precisamente la desconfianza en los jueces y el temor a los riesgos de decisiones discordantes o divergencia en la forma de interpretación de las cuestiones constitucionales lo que motivó que Kelsen idealizase un órgano de control concentrado pensado para controlar la ley en el sistema de la *civil law*. Esto también explica el motivo por el que, aunque Kelsen haya sido el idealizador del Tribunal Constitucional, “fue siempre muy reacio a la inserción de disposiciones de principio en la Constitución, con el temor de que el Tribunal, al sobreinterpretarlas, acabase por expropiar a los Parlamentos democráticamente elegidos parte de su poder legislativo”<sup>95</sup>. El jurista de Viena recelaba que “podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador someterse a la justicia, la

92 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “El valor normativo de la Constitución Española de 1978”. En VV.AA. *Constitución y Constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*. Caracas: Fundación García-Pelayo, 2000, pp. 67-91.

93 Cabe destacar que la gran mayoría de los jueces en Norteamérica son votados en elecciones populares y no están insertados en una carrera burocrática, tal como ocurre en los países de la *civil law*, donde los jueces acceden a la carrera por medio de concursos públicos.

94 Cf. MATTEUCCI, Nicola. *Positivism Giuridico e Costituzionalismo*. Bologna: Il Mulino, 1996.

95 BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral. En CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 263.



equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc., como directivas relativas al contenido de la ley” advirtiendo que dicha interpretación sería evidentemente equivocada<sup>96</sup>.

Al realizarse el control de la ley, una resolución declarativa de inconstitucionalidad normativa elimina de la vida jurídica, de la vigencia legal, tales disposiciones; por este motivo se considera al Tribunal Constitucional como un legislador negativo. Así, al considerar al controlador de las leyes como un “legislador negativo”, se le impedía incluso, al pretexto de declarar la inconstitucionalidad parcial de una norma, que pudiera innovar en el plan del derecho positivo, permitiendo que surgiera con la parte remanente de la norma inconstitucional un nuevo comando normativo no previsto ni deseado por el legislador<sup>97</sup>. De esa manera, para reemplazar una o más normas sin los vicios de inconstitucionalidad, debe actuar el legislador positivo, esto es, el órgano a quién se le encomienda el poder legislativo.

Asentada la idea del “legislador negativo”, a partir de entonces la gran parte de las Constituciones promulgadas en Europa han acogido el sistema de control de Constitucionalidad concentrado, de raíces kelsenianas. Las Cortes Constitucionales se establecen como órganos “*ad hoc*”, apartados de la jurisdicción ordinaria, a quienes se les encomienda una jurisdicción especial destinada a verificar el juicio de constitucionalidad sobre disposiciones y actos con rango de ley, emanados de los distintos órganos estatales dotados de potestad legislativa.

Las competencias que se han atribuido a los distintos Tribunales Constitucionales son diferentes en número y denominación. En un plan general, son tan grandes las diferencias existentes entre las Cortes Constitucionales europeas, que RUBIO LLORENTE llegó a afirmar que: “hablar hoy de un sistema europeo [referencia al modelo idealizado por Kelsen] carece de sentido porque hay más diferencias entre los sistemas de justicia constitucional existentes en Europa que alguno de ellos y el norteamericano”<sup>98</sup>.

Dichas diversidades de los Tribunales Constitucionales son justificadas por la necesidad de atender las realidades internas de cada país, cuya implantación de un modelo de justicia constitucional, en la práctica, exige perfeccionamientos de los sistemas tradicionales. Así, cada día crece la aceptación y la proliferación de sistemas híbridos de justicia constitucional<sup>99</sup>. Sin embargo, lo cierto es que la

96 Cf. La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional) en KELSEN, Hans. *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Selección y presentación de Juan Ruiz Manero. Madrid: Debate, 1988, p. 142 y siguientes donde Kelsen advierte de los riesgos de hacer sustituir la voluntad parlamentaria por la voluntad judicial, afirmaba: “el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo insoportable”.

97 Sin embargo, el devenir intervendría de modo distinto y los tribunales pasarán a ejercer funciones que escapan del concepto de “legislador negativo”, tal como tendremos oportunidad de ver a lo largo del trabajo.

98 RUBIO LLORENTE, Francisco. “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”. In: VV.AA. *Manuel Fraga. Homenaje académico*. v. II. Madrid: Fundación Canovas del Castillo, 1997, p. 1416.

99 Sobre el tema consúltense, entre otras, las siguientes obras de LUCIO PEGORARO: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Torino: G. Giappichelli, 1998; *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, versión española de Marta León Alonso, Madrid: Dykison, 2004; *La circolazione, la recezione e l'ibridazione dei modelli di giustizia costituzionale*. Convegno «Un collegio garante della costituzionalità delle norme in San Marino», Repubblica di San Marino, 18-19 febbraio 2000, que también tiene una versión brasileña de Maria Auxiliadora Castro e Camargo que se titula: “A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional”. *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 165. Brasília: Senado Federal, janeiro-

convergencia entre los sistemas europeo y americano, que cada día crea nuevos modelos de jurisdicción constitucional, tiende a situar esas cortes fuera de los poderes constituidos a pesar de crear también sus propios mecanismos de justicia constitucional.

La legitimidad de dichas cortes -para invalidar las leyes, producto del legislador- fue largamente discutida y ha dado lugar a una gran controversia, siendo vastísima la literatura producida sobre el tema<sup>100</sup>. Fueron varios los argumentos levantados en contra de la legitimidad de las Cortes Constitucionales, siendo posible apuntar entre ellos:

- a) Subversión del principio de la división de poderes al consentirse que el Poder Judicial controle los otros dos poderes;
- b) Quiebra del principio democrático cada vez que la afirmación de la justicia constitucional estimulara al juez constitucional a participar del proceso de creación de la ley que se había predestinado como monopolio exclusivo de aquellos elegidos por el pueblo para representar el Parlamento. La legislación, entonces, ya no será producto exclusivo del Poder Legislativo. Incluso las normas y normativas con rango de ley dictadas por el Ejecutivo dentro de su esfera de competencias o de las técnicas de delegación estarán condicionadas a los Tribunales Constitucionales, que así detentarán más poderes que los demás Poderes Constituidos; y
- c) El riesgo de la judicialización de la política o de la politización de la Justicia, es decir: La idea de la Constitución como centro del ordenamiento jurídico

março de 2005; en portugués véase: PEGORARO, Lucio. “A Justiça Constitucional no quadro do constitucionalismo contemporâneo” versão brasileira de Maria Auxiliadora Castro e Camargo. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz, PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. (org.) *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 430-451, donde presenta nuevas propuestas clasificatorias de los modelos de justicia constitucional. Consúltese también de FERNÁNDEZ SEGADO las siguientes obras: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La giustizia costituzionale nel XXI secolo (il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano) – La justicia constitucional ante el siglo XXI (la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano)*, n. 5 della Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series, Bologna: Libreria Bonomo editrice, 2003; *El sistema constitucional en España*. Madrid: Dickson, 1992 y GARCÍA BELAUNDE, Domingo; FERNANDEZ SEGADO, Francisco. (coord.) *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykson, 1997.

100 Referida polémica y las conclusiones del Congreso en Lisboa con ocasión del aniversario del Tribunal Constitucional portugués ha sido registrada en la obra colectiva: SOUZA E BRITO, J., et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional / colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. En esta obra están registradas las opiniones de grandes expertos europeos sobre el tema. No obstante, tal como ya dijimos, la bibliografía que se produjo en Europa sobre el asunto es muy larga. Para el caso español, con carácter general, pueden consultarse los siguientes trabajos colectivos, por lo demás ya clásicos: “El Tribunal Constitucional”, 3 Vol. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981; RUBIO LLORENTE, F., y JIMÉNEZ CAMPO, I.: “Estudios sobre jurisdicción constitucional”, McGRAW-Hill, Ciencias Jurídicas, Madrid 1998. E. GARCÍA DE ENTERRÍA en su obra, pionera en España y de gran repercusión doctrinal posterior entre los estudiosos españoles: “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Ed. Civitas SA, Madrid, 1981. ACOSTA SÁNCHEZ, José. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional – Fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, etc., etc., Por citar otros autores europeos cf.: BENDA, Ernst, et al. *Manual de Derecho Constitucional*. Traducción de Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. Sobre los distintos sistemas europeos adoptados desde la Segunda Guerra Mundial véase el trabajo del francés L. FAVOREAU: “Los Tribunales Constitucionales”, Ed. Ariel SA, Barcelona 1994; J.J. GOMES CANOTILHO: “Teoría de la Constitución”, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2003; O. BACHOF: “Jueces y Constitución”, etc. etc.

desembocó en el proceso de judicialización del ordenamiento conducido por el Tribunal Constitucional gracias a la fuerza vinculante de sus decisiones, que al mismo tiempo también se convirtieron en fuente del Derecho. Ocurre que, en gran medida, las demandas llevadas al conocimiento del Tribunal Constitucional pueden poseer el carácter de cuestiones o conflictos políticos bajo el aspecto de formulaciones de *litis* jurídica que la Corte Constitucional será llamada a solucionar, operando así la judicialización de la política. Schmitt, sin embargo, creía que la expansión de la Justicia Constitucional no transformaba al Estado en Jurisdicción sino a los Tribunales en instancias políticas, por lo que el efecto sería el de la politización de la justicia y no judicialización de la política<sup>101</sup>.

Refutando esos razonamientos, en breve síntesis es posible argumentar que:

- a) Aunque los Tribunales Constitucionales ejerzan jurisdicción, no forman parte del Poder Judicial. Moviéndose en distintas órbitas es imposible que se produzca roce, colisión o control con o sobre los poderes constituidos y, de esa forma, no sería posible que existiera ofensa al principio de la separación de poderes por tratarse de esferas distintas. A nuestro juicio, la ubicación de la legitimidad de las Cortes Constitucionales encuentra su justificación en la misma supremacía de la Constitución y en la soberanía popular expresada por medio del Poder Constituyente<sup>102</sup>;
- b) Por el contrario, la objeción de ofensa al principio democrático, aunque sea cierto que el juez no tenga legitimidad representativa en origen, aún así posee legitimidad funcional prevista en la propia Constitución que, además de ser democrática, es también un compromiso entre las más diversas y antagónicas fuerzas sociales, siendo el Tribunal Constitucional el instrumento para mantener el respeto a dicho compromiso por parte de los poderes públicos, evitando la vulneración por parte de la mayoría que ocupa el poder<sup>103</sup>;
- c) Respecto a la judicialización de la política, destaca la afirmación de WENGLER<sup>104</sup>, hace años, de que “el carácter político de un acto no

101 Cf. FIGUERUELO BURRIEZA, Angela. Novas tendências do Direito Constitucional na Europa. Versión brasileña de Maria Auxiliadora Castro e Camargo. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 44. n. 174. Brasília: Senado Federal, abril-junho 2007, para quién: “A crítica conservadora, cujo melhor representante foi K. SCHMITT, nega as possibilidades da justiça constitucional porque, em sua opinião, não transforma o Estado em jurisdição, mas sim, ao contrário, converte os Tribunais em instâncias políticas. Não juridifica a política, mas sim se politiza a justiça. Em sua opinião, a política não tem nada a ganhar, e a justiça tem muito que perder. Citado autor nega que a decisão sobre o conteúdo de uma lei tenha caráter jurisdicional sob o fundamento de que a Constituição não é matéria de decisão judicial, mas sim de decisão política do legislador. A final, os Tribunais Constitucionais se distinguem— assinala -, como uma segunda Câmara”.

102 Cf. CASTRO E CAMARGO, Maria Auxiliadora. Reforma do Judiciário. Tribunal Constitucional e Conselho Nacional de Justiça: controles externos ou internos? *Revista de Informação Legislativa*. ano 41 n. 164. Brasília: Senado Federal, outubro/dezembro de 2004.

103 Cf. PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 8ª ed. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2002, p. 934.

104 Cf. W. WENGLER: “Der Begriff des Politischen im Internationalen Recht”, 1956, pp. 40 y ss. *Apud* . FIGUERUELO BURRIEZA, Angela. “Nuevas tendencias del Derecho Constitucional en Europa”. En:

excluye un conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento le despoja de su carácter jurídico”.

No obstante, a pesar de las polémicas todavía existentes, el tema se encuentra largamente debatido y es bastante conocido. Hoy en día ya no caben dudas sobre que la Justicia Constitucional se ha consolidado y los efectos que sus decisiones pueden presentar; respecto a la ley elaborada por el legislador divergen en la técnica de los ordenamientos constitucionales de cada país, pero en general el control jurisdiccional se extiende sobre los tres poderes constituidos, e incluso, y principalmente, al legislador. Lo cierto es que la Justicia Constitucional se ha consagrado como legítima defensora de la supremacía de la Constitución, justificada en argumentos como la garantía y libertades fundamentales, integración apoyada en valores y protección de las minorías parlamentarias.

Sin embargo, esto no significa que referida consagración se haya realizado de manera pacífica ni que se haya olvidado la inquietante cuestión sobre ¿qué legitimación encuentran los jueces constitucionales para deshacer la labor legislativa de los representantes del pueblo, democráticamente elegidos?

#### 4.2. El control jurisdiccional contemporáneo

Como bien afirma ZAGREBELSKY, la Justicia Constitucional “es una adquisición reciente del Derecho Constitucional”<sup>105</sup>. Comulgando con la afirmación del profesor italiano, entendemos, además, que se trata del logro más importante del siglo XX porque la coronación de la Justicia Constitucional ha innovado los ordenamientos que la adoptaron, provocando en ellos un proceso de constitucionalización. Dicha constitucionalización de los ordenamientos, a su vez, ha provocado una irradiación de las normas constitucionales en todas las ramas del derecho.

En la actualidad, está asentado que los criterios para el control de constitucionalidad de las leyes parten de la dignidad de la persona humana, por el respeto y garantía de los derechos fundamentales y por la defensa de los principios y valores que presiden el Estado Democrático. En Europa, la afirmación del control de constitucionalidad se ha convertido en un rasgo distintivo de un régimen democrático, al mismo nivel que la separación de poderes, la independencia del Poder Judicial, la libertad de sufragio y el pluralismo de los partidos políticos y medios de comunicación<sup>106</sup>.

Así, hoy por hoy, no es posible pensar en la Justicia Constitucional como un mero “legislador negativo”. A partir de su asentamiento o consagración, hasta la justicia o injusticia de la ley -o de la actividad del legislador- empezaría a ser admitida y cuestionada. Ejemplo de tales afirmaciones lo encontramos en los

---

TORRES ESTRADA, Pedro (Cord). *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*. México: Limusa. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2006, pp 105/134. En idioma portugués: “Novas tendências do Direito Constitucional na Europa”. En: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 44, nº. 174, abril/junho de 2007. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, pp.73-95.

105 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 11.

106 Cf. ROUSSEAU, Dominique. *La Justicia Constitucional en Europa*. Traducido al español por Isabel Ortiz Pica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2002. p. 29.

argumentos del Tribunal Constitucional Alemán en el innovador fallo de 1968 sobre ciudadanía, que es mencionado por ROBERT ALEX<sup>107</sup>:

El derecho y la justicia no se encuentran a disposición del legislador. La concepción según la cual un 'legislador constitucional puede ordenar todo lo que quiera' significa una recaída en la actitud intelectual de un positivismo legal valorativamente neutro, superado desde hace tiempo en la ciencia y en la praxis jurídicas. Justamente la época del régimen nacionalsocialista en Alemania ha enseñado que también el legislador puede imponer lo injusto' (BVerfGE 3, 225 (232)). Por ello, el Tribunal Constitucional Federal ha afirmado que hay que negar a las disposiciones 'jurídicas' nacionalsocialistas la validez del derecho porque contradicen tan evidentemente principios fundamentales de la justicia que el juez que quisiera aplicarlas o aceptar sus consecuencias jurídicas dictaría no-derecho en vez de derecho (BVerfGE 3, 58 (119); 6, 132 (198)).

La 11 Ordenanza violó estos principios fundamentales. En ella, la contradicción con la justicia alcanzó una medida tan insostenible que debe ser considerada nula *ab initio* (cfr BGH, RzW 1962, 563; BGHZ 9,34 (44); 10, 340 (342); 16, 350 (354); 26,91 (93)). Tampoco adquirió eficacia por haber sido practicada a lo largo de algunos años o porque algunos de los afectados por la 'pérdida de ciudadanía' puedan, en su hora, en casos individuales, haberse conformado o hasta haber estado de acuerdo con ella. El no-derecho impuesto que viola manifestadamente los principios constitutivos del derecho no se vuelve derecho por ser aplicado u obedecido (BVerfGE 23,28 (106)).

La jurisprudencia de los distintos Tribunales Constitucionales europeos aún se desarrollaría en el sentido de admitirse una especie de "creación del derecho" en el afán de garantizar un efectivo cumplimiento de la Constitución. Por el momento únicamente destacamos que, a pesar de estar aceptada tal concepción de Kelsen del "legislador negativo", cabe decir que el desarrollo de los métodos de control de constitucionalidad de las leyes por parte de los diversos Tribunales Constitucionales ha desembocado en el surgimiento de técnicas de decisión cuyo fin supone una transformación sustancial del significado de una ley sometida a control.

En ese sentido, destaca la creatividad de las técnicas surgidas en Italia, que han dado vida a nuevos tipos de decisiones que, superando aquellas ya existentes, procuraban compatibilizar la tensión entablada con el Legislador al mismo tiempo que se reafirmaba en su papel de guardián de la Constitución. Lo cierto es que, entre los países comparados, la experiencia italiana es la más rica en el campo procesal constitucional. Las sentencias aditivas de principio han sido una respuesta a la inactividad del legislador, largamente estudiadas como solución para los casos de inconstitucionalidad por omisión. Ya las doctrinas del "derecho viviente" y de la "interpretación conforme" a la Constitución (*adeguatrice*) -ambas desarrolladas por la Corte Constitucional, como necesidad de superar las dificultades de manipular los efectos temporales de sus propias decisiones en razón de la rigidez impuesta por el artículo 136/CI- son ejemplos del esfuerzo y creatividad del Tribunal para dar respuesta a las consecuencias advenidas de sus propios fallos, principalmente en sus relaciones con los poderes constituidos<sup>108</sup>.

107 Cf. *El concepto y la validez del derecho*. Versión española de Jorge M. Seña. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 15.

108 Sobre las complicaciones de los efectos temporales de las sentencias, véase, con perfiles comparados: PEGORARO, Lucio. *La Corte e il Parlamento – Sentenze – indirizzo e attività legislativa*. Padova: 1987 BIN, Roberto.(cur.); BRUNELLI, Giuditta (cur.); PUGIOTTO, Andrea.(cur.).*Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte Costituzionale*'. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; BARTOLE, sergio. "Elaborazioni dottrinali e interventi normativi per delimitare l'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento

Las técnicas italianas también fueron adoptadas por España y Portugal<sup>109</sup>. En el caso español, ÁNGELA FIGUERUELO<sup>110</sup> cita los casos de las sentencias manipulativas que en su vertiente “aditiva” o “constructiva” – dice – suponen una función positiva o integradora del Tribunal, en contraste con la función “*nomofiláctica*” característica del legislador positivo, y ofrece como ejemplo de esta clase de sentencias, entre otras, las SSTC 103/83, del 22 de noviembre y 104/83 del 23 de noviembre, que extienden a los varones el derecho a una pensión por viudedad<sup>111</sup>.

Sin pretender alargar en el tema de las técnicas interpretativas en los países comparados, debemos mencionar que el intérprete constitucional asumió un papel tan relevante en la creación de derecho que muchos estudiosos, no sin razón, a menudo denuncian las nuevas competencias del juez constitucional, que ya no puede ser visto como simple ‘legislador negativo’, puesto que se ha transformado en una especie de “*legislador concurrente*” y, con una actividad extensa y penetrante, se empuja a remodelar la ley sobre los contenidos de la Constitución, formulando así, al mismo tiempo, la *Constitución-norma*, es decir, la específica concepción (elegida

---

della Corte costituzionale" en VV.AA. *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Milano: Giuffrè, 1989; PINARDI, Roberto. *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*. Milán: 1993; D'AMICO, Marilisa "Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità". Milano: Giuffrè, 1993; etc. Para una visualización panorámica, entre otros, véase CHELI, Enzo. *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*. Bologna: Il Mulino, 1996; Cerri, A. *et al.*, "I quarant'anni della giustizia costituzionale", *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1997, pp. 189 y ss. ZAGREBELSK, Gustavo. *Il giudice delle leggi artefice del diritto*. Napoli: Editoriale Scientifica (collana Lezioni magistrali), 2007; etc..

109 Cf. JORGE MIRANDA cita ejemplos más importantes de decisiones aditivas en Portugal: “*acórdão n.º 143/85, de 30 de Julho (sobre actividades docentes e advocacia), in Diário da República, La série, n.º 202, de 3 de Setembro de 1985; acórdão n.º 191/88, de 20 de Outubro (sobre pensões por morte em caso de acidentes de trabalho), ibidem, La série, n.º 231, de 6 de Outubro de 1988; acórdão n.º 231/94, de 9 de Março (sobre pensões de sobrevivência), ibidem, La série, n.º 98, de 28 de Abril de 1994; acórdão n.º 545/99, de 23 de Outubro (sobre subvenção mensal vitalícia a ex-titulares de cargos políticos), ibidem. 2.ª série, n.º 272, de 22 de Novembro de 1999. Mas o primeiro caso entre nós terá sido o tratado no acórdão n.º 95 da Comissão Constitucional, de 6 de Abril de 1978 (julgando inconstitucional a fixação de idade nubil para os indivíduos do sexo feminino inferior à fixada para os indivíduos do sexo masculino), in Apêndice ao Diário da República de 3 de Maio de 1978”.*

Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 746. No obstante comenta el profesor portugués que dichas decisiones viene siendo criticadas, tanto em Portugal como em Italia, por autores como GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*Constituição*, cit., pág. 104) y GUSTAVO ZAGREBELSKY (*La Giusria*, cit., págs. 158, entre otros).

110 Cf. FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. “La incidencia positiva el Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm. 81. julio-septiembre 1993, p. 71).

111 También merecen ser destacadas las sentencias SSTC 222/1992, del 11 de diciembre, y 3/1993, del 14 de enero, recaídas ambas con ocasión del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. En la primera de ellas, la duda de inconstitucionalidad recae sobre el artículo 58.1 de la *Ley de Arrendamientos Urbanos*, del 24 de diciembre de 1964, en la parte del mismo en que se atribuye al “cónyuge” del arrendatario fallecido —no, por tanto, al miembro superviviente de una unión de hecho— la facultad de subrogarse en el contrato de arrendamiento; en la segunda, la cuestión de inconstitucionalidad surge en relación con el derogado artículo 162.2 de la *Ley General de Seguridad Social*, en la medida en que dicha disposición reconoce en exclusiva a las “hijas y hermanas”, y por lo tanto, no atribuye a los hijos y hermanos del causante el derecho al percibo de las llamadas prestaciones en favor de familiares. A juicio del Alto Tribunal, la disposición cuestionada contiene en ambos casos un contenido normativo menor de aquel de debería tener desde la perspectiva constitucional (arts. 39.1, 47 y 41 de la CE); de ahí que su adecuación a la Constitución la realice mediante una doble y sucesiva operación, que por un lado es demolitoria o ablativa de la disposición legislativa en lo que esta tiene de norma excluyente y, por otro, reconstructiva, en cuanto aumenta el inicial contenido normativo de la disposición, introduciendo en la misma una norma positiva que sustituye a la originariamente negativa.

entre las contenidas en el texto) del significado de las normas constitucionales, que se afirman positivamente en el derecho concreto”<sup>112</sup>.

También hay que poner de manifiesto la importancia de la jurisprudencia constitucional en lo que respecta a la consagración de los Derechos Fundamentales, lo que ocasionó profundas transformaciones en la estructura de los sistemas jurídico-políticos una vez que “estos deben irradiar al Derecho en su totalidad como valores o ‘juicios de valor objetivos’ (objektive Wertentscheidungen)”<sup>113</sup>.

Los Derechos Fundamentales pasarán a vincular como Derecho directamente vigente al Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial. Esto, según ROBERT ALEXY<sup>114</sup>, significa la ruptura con la tradición constitucionalista del Imperio y de la República de Weimar, donde abundaron los derechos fundamentales tan sólo como declaraciones programáticas que no gozaban de tutela judicial. Aunque en determinados momentos puedan presentar tensiones con el legislador, el profesor alemán afirma que “Si antes valía decir: derechos fundamentales sólo en el marco de las leyes, ahora se quiere decir: leyes sólo en el marco de los derechos fundamentales. Así que una vez u otra el Tribunal ha contenido al legislador”<sup>115</sup>.

Actualmente, está aceptado que los derechos fundamentales estén incorporados en las Constituciones modernas. En la gran mayoría de sistemas constitucionales, las normas constitucionales que disponen sobre los derechos fundamentales no pueden ser objeto de revisión constitucional, una vez que se las considera como principios esenciales del ordenamiento constitucional que no pueden ser modificados de ninguna manera, aun cuando el texto constitucional no lo establece expresamente.

Al buscar la mejor interpretación posible para los dispositivos que protegen los derechos fundamentales, los jueces constitucionales son obligados a recurrir a procesos de argumentación, ponderación y racionalización destinados a capturar el sentido jurídico de preceptos éticos incorporados por la Constitución. Es a través de la ponderación y de la argumentación contenida en los fundamentos de las sentencias constitucionales como los tribunales asumen el papel de discutir públicamente el alcance de los principios y derechos, sustituyendo la antigua técnica interpretativa de la subsunción por la de la ponderación. Esto ha llevado a algunos juristas a hablar de una interpretación moral de la Constitución, afirmando que si el positivismo jurídico ha roto el vínculo entre Derecho y moral, el neoconstitucionalismo ha reanudado ese vínculo.

---

112 Cf. POZZOLO, Susanna (*Un constitucionalismo ambiguo*. En CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 193) cuyas afirmaciones están basadas en enseñamientos de RICARDO GUASTINI (*Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli, 1990) y PAOLO COMANDUCCI (*Interpretazione della costituzione*. En: *Assagi di metaética due*. Torino: Giappichelli, 1998, pp. 97-123).

113 Cf. ALEXY, Robert. Los Derechos Fundamentales en el Estado Democrático. En CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 34) que destaca la importancia de la Sentencia Lüth del año 1958, a partir de la cual cada juez deber tener en cuenta en cada decisión los derechos fundamentales.

114 *Idem, Ibidem*, p. 31.

115 *Idem, Ibidem* p. 34.

Lo mismo ocurre con la introducción de normas de “principios” en las Constituciones, lo que da lugar a que muchos entiendan que su concreción reclama una toma de posición moral en la actividad de interpretarlos. En ese sentido, DWORKIN<sup>116</sup> afirma que, poseyendo los principios contenidos morales que envuelven cuestiones de justicia y equidad, los jueces no solo pueden, sino que deben y, de hecho, realizan incursiones en la esfera moral con el objetivo de decidir casos concretos.

Cláusulas abiertas de la Constitución, como la del debido proceso legal o de igualdad, remiten al magistrado, obligatoriamente, a la esfera de los conceptos morales. Así, una Corte que asume el papel de aplicar estas cláusulas como derecho, también debe estar preparada para responder cuestiones referentes a la moralidad política. En ese sentido, cualquier juez o tribunal envuelto en la aplicación de los derechos fundamentales tendría la obligación de establecer juzgamientos morales. Para los que defienden tesis opuestas, Dworkin invita a la lectura de John Rawls, que a su juicio ha construido una teoría moral con bases mucho más sólidas que las del pasado, convirtiéndose así en imprescindible para los constitucionalistas.

Desde hace mucho tiempo, los tribunales constitucionales firmaron el consenso en el sentido de que los principios deben “irradiarse” sobre todo el ordenamiento: “La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa”<sup>117</sup>. Se concluye, pues, que la principalización del ordenamiento constitucional ha provocado el surgimiento de otra técnica interpretativa, que es la de sobreinterpretar la Constitución a través de la aplicación de principios generales de contenido indeterminado.

Esto envuelve importantes consecuencias, tales como la de considerarse el ordenamiento constitucional completo, es decir, sin lagunas, ya que contiene normas idóneas para decidir cualquier controversia. Las posibles lagunas serían rellenadas de acuerdo a como está interpretado el texto en cuestión. GUASTINI<sup>118</sup> nos proporciona un ejemplo de sobreinterpretación refiriéndose a la interpretación que la Corte italiana ha hecho del artículo 2, que “reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre”, interpretado en el sentido de que los derechos garantizados por la Constitución italiana no son solo aquellos que están expresamente enumerados en ella, sino también otros derechos subjetivos no precisados (Sentencias 215/1987 y 561/1987)<sup>119</sup>. Él mismo autor afirma que la técnica de

116 Cf. DWORKIN, Ronald M. *Constitutional Cases*, originalmente publicado en el *New York Review of Books*, 1972, y después en *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth 1977, 147, traducida a varios idiomas, destacando las versiones castellana e italiana que, al igual que la original, están disponibles en la Biblioteca Francisco de Vitoria de la Universidad de Salamanca.

117 Cf. FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. En: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 17.

118 Cf. GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico. En: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 61.

119 Un hecho curioso es que el Constituyente brasileño previó expresamente en el artículo 5º, § 2º que: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”. Sin embargo, la jurisprudencia de los tribunales todavía es muy tímida en la interpretación de esos derechos “implícitos”.



sobreinterpretar la Constitución es una práctica constante en Italia, no solo por la Corte Constitucional, sino por todos los órganos del Estado en ejercicio de sus competencias, así como de la doctrina<sup>120</sup>.

En definitiva, todos estos supuestos narrados, tales como el reconocimiento normativo o la fuerza vinculante de la Constitución; la supremacía de la Constitución dentro del sistema de fuentes; la rigidez constitucional, la cual indica una mayor dificultad de reforma para la mayoría legislativa, mayor fortaleza del modelo constitucional; la consagración y expansión de la jurisdicción constitucional; la enunciación de nuevos derechos individuales, económicos y sociales en los nuevos textos constitucionales; la inclusión de conceptos y valores constitucionales “principalizados”; los fallos de los Tribunales Constitucionales cuya labor interpretativa colaboró en el desarrollo de una nueva dogmática de interpretación constitucional; la presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y con los particulares (que está formado por principios, derechos y directrices más o menos precisos pero que están llamados a ser aplicados en los casos concretos), dieron lugar a un cambio de paradigmas que tuvo lugar a lo largo del siglo XX.

El fenómeno de la constitucionalización del derecho ha tenido como consecuencia la exigencia de revisión de las teorías clásicas, así como el desarrollo de nuevas herramientas conceptuales para explicar dichos cambios de paradigmas. Aparecen así, como hemos visto, nuevas doctrinas como las de Alexy, Dworkin, Zagrebelsky, Guastini, Ferrajoli, Comanducci y Pietro Sanchís, entre otros, que nos hablan sobre un posible neoconstitucionalismo<sup>121</sup>.

### 4.3. Sobre el nuevo constitucionalismo

PIETRO SANCHÍS<sup>122</sup> afirma que en una de sus acepciones el neoconstitucionalismo puede ser entendido como un cierto tipo de Estado de Derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Este modelo sería corolario de las dos grandes corrientes constitucionales que tradicionalmente han caminado separadas: la norteamericana, que estableció una Constitución garantizada sin contenidos normativos, y la europea que, al revés, estableció Constituciones con un denso contenido normativo pero sin garantías. El neoconstitucionalismo, por tanto, sería exactamente la conjugación de ambos modelos, cuya consecuencia sería un sistema de Constituciones normativas garantizadas jurisdiccionalmente a través de un control de constitucionalidad. El resultado sería, entonces, “una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”.<sup>123</sup>

120 Cf. GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del... *op. cit.* p. 61.

121 MIGUEL CARBONELL ha reunido a la gran mayoría de estos autores en su obra Neoconstitucionalismo(s) (CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003), donde incluso el propio título sugiere que existe más de un “neoconstitucionalismo”, siendo unánimes en ese sentido todos los juristas participantes del libro, ya que, seguramente, hasta ahora no se puede decir que haya un modelo consolidado. Avanzando un poco más en el examen del tema (que entiende escasamente estudiado), el profesor mejicano ha reunido análisis de renombrados autores en la obra: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

122 PIETRO SANCHÍS, Luis. “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”. En: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 123-158.

123 *Op. cit.* p. 127.

Es un hecho que las decisiones de los legisladores seguirán vinculando a los jueces, pero ahora únicamente será por medio de una interpretación constitucional de su menester. Esta vinculación es explicada por FERRAJOLI: “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a letra de la ley, cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”<sup>124</sup>. De acuerdo con dicha acepción, estaríamos ante una estructura a partir de la cual se construye el paradigma de la convivencia plural de una determinada comunidad. Su existencia se encuadra en la categoría de la validez, en tanto que una Constitución normativa y garantizada establecerá la validez o invalidez de las normas inferiores donde se sitúa la ley.

PAOLO COMANDUCCI<sup>125</sup>, aunque reconozca que sea un poco forzado, propone una clasificación de neoconstitucionalismo a partir de la conocida distinción que hace Bobbio entre tres acepciones de la expresión *positivismo jurídico*: como teoría, como ideología y como método. Desde este punto de vista, el neoconstitucionalismo –distanciándose así del constitucionalismo tradicional- se presenta como una concepción del Derecho contrapuesta al positivismo jurídico, una especie de iusnaturalismo. De esta forma, el neoconstitucionalismo sería a la vez una **teoría del derecho** que atenta contra los cambios normativos que han sufrido los ordenamientos jurídicos, que trata de dar cuenta de ellos adecuadamente y que postula la necesidad de una ciencia jurídica *normativa*, una ciencia jurídica que no sólo describe los derechos y deberes de los ciudadanos de acuerdo con lo que establece un determinado ordenamiento jurídico, sino que tiene como cometido valorar dichos contenidos desde el entramado axiológico de la Constitución. Igualmente, es una **ideología** que ‘se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución’; y es también una **metodología**: ‘el neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario –al menos respecto a situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral- la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral’.

Sin embargo, está claro que existen divergencias. SUZANNA POZZOLO<sup>126</sup>, por ejemplo, pone en evidencia lo que califica de ambigüedad existente entre la tesis neoconstitucionalista de la interpretación moral de la Constitución, y ofrece sólidos argumentos a favor de la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral y a favor de la autonomía del iuspositivismo metodológico.

Muchos otros estudiosos advierten que es necesario adoptar ciertas reservas a fin de no extender las perspectivas de la “princiología” constitucional, hasta el punto de afirmarse que toda regla puede ser ponderada o relativizada. Se alerta sobre los peligros de relativizar todo y cualquier bien o valor constitucionalmente

124 Cf. FERRAJOLI, Luigi. *La ley del más débil*. Versión española de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi. Madrid: 2001, p. 26.

125 “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 75-98.

126 Cf. POZZOLO, Susana. “Un constitucionalismo ambiguo”. En: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 187-210. Cf. POZZOLO, Susanna; DUARTE, Ecio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: : as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

protegido, y esto se debe a que actitudes llevadas al extremo, en lugar de contribuir con los discursos a la normatividad de la Constitución, pueden negarla al tornar todo muy subjetivo en el sentido arbitrario. Así, el irracionalismo, que la metodología del Derecho siempre ha intentado evitar, puede imperar en las decisiones jurisdiccionales, motivo por el cual hay que limitarse a la subjetividad pura y simple. Esto significa que el intérprete no puede ser enteramente libre en el momento de la ponderación. Cuando se admite la posibilidad de ponderación de los principios – considerando la inexistencia de jerarquía normativa en el sistema jurídico-constitucional y la inadmisibilidad de una llamada tabla predefinida de valores constitucionales – no se sostiene la posibilidad de ponderaciones abstractas que desconsideren el contexto del caso concreto, ni la posibilidad de decisiones pautadas en opciones ideológicas preestablecidas, ya que la ponderación no puede ser entendida como una “caja negra” de donde el intérprete extraiga lo que buenamente quiera<sup>127</sup>.

Existen otros tantos motivos que se podrían argumentar en contra de los actuales métodos de interpretación de la ley por parte de los jueces y los cambios de paradigmas del Constitucionalismo contemporáneo. No obstante, lo cierto es que, como bien afirma el propio CARBONELL<sup>128</sup>, “Lo que haya de ser el neoconstitucionalismo en su aplicación práctica y su dimensión teórica es algo que está por verse”.<sup>129</sup>

## 5. CODA

Por consiguiente, podríamos preguntarnos si no serían las consideraciones hasta ahora planteadas meras digresiones ajenas al tema propuesto, que tratará justamente del control de constitucionalidad de normas emanadas del Ejecutivo. Sin embargo, nos parece fundamental entender la fuerte influencia ejercida, en los ordenamientos actuales, por el escenario inicial, en el cual se discutía la autoridad de las leyes y el poder para elaborarlas con el objetivo de comprender por qué motivo, en el día de hoy, una ley puede simplemente no ser válida.

No fue nuestra intención hacer un desarrollo histórico de la trayectoria de la ley que abarcara toda su evolución o las transformaciones que su concepto pudiera haber sufrido con el paso del tiempo. Al contrario, hemos conseguido destacar solamente algunos puntos del panorama inicial en el que se desarrolló la potestad legislativa y que, a nuestro juicio, es importante para comprender dónde está situada la ley en el contexto político-jurídico actual, así como la competencia siempre ejercida por los poderes estatales con relación al Legislativo por el poder de legislar.

Es cierto que tuvimos la pretensión de demostrar -a través de una visión general- que independientemente de la forma de Estado o la forma de gobierno que haya sido adoptada en el mundo occidental, siempre existió una disputa por el poder de elaborar las leyes (que deberían ser observadas por una determinada

127 Cf. Walter Murphy, James Fleming e Sotirios Barber. *American constitutional interpretation*. Westbury: The Foundation Press, 1995, p. 413.

128 *Op. cit.* p. 11.

129 Respecto una discusión sobre los alcances teóricos del neoconstitucionalismo, véase el capítulo III de: CARBONELL; Miguel (ED). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid. Editorial Trotta, 2007.

sociedad) y que el problema de esta disputa no fue completamente solucionado, ni con la consagración del principio de la separación de poderes, ni con el advenimiento del constitucionalismo. Sin embargo, si antes las leyes eran elaboradas para ser observadas por una determinada sociedad, hoy, en el mundo globalizado, empiezan a atravesar las fronteras de los Estados, incluso se puede constatar la existencia de un Parlamento europeo. Por otro lado, los gobiernos se hacen cada día más fuertes en el ámbito interno de sus fronteras, aunque cada vez sean más condescendientes ante los intereses internacionales y de las potencias mundiales.

La mundialización de la economía, en un espacio donde compiten países que no tiene niveles similares de protección social, hace que el ordenamiento interno de cada Estado se transforme para atender cada vez más intereses internacionales. Menos mal que, con el advenimiento del (neo) constitucionalismo como movimiento político-jurídico, se han alterado profundamente los valores “humanos” al destacar los derechos fundamentales y se han creado Tribunales internacionales que pretenden asegurar la protección de estos derechos.

Hoy vemos renacer los debates que objetivan la aprobación de un proyecto de Tratado Constitucional para la Unión Europea<sup>30</sup>, lo que seguramente conllevará a mecanismos de protección de esta Carta. El fenómeno de la globalización sobrepasa los límites de la economía para abarcar el mundo jurídico. Aún así, todavía no nos parece que la disputa que manifiestan los gobiernos por el poder de legislar, haciendo deslizar la potestad legislativa de acuerdo con las conveniencias del juego político-social, haya perdido su importancia en el mundo globalizado. Al contrario, nos parece que adquieren especial importancia las formas de controlar este poder.

No obstante, como hemos mencionado anteriormente, dichas formas de controlar el poder de legislar se presentan de maneras muy distintas en Europa (específicamente en España, Italia, Portugal) y Brasil. Por este motivo, nos parece más didáctico dedicarnos en el próximo capítulo a estudiar los órganos que realizan en control de constitucionalidad en mencionados países, para solo entonces, a la postre, pasar a demostrar en los capítulos siguientes cuáles son los supuestos que legitiman a los Poderes Ejecutivos para elaborar normas con rango de ley y cómo esta actividad legislativa está controlada por los Guardianes de la Constitución en los países que nos hemos propuesto comparar. Aunque el trabajo adoptará el método comparativo, a partir de ahora limitamos el objeto del estudio a los ordenamientos constitucionales de Brasil, España, Italia y Portugal y sus recíprocas influencias.

---

130 A propósito véase: FIGUERUELO BURRIEZA. Ángela. *Luces y sombras del Tratado Constitucional Europeo*. Madrid: Dykinson, 2006.

## II. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EUROPA Y BRASIL

*“En la actualidad, la concepción constitucional clásica según la cual la ley es obra de del Parlamento está superada. Por el contrario, ahora la ley es obra de tres instituciones concurrentes: el Ejecutivo, que en todos los Estados europeos detenta la iniciativa de la casi totalidad de los textos legislativos y, en la práctica, domina el orden del día de las Asambleas; el Parlamento, que a pesar de su declive mantiene la potestad de discutir, enmendar y votar la ley, y el Tribunal constitucional que, según los casos, puede anular ciertas disposiciones legislativas, precisar el sentido de la ley, definir sus modalidades de aplicación, limitar o ampliar su alcance, incluso aconsejar al Legislador sobre la adopción de nuevas disposiciones”*  
(Dominique Rousseau)<sup>131</sup>

**SUMARIO: II.1 LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EUROPA CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS SISTEMAS ESPAÑOL, ITALIANO Y PORTUGUÉS.** 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 2. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. 3. LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA. 3.1 CREACIÓN Y MODELO; 3.2 NORMAS OBJETO DEL CONTROL; 3.2.1 EL MOMENTO DEL CONTROL. 3.3 COMPOSICIÓN Y DURACIÓN DEL MANDATO; 3.3.1 CALIFICACIONES, IMPEDIMENTOS E INMUNIDADES DE LOS MIEMBROS; 3.3.2 ELECCIÓN DEL PRESIDENTE. 3.4 FUNCIONAMIENTO Y COMPETENCIAS. 4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. 4.1 CREACIÓN Y MODELO; 4.2 NORMAS OBJETO DEL CONTROL; 4.2.1 EL BOLQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA; 4.2.2 EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO; 4.2.3 EL MOMENTO DEL CONTROL. 4.3 COMPOSICIÓN Y DURACIÓN DEL MANDATO; 4.3.1 CALIFICACIONES, IMPEDIMENTOS E INMUNIDADES DE LOS MIEMBROS; 4.3.2 – ELECCIÓN DEL PRESIDENTE. 4.4 FUNCIONAMIENTO Y COMPETENCIAS. 5. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL. 5.1 CREACIÓN Y MODELO; 5.2 NORMAS OBJETO DEL CONTROL; 5.2.1 EL MOMENTO DEL CONTROL. 5.3 COMPOSICIÓN Y DURACIÓN DEL MANDATO; 5.3.1 CALIFICACIONES, IMPEDIMENTOS E INMUNIDADES DE LOS MIEMBROS; 5.3.2 ELECCIÓN DEL PRESIDENTE. 5.4 FUNCIONAMIENTO Y COMPETENCIAS. 6. BRASIL Y EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 6.1 CREACIÓN Y MODELO; 6.2 NORMAS OBJETO DEL CONTROL; 6.2.1 EL MOMENTO DEL CONTROL. 6.3 COMPOSICIÓN Y DURACIÓN DEL MANDATO; 6.3.1. CUALIFICACIONES, IMPEDIMENTOS E INMUNIDADES DE LOS MIEMBROS; 6.3.2 ELECCIÓN DEL PRESIDENTE. 6.4 FUNCIONAMIENTO Y COMPETENCIAS. 7. EL INTENTO DEL CONSTITUYENTE BRASILEÑO DE 1987/88 DE ESTABLECER UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU LEGITIMIDAD. **II.2 EN TORNO AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO Y SUS INFLUENCIAS.** 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 2. FORMAS DE CONTROL. 2.1 PREPONDERANCIA: DEL CONTROL JURISDICCIONAL Y JUDICIAL. 2.2 CONTROL (POLÍTICO) EJERCIDO POR EL LEGISLATIVO. 2.2.1 PREVENTIVO, 2.2.2 REPRESIVO. 2.3 CONTROL (POLÍTICO) EJERCIDO POR EL EJECUTIVO. 2.3.1 PREVENTIVO, 2.3.2 REPRESIVO. 2.3.2.1 INAPLICACIÓN DE LA LEY POR PARTE DEL JEFE DEL EJECUTIVO. 2.3.2.2 INTERVENCIÓN FEDERAL. 2.4 ESQUEMA. 3. CONTROL JURISDICCIONAL EN EL SISTEMA BRASILEÑO. 3.1 LA FORMACIÓN DEL MODELO BRASILEÑO. 4. CONSTITUCIÓN DE 1934: LA REGLA DEL *FULL BENCH* Y EL CONTROL EN ABSTRACTO. 5. INSTRUMENTOS BRASILEÑOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD. 5.1 LAS ACCIONES DIRECTAS Y EL CONTROL EN ABSTRACTO. 5.1.2. SOBRE EL CONTROL DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN. 5.2 LOS INSTRUMENTOS DEL CONTROL DIFUSO. 5.2.1 CONTROL COLECTIVO DE LA CONSTITUCIONALIDAD. 5.2.2. *MANDADO DE SEGURANÇA* INDIVIDUAL. 5.2.3 EL *MANDADO DE INJUNÇÃO*. 6. SOBRE LAS SÚMULAS Y LOS EFECTOS VINCULANTES EN EL DERECHO BRASILEÑO. 7. EL *STARE DECISIS* Y EL PAPEL DEL SENADO. 8. CODA.

131 ROSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Traducción de Isabel Ortiz Pica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 97.

## II.1 LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EUROPA CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS SISTEMAS ESPAÑOL, ITALIANO Y PORTUGUÉS

*“Hoy, cuando se razona sobre la justicia constitucional, se alude, comúnmente, al cotejo, por parte de un órgano jurisdiccional (que actúa pues en posición de independencia) entre constitución (formalizada y rígida) y normas a ella subordinadas; una verificación reforzada por el poder de expulsar las normas contrarias al ordenamiento jurídico”*  
(Lucio Pegoraro)<sup>132</sup>

### 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Se acepta sin discusión alguna que la Justicia Constitucional ha nacido como una necesidad lógica del principio de la supremacía de la Constitución, que sitúa esta Carta Suprema en el vértice del ordenamiento jurídico, no confiriendo validez a ninguna norma que la contradiga. Sin embargo, en el caso de que surja dicha contradicción, el propio ordenamiento jurídico deberá encargarse de proporcionar mecanismos que reaccionen ante semejante situación. Tales mecanismos de defensa de la Constitución<sup>133</sup> se concretizan gracias al control de constitucionalidad de las leyes, que es el centro de la justicia constitucional<sup>134</sup> y que puede asumir formas variadas.

132 PEGORARO, Lucio. *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*. Versión española de Marta León Alonso, Madrid: Dykinson, 2004, p. 16. Aclara el profesor italiano que “Dentro de la zona gris de la indeterminación semántica, los usos lingüísticos relativos a las palabras “justicia constitucional” hacen aflorar al menos dos sentidos principales. Con ellas, hay quienes denominan *lato sensu* cada comparación realizada por cualquiera –ya sea un órgano *ad hoc*, un juez ordinario, el mismo legislador u otros- entre normas constitucionales (o consideradas como tales) y otras normas. Generalmente, en tal caso, se vuelve a distinguir entre justicia constitucional “política” y justicia constitucional “jurisdiccional”.

133 El concepto de defensa de la Constitución comprende las Garantías Constitucionales y la protección de la Constitución. Las Garantías Constitucionales son “los medios jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado” (FIX ZAMUDIO, Héctor, “Introducción al estudio de la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año 1, n° 1, enero-abril de 1968, pp. 92-93. El conjunto de instrumentos de garantías de las normas constitucionales ha sido denominado con el nombre de Justicia Constitucional, concepto que acentúa el carácter predominantemente valórico de estos instrumentos y su preciso sentido jurídico (FIX ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de la evolución constitucional 1940-1965*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1968. pp. 9-18).

134 El profesor PEGORARO, cuestionando eventuales dudas a respecto del uso semántico de la expresión “Justicia Constitucional”, concluye que la terminología es utilizada de modo fungible a “control de constitucionalidad” y “jurisdicción constitucional” en países cuyo idioma descende del latín, como en España, Francia, Italia y Portugal: “*Si potrà discutere, ad es., se la terminologia utilizzata sia fungibile con altra, come «controllo di costituzionalità», o «sindacato di costituzionalità», denunciando le differenze - evidenziate dalla dottrina, dalla legislazione e dalla giurisprudenza - tra esercizio della giustizia ed esercizio del controllo; ma osservando che, ad onta delle diversità riscontrate, per quanto riguarda il nostro tema le espressioni sono fungibili, giacché nel linguaggio tecnico come in quello comune l'uso le ha consacrate come tali, ed e appunto l'uso che assegna i significati alle parole. Ciò accade, ad es., nei linguaggi e nei meta-linguaggi giuridici dei Paesi di lingua spagnola, portoghese, francese, italiana»* (PEGORARO, Lucio. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Torino: Giappichelli, 1998, p. 2).

Como vimos previamente, la noción de jurisdicción constitucional ha surgido inicialmente en el Derecho norteamericano, señalando como hito referencial la fecha de 1803, cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos, capitaneada por el *Chief Justice* John Marshall<sup>135</sup>, profirió la célebre decisión en el caso *Marbury vs Madison*, declarando la inconstitucionalidad del acto del Congreso frente la Constitución Federal. Nació, de esta forma, la jurisdicción constitucional difusa, cuyo modelo ha sido el primero en servir como modelo de exportación a otros continentes, influyendo en distintos ordenamientos y que, para muchos autores, ha sido la más grande contribución norteamericana al Derecho Constitucional<sup>136</sup>.

Al otro lado del Atlántico, la idea de infalibilidad de la ley se derrumba en el viejo continente, y de las ideas del jurista vienés Hans Kelsen nace el *Verfassungssgerichtssbarkeit* introducido posteriormente en la Constitución austríaca de 1920. Surgía, entonces, la jurisdicción constitucional concentrada, caracterizada por conferir legitimidad para la defensa la Ley Fundamental a un único órgano. Era la institución de la figura del Tribunal Constitucional creado e ideado por Kelsen.

La desconfianza de los jueces llevó a Europa a preferir el modelo kelseniano de una jurisdicción constitucional concentrada en un Tribunal *ad hoc* (un órgano especial al que se le encarga, con carácter exclusivo, que intervenga en las cuestiones de inconstitucionalidad). Este Tribunal posee la función de “legislador negativo”, en tanto que puede derogar una ley o una norma con fuerza de ley con alcance general, es decir, *erga omnes*. En cuanto al juez ordinario, no se le reconoce competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma; esa tarea es atribuida con carácter monopólico a un único Tribunal Constitucional.

En aquellos momentos, en el mundo sólo se conocían dos modelos de control de constitucionalidad: El difuso, también denominado sistema norteamericano (*judicial review*), cuya característica principal es la pluralidad orgánica en cuanto a los defensores de la Constitución, ya que está a cargo de los jueces del Poder Judicial; y el kelseniano de la jurisdicción constitucional especial (*Verfassungsggerichtsbarkeit*), cuya característica principal es la unicidad orgánica a cargo de un Tribunal Constitucional.

Hacemos aquí un apartado para registrar que, en oposición a estos dos modelos de control jurisdiccional que nos interesan, encontramos otra especie de modelo de control de constitucionalidad de las leyes denominado “control político”<sup>137</sup>.

135 Aunque es cierto que hubo precedentes en Inglaterra y en Virginia en torno de la declaración de la supremacía de la Constitución por el Poder Judicial, no consiguieron retirar a Marshall el mérito de consagrar un sistema que se expandió con éxito. En el plan teórico, Alexander Hamilton ya había expuesto la tesis en *El Federalista n. 78*. Antes de Hamilton, en Inglaterra, en el *Bonham's Case*, de 1610, el Juiz Edward Coke ya había afirmado la superioridad del *Common Law* frente a los Estatutos, como una especie de control sobre la validez de las leyes (Cf. CORWIN, Edward S. *Constituição Norte-Americana: e Seu Significados Atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986, p. 173). No obstante, aunque no se tratara de tesis inédita ni original, lo cierto es que ha sido con *Marbury vs Madison* cuando ha ganado el mundo y ha enfrentado con éxito las resistencias políticas y doctrinarias de matices diversos.

136 En Brasil encontraría su mayor defensor en Rui Barbosa y posteriormente sería positivado en el artículo 59 de primera Constitución Republicana de 1891 y, enseguida, en la Constitución Política de la República Portuguesa de 1911. Se extendería incluso por países de varios continentes como Nueva Zelanda, India, Canadá, México, Argentina... etc.

137 Por regla general, el control por órganos políticos radica en el propio Parlamento, como ocurre, además de en Francia, en otros países como China y Cuba; o en órganos de naturaleza “*sui generis*”, como fue el

Su origen lo encontraremos en Francia, cuya Constitución de 1958 – arts. 56 a 63 – creó el *Conseil Constitutionnel* con competencia para ejercer el control preventivo de constitucionalidad de las leyes. Se trata de órgano compuesto por nueve miembros temporales y otros natos (que son los ex Presidentes de la República). Aunque en Francia la creación del Consejo Constitucional en 1959 que, según afirma FAVOREU<sup>138</sup>, “en su origen no parece haber tenido las mismas finalidades”, lo cierto es que ha adoptado un modelo distinto de examen de constitucionalidad, optando por control preventivo, al contrario de lo que ocurría en los demás países europeos, que adoptaban un control represivo.

La característica más destacada es exactamente en razón del momento en que dicho control de constitucionalidad es ejercido, es decir: la defensa de la Constitución se ejerce durante el proceso de elaboración de la ley. En este modelo, al contrario que el control jurisdiccional (que, generalmente, es ejercido *a posteriori*), el control es ejercido preventivamente para impedir que un acto normativo entre en el sistema jurídico, ya que es incompatible con la Constitución. En ese aspecto, franceses e ingleses mantienen un rasgo común: la preferencia por el Poder Legislativo, a diferencia de la opción americana, que se inclina por el Poder Judicial.

En Europa, el modelo que mayoritariamente se consolidó fue aquel que en su día configuró Kelsen y que fue inaugurado con la Constitución de Austria (y enseguida inspiró la Constitución española de 1931). Más tarde, en la década de 1940, se extendería a Alemania e Italia, cuando empezaría a ser conocido también como modelo europeo-continental y sería posteriormente implantado en la España de 1978. Dicho modelo se convertiría igualmente en modelo de exportación para otros países europeos<sup>139</sup> y cruzaría los océanos para instalarse también en los continentes americano, africano y asiático.

Sin embargo, era de esperar que la importación de los modelos debiera atender a las particularidades internas de los ordenamientos, razón por la que la Justicia Constitucional asumió, a lo largo de su historia, las formas más peculiares y complejas de las que se tiene conocimiento. Así, más que modelos estancos fundados en los clásicos sistemas norteamericano o austríaco, la jurisdicción constitucional en los diferentes países estaría caracterizada por modelos híbridos, contruidos de forma creativa de acuerdo con la heterogeneidad cultural que caracteriza cada región. De esta forma, es posible concluir que la tradicional distinción entre los dos modelos clásicos se encuentra hoy por hoy relativizada, por lo que resulta difícil hablar de manera simplista sobre jurisdicción constitucional difusa y jurisdicción constitucional concentrada.

---

Consejo de la Revolución, en la Constitución portuguesa de 1976 (hasta que una reforma constitucional lo eliminó reemplazándolo por un Tribunal Constitucional en la década de los ochenta); el Consejo de los Custodios en Irán, integrados por teólogos musulmanes que verifican la armonía del texto jurídico con el Corán, que constituye la Ley Suprema del Estado y se sitúa sobre la Constitución Jurídica; o el Tribunal de Garantías Constitucionales del Ecuador, con una integración de representantes de organismos sociales y económicos y cuyos dictámenes no tenían carácter vinculante, hoy reemplazado por un Tribunal Constitucional.

138 FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Versión española de Marc Carrillo. Barcelona: Ariel, 1994, p. 14.

139 Esto no significa que todos los países europeos hayan rechazado el modelo americano. Autores como FAVOREU citan como ejemplos de Estados europeos que adoptaron sistemas de justicia constitucional inspirados en el modelo americano Grecia, Dinamarca, Suecia y Noruega. (*Los Tribunales Constitucionales*. *Op. cit.* pp. 16-17)



PEGORARO sostiene que ha sido la introducción del control incidental, primero en Alemania e Italia y luego en España, el origen de la discusión de una “hibridación” de los modelos jurisdiccionales. Aunque afirme que la literatura publicista hasta hace poco tiempo no consideraba que la dicotomía clásica estuviera en crisis, resalta que hoy no es menor la parte de la doctrina que considera que dicha “hibridación” resultó en un modelo propio, es decir, verdadero *tertium genus*<sup>140</sup>. Sin embargo, el profesor italiano resalta que en los tres países pioneros a la hora de introducir la incidentalidad de acceso, la hibridación no caracterizaría un modelo propio, ya que no puede ocultar la realidad de que el elemento de difusión solo se halla en la fase introductoria del proceso y no en la decisoria, puesto que la decisión está reservada a un tribunal *ad doc*<sup>141</sup>. La diversidad de “subespecies” que resultó de la hibridación de los modelos en las diversas familias jurídicas, sus clasificaciones, su importancia, sus características y excentricidades son temas que despiertan gran interés, pero que no caben en el marco de este trabajo<sup>142</sup>.

Lo que ahora nos interesa analizar es la expansión del control que se ejerce a través de un órgano específico, generalmente denominado por Tribunal Constitucional que suele monopolizar la declaración de inconstitucionalidad de las leyes por influencia del modelo kelseniano, y que nos servirá como paradigma para, más adelante, destacar su influencia en la construcción del modelo brasileño, todavía inacabado.

## 2. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

La historia de estos Tribunales Constitucionales está dividida por FAVOREU<sup>143</sup> en tres fases que nombra como “oleadas”. La primera comenzaría en 1920 con la

140 “Existem, entretanto, situações cuja hibridação entre o tipo americano e modelo austríaco se desemboca em um modo diferente: em alguns ordenamentos, junto com o controle difuso conferido às cortes, são atribuídas competências especiais a determinados órgãos centralizados chamados a exercer de alguma forma o controle de constitucionalidade. A excentricidade dessas soluções consiste em que elas encontram realização em sistemas do civil law, em que, só em casos esporádicos a inidoneidade dos pronunciamentos dos juízos ordinários para produzir eficácia erga omnes vem temperada com a autoridade outorgada ao precedente judicial, que raramente, vincula as cortes inferiores.” (Cf. PEGORARO, Lucio. “A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional”. Traducción al portugués de María Auxiliadora Castro e Camargo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Ano 42, nº. 165, jan-mar 2005, pp. 59-76).

141 En ese sentido, Alemania, Italia y España serían, por tanto, paradigma de exportación del modelo europeo y Portugal puede clasificarse como modelo propio en el que existe la posibilidad de provocar directamente al Tribunal Constitucional contra la decisión del juez que deja de aplicar la ley.

142 Para una mayor profundización del tema remitimos a: PEGORARO, Lucio. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Torino: G. Giappichelli, 1998; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional, una visión de derecho comparado*, Madrid: Dykinson, 2009. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El control de constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su génesis en el pasado siglo*, in MIRANDA, Jorge. *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora 1996, p. 965 y ss; PIZA ROCAFORT, Rodolfo E. “Influencia de la Constitución de los Estados Unidos en las Constituciones de Europa y de América Latina”, en *Rev. Fac. Der. Un. Complutense*, 1989, nº 15, p. 681 y ss; GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coordinadores). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997; BLANCO DE MORAIS, Carlos. *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (editor), 2009; BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional - Tomo I - 2ª Edição*, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade. Coimbra Editora 2007.

143 FAVOREU, Louis. *Tribunales Constitucionales*. Traducción al castellano de Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel, 1994, p. 14.

creación del Tribunal Constitucional checoslovaco<sup>144</sup> y con el Alto Tribunal Constitucional de Austria por la Constitución del 1 de octubre de 1920<sup>145</sup>. La segunda “oleada” se daría después de la Segunda Guerra Mundial, cuando se restableció el Tribunal austríaco en 1945 y que posteriormente sería seguido por Italia (1948) y Alemania (1949)<sup>146</sup>. La tercera gran oleada empieza en la década de 1970 con la creación del Tribunal Especial Superior Griego (1975<sup>147</sup>), el Tribunal Constitucional portugués (1976/1982), el Tribunal Constitucional español (1978) y el de Bélgica (Tribunal de Arbitraje, 1983). Posteriormente se extendería a los países de Europa del Este y las repúblicas nacidas de la disolución de URSS y Yugoslavia a partir de 1991 (Albania, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Hungría, Lituania, Moldavia, República Checa, República Eslovaca, Rusia, Ucrania, etc.)

La instalación de los tribunales en esta zona de Europa se realizó siguiendo el modelo que ofrecían otros casos ya asentados en el Derecho Comparado según el paradigma austríaco; los ejemplos que despertaron mayor interés fueron el alemán, el italiano y el español (y en menor medida el francés).

Incluso antes de la caída del régimen socialista, algunos países ya habían iniciado sus experiencias en el tema de control de constitucionalidad inspirados en el modelo kelseniano (en Yugoslavia en 1963, en Checoslovaquia en el año 1968 y en Polonia en el año 1982) creando una jurisdicción especial compuesta por miembros elegidos por la Asamblea Popular, a quien confiaron el control de constitucionalidad de las leyes.

Se percibe que los cambios de régimen político están en el origen de la mayoría de los Tribunales Constitucionales europeos. Asimismo, además de Europa Occidental y posteriormente Europa del Este, los Tribunales Constitucionales aparecen aún como elementos de consolidación de la democracia en varios países por todos los continentes a los que se extendieron<sup>148</sup>, pudiendo ser encontrados en

144 Cf. la Constitución del 29 de febrero del 1920, que creó un Tribunal Constitucional con siete miembros.

145 Dentro de esta primera fase, FAVOREU incluye también la Constitución española del 1931, que instituyó un Tribunal de garantías constitucionales que duró hasta la toma del poder por Franco. A su vez, ROUSSEAU afirma que en esta primera fase, aunque en menor medida, la República de Weimar e Irlanda también fueron influenciadas a la hora de adoptar mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, las crisis políticas vividas en la Europa de entonces no permitían que dichos mecanismos se desarrollaran normalmente, a pesar de que esta fase haya dejado “huellas en los espíritus” (ROUSSEAU, Dominique *La justicia constitucional en Europa. op. cit.* pp. 14 y ss).

146 En esta fase, FAVOREU añade la creación del Tribunal turco (1961), yugoslavo (1963) y el Consejo Constitucional francés, aunque resalta que su origen no tiene las mismas finalidades. ROUSSEAU incluye también a Japón (1947).

147 Cabe resaltar que esta Ley Fundamental del 09 de junio de 1975 creó mecanismos para tutelar las disposiciones de la Constitución con influencias tanto del sistema americano como del austríaco. La Constitución griega que creó un Tribunal Constitucional con influencia exclusivamente austríaca y alemana fue la Constitución del 29 de septiembre de 1968, cuando el gobierno de Grecia se basaba en una dictadura militar.

148 A propósito, léanse las palabras del profesor PEGORARO en el prólogo de la obra del profesor SEGADO: “A favorecer una parcial metamorfosis en las clásicas categorías del control de constitucionalidad de las leyes ha contribuido la progresiva evolución de los regímenes latinoamericanos, anteriormente cargados a menudo de autoritarismo y populismo, hacia formas de gobierno que responden en mayor medida a los cánones liberal-democráticos, de un lado; y el repentino abandono, a caballo de los años 80-90, de la forma de Estado del socialismo real, de parte de los estados del bloque soviético, y su consecuente ingreso en el club de la democracia liberal, de otro. La justicia constitucional pertenece ya a la estructura genética de la democracia liberal, al extremo que más de uno duda de la configuración de esta última, en ausencia de controles de conformidad de las leyes a la Constitución.” *La giustizia costituzionale nel XXI secolo (il progressivo avvicendamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano) – La justicia constitucional ante el siglo XXI (la*

América del Sur (en países como Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, etc.); África (como África del Sur, Madagascar, etc.<sup>149</sup>), Centroamérica (Costa Rica); Asia (Corea, Japón).

Sin embargo, FAVOREU<sup>150</sup> advierte que no todas las Cortes Constitucionales instaladas a lo largo y ancho del planeta merecen el apelativo de Tribunales Constitucionales. Por regla general, los Tribunales Constitucionales no forman parte del Poder Judicial<sup>151</sup> y están integrados por miembros letrados<sup>152</sup>, pero una parte importante de ellos no proviene del poder judicial y se nombra a través de órganos políticos representativos, como son el Parlamento, el gobierno o ambos. Ejemplos de ello son los Tribunales Constitucionales de Austria, Alemania, Andorra, Bélgica, Italia, España, Eslovaquia, Francia, Hungría, República Checa, Rusia, Rumanía, Portugal, Polonia, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala y Perú, entre otros.

Aunque la proliferación de los Tribunales constitucionales por el globo terrestre sea creciente, lo que nos interesa en nuestra investigación es verificar la influencia que los prototipos europeos pasaron a ejercer sobre la jurisdicción constitucional brasileña, que en su origen había adoptado el modelo americano. De ahí viene la importancia de intentar conocer un poco más a fondo (aunque sea *an passant*) la estructura y el funcionamiento de la Cortes europeas.

### 3. LA CORTE ITALIANA

#### 3.1 Creación y modelo:

La elección del Constituyente italiano fue la de introducir en la Constitución italiana del 27 de diciembre de 1947 un control de constitucionalidad confiado a un órgano distinto del Poder Judicial que denominó *Corte Costituzionale* (Cf. artículos 134 a 137/CI). Sin embargo, las leyes de desarrollo de la Constitución, previstas en el artículo 137/CI para disciplinar las condiciones de existencia de la Corte, no fueron aprobadas antes del 1953 (Leyes Constitucionales nº 1, del 9 de febrero de 1948 y nº 1, del 11 de marzo de 1953; y Ley ordinaria nº 87, del 11 de marzo de

---

*progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*), n. 5 della Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series, Bologna: Libreria Bonomo editrice, 2003, p. 11.

149 Sin embargo, tal como nos recuerda PEGORARO, la tendencia de las ex-colonias francesas es la de aproximarse al modelo del control preventivo. Así ocurre en Congo, Senegal, Chad y Togo (*A circulação, op. cit.* p. 69)

150 FAVOREU, Louis. "Tribunales Constitucionales". *La jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. GARCÍA BELAUNDE, D. - FERNANDO SEGADO, F. (coordinadores). Madrid: Dykinson, 1997, pp. 95-115.

151 Es necesario precisar que esta regla tiene excepciones, como son los casos de los Tribunales Constitucionales de Alemania, Colombia y de Bolivia, entre otros casos, los cuales forman parte de la estructura orgánica del Poder Judicial. Aún existen lugares en los cuales dicho control sólo lo ejerce el órgano superior del Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia, como son los casos de Costa Rica, Uruguay, Paraguay, Irlanda, Japón, Chile.

152 Una de las clasificaciones posibles de los Tribunales Constitucionales se da exactamente en virtud de su composición, que pueden clasificarse en **órganos letrados**, cuando están compuestos por abogados y jueces, como son todos los controles desarrollados por los Tribunales de Justicia y por Tribunales Constitucionales compuestos sólo de letrados es el caso de Chile, Colombia, Guatemala, Perú, Bolivia, España, Portugal, Italia, Austria, Hungría y Alemania, entre otros; **en órganos legos**, como sería el Consejo de los Custodios en Irán o como fue el Consejo de la Revolución en Portugal; o en **órganos mixtos** compuestos tanto de letrados como de legos, tal como fue el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales del Ecuador y es el caso del Consejo Constitucional Francés en la actualidad.

1953). Por todo ello, la Corte no entró en funcionamiento hasta el 23 de abril de 1956.

Hasta que no se le dio el efectivo funcionamiento de la Corte, el control de constitucionalidad fue un control de tipo difuso (pero sin la presencia del *stare decisis*) confiado a la magistratura conforme determinaba la disposición transitoria n. VII<sup>153</sup>. La creación de la Corte consagró el control concentrado, de invención austríaca (*Verfassungskontrolle*) e incluso se inspiró en el modelo alemán, aunque también contempló una participación – aunque limitada- de los demás órganos jurisdiccionales que, en su origen, estaría asociado al modelo de control difuso de origen norte-americano (*judicial review*). Por esta razón, la doctrina admite por unanimidad tratarse de un modelo mixto<sup>154</sup>.

En el sistema italiano no existe previsión de un control de constitucionalidad de naturaleza política<sup>155</sup> que debe ser realizado por un órgano independiente, tal como ocurre en el modelo francés, donde el control es ejercido previamente a la publicación de la ley.

### 3.2 Normas objeto de control

La Constitución italiana establece que la Corte Constitucional tiene competencia para decidir: “*sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni*” (art. 134.1/CI). Luego entonces, no hay ninguna duda sobre la competencia de la Corte para ejercer el control de constitucionalidad de los *decreti-legge*, una vez que la propia Constitución italiana define estos actos gubernamentales como *provvedimenti provvisori con forza di legge*. (art. 77.1/CI).

En el sistema italiano, únicamente los actos normativos primarios están sujetos a control de constitucionalidad. Los actos secundarios son controlados por el contencioso administrativo (que puede anularlos) o por el contencioso ordinario (que puede dejar de aplicarlos)<sup>156</sup>. Consecuentemente, serían objeto de control: las leyes

153 Cuyo texto es el siguiente: “*Fino a quando non entri in funzione la Corte costituzionale, la decisione delle controversie indicate nell'articolo 134 ha luogo nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione*”.

154 “*Va innanzi tutto ricordato che l'ordinamento italiano configura un sistema che può essere considerato «misto» da più prospettive visuali: non solo infatti fonde diffusione e accentramento, ma altresì contempla ipotesi di accesso diretto e, infine, pure il sindacato preventivo*”. (PEGORARO, *Lineamenti... op. cit.* p. 30). “*Per questo si definisce tale modello misto: esso combina sindacato accentrato de controllo da un lato, e modi di accesso diretto (ricorso in via principale) e indiretto (ricorso in via incidentale) dall'altro*”. (BARBERA, Augusto y FUSARO, Carlo. *Corso di diritto pubblico*. Bologna: Il mulino, 2001, p. 370)

155 Sin embargo, algunos autores admiten la presencia, aunque pequeña, de esta especie de control, concretamente en los casos de los Decretos-leyes: *Un esempio di controllo politico è offerto dal vigente regolamento del Senato, in cui è prevista una forma di controllo preventivo di costituzionalità in sede di esa del disegno di legge di conversione di un decreto-legge governativo, da affidarsi alla commissione affari costituzionali. Questa è chiamata ad esprimere un proprio parere sulla esistenza dei presupposti di necessità e urgenza richiesti dall'articolo 77, 2° comma della costituzione. Ove il parere fosse negativo, spetta all'assemblea deliberare in via pregiudiziale sull'esistenza dei presupposti (art. 78 RS). Soltanto il vaglio positivo della assemblea consente al disegno di legge di conversione di proseguire il proprio iter parlamentare* (VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionali*, terza edizione. Padova: CEDAM, 2001, p.616).

156 Sin embargo, no es regla absoluta que los actos secundarios no pueda llegar a ser fiscalizados por la Corte Constitucional. BARBERA y FUSARO explica que dichos actos pueden ser controlados por la Corte en el ámbito de una competencia y fines diversos como en el caso de los conflictos de atribuciones (*Cf. Corso...op.*

ordinarias del Estado; las leyes regionales y las leyes de las provincias autónomas de Trento y Bolzano; los actos con fuerza de ley del Estado. Igualmente, según la doctrina y jurisprudencia constitucional, se admite el control sobre las leyes constitucionales y las leyes de revisiones constitucionales<sup>157</sup>.

En cuanto a la *incostituzionalità sopravvenuta*, el Tribunal admitió el examen de leyes anteriores a la Constitución (Sentencia nº 1/1956), posibilidad que, según la doctrina, debe quedar limitada a las hipótesis en las que, no afectando al problema de la abrogación de la norma, sea suscitado un posible conflicto interpretativo con la Constitución<sup>158</sup>.

### 3.2.1 El momento del control

El control de constitucionalidad en Italia es esencialmente sucesivo, pero el art. 127/CI contempla la posibilidad del control previo<sup>159</sup>, antes de la promulgación de la ley: “*Quest'ultimo si registra solo quando il Governo, entro termini prestabiliti, impugna una delibera legislativa regionale, non ancora promulgata, dopo che il commissario del Governo l'ha rinviata al Consiglio regionale e questo l'ha riapprovata*”<sup>160</sup>.

### 3.3 Composición y duración del mandato

La Constitución disciplina (directa o indirectamente) la composición y el *status* de los miembros de la *Corte Costituzionale* y lo hace -según BARBERA y FUSARO<sup>161</sup>- como forma de asegurar que en el ejercicio de sus funciones operen en posición de plena independencia de cada uno de los Poderes. Por esta razón, reparte -en partes iguales de un tercio- el nombramiento de los jueces a cada uno de los Poderes del Estado. De esa forma, la Corte Constitucional se compone de quince (15) jueces, siendo cinco (5) nombrados por el Presidente de la República,

---

cit. p. 372).

157 Sobre los actos objeto de control, véase: VERGOTTINI, *Diritto...op. cit.*, p. 620-622; ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988. Específicamente cuanto a los Decretos-leyes cf. CICONETTI, Stefano Maria. *Lezioni di giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2001, pp 21-40.

158 VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale. op. cit.* p. 620.

159 El poder de iniciativa en el control preventivo está limitado al Estado y a las Regiones. Las leyes regionales son analizadas por el Gobierno anteriormente a la promulgación y a la publicación. No aceptando el Consejo de la Región las observaciones formuladas, puede ser enjuiciada la respectiva acción ante el Tribunal Constitucional en los quince días siguientes a la deliberación regional. Se trata de un control claramente preventivo.

Las impugnaciones de las Regiones, por su parte, son sucesivas, debiendo ser enjuiciada en los treinta días siguientes a la publicación de la ley del Estado o, tratándose de una ley de otra Región, en los sesenta días siguientes. Al fijar plazos para la deflagración del control concentrado, el sistema italiano prestigia la seguridad y la certeza jurídica en detrimento de la propia preeminencia de la Constitución. El texto del artículo 127 es el siguiente:

*Il Governo, quando ritenga che una legge regionale ecceda la competenza della Regione, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione.*

*La Regione, quando ritenga che una legge o un atto avente valore di legge dello Stato o di un'altra Regione leda la sua sfera di competenza, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale entro sessanta giorni dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente valore di legge.*

160 PEGORARO, Lucio. *Lineamenti... op. cit.* p. 30.

161 Cf. *Corso di diritto pubblico, cit.* p. 370.

cinco por el Parlamento<sup>162</sup> y cinco por la Magistratura Superior (art. 135.1/CI), que ocuparán los cargos durante nueve años, quedando prohibida la prórroga (art. 135.3 y 4/CI).

El Tribunal, cumpliendo con el *quórum* mínimo de once jueces, delibera con la mayoría absoluta de los votantes, no admitiéndose la divulgación de los votos disidentes. “Todas las decisiones se toman por el cuerpo colegiado como tal, sin que exista la posibilidad de que un magistrado exprese razones concurrentes o disidentes sobre el sentido del fallo”<sup>163</sup>. En el ámbito de los países que en esta investigación compara, Italia es el único Tribunal donde los votos particulares son secretos<sup>164</sup>. En los demás países predomina el criterio de la publicidad.

Junto con la composición ordinaria, la Corte puede presentar una composición integrada cuando es llamada para juzgar los crímenes de la Presidencia de alta traición y atentado contra la Constitución (art. 134.3/CI) después de haber sido acusado el Jefe de Estado por el Parlamento en sesión conjunta por mayoría absoluta de sus miembros. En ese caso, el Tribunal estará integrado 16 miembros elegidos al azar de una lista de 45 personas elegibles para senador, lista que el Parlamento prepara cada nueve años a través de la elección con los mismos procedimientos que el nombramiento de los jueces. Para estas ocasiones, la Corte debe ser de, al menos, 31 jueces y los agregados deben ser la mayoría (Cf. art. 135.7/CI).

162 El nombramiento por parte del Parlamento se hace por las dos Cámaras Legislativas en conjunto. No obstante, destaca la doctrina que la Corte Constitucional solo pudo entrar en funcionamiento el 23 de abril de 1956 porque el Parlamento, en ocho años, no alcanzó a designar los cinco jueces que le correspondían (Cf. FAVOREU, *Los Tribunales... op. cit.* p. 85).

163 Véase CARBONELL, Miguel. “Gustavo Zagrebelsky, juez constitucional”. *Estudios constitucionales, Santiago*, v. 6, n. 2, 2008, que sobre los votos particulares en Italia afirma que Zagrebelsky justifica esta peculiaridad aduciendo que de esa forma se proyecta hacia fuera un fuerte sentido de unidad del tribunal. Además, de esa manera se protege la colegialidad de los trabajos de los magistrados al interior de la Corte, ya que saben que ninguno de ellos tiene voz propia, sino que deben necesariamente hablar como tribunal: “mientras que en otros países los jueces constitucionales están dotados de personalidad propia e individualidad institucional, en Italia los jueces constitucionales –a los que se reconoce la más plena subjetividad dentro del colegio– no son nada fuera del Tribunal. Sólo existen como parte del Tribunal... El carácter colegial y unitario del Tribunal asume un particular significado por la ausencia de votos particulares... La razón más profunda hay que buscarla en la exigencia de unidad: uno de los tantos valores de la colegialidad”. (Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002008000100018&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100018&lng=pt&nrm=iso)>.

Última fecha de consulta: 28/07/2009). No obstante, BALAGUER CALLEJÓN señala que en Italia la polémica en relación a la publicación de los **votos particulares** ha sido bastante fuerte “y los mismos jueces y la doctrina están fuertemente divididos al respecto. A pesar de los pronunciamientos favorables de muy prestigiosos juristas (Mortati, Calamandrei, Lavagna, Lombardi, Capelletti, etc.) y de los reiterados y vigorosos esfuerzos realizados desde los años setenta para su introducción, han prevalecido por ahora los temores sobre una posible politización del órgano y sobre una pérdida de la unidad de *indirizzo* de la jurisprudencia de la Corte” (Cf. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco et al. *Derecho Constitucional*. Vol. I, Madrid: Tecnos, 1999, p. 250).

164 No obstante, en Bélgica y Francia se mantiene la tradición continental de la colegialidad anónima de las sentencias. Se observa, también, que en Alemania no se publicaban los votos particulares. El Constituyente alemán, al elaborar la Ley Fundamental de Bonn (1949), discutió arduamente sobre la posibilidad de consagrar la publicidad de los votos particulares, pero venció la corriente partidaria del secreto y solo con la Reforma de la Ley del Constitucional de 1970 se incorporó la institución al tiempo que suprimió ¿DÓNDE SE CIERRAN LAS COMILLAS? “la posibilidad de reelección de los jueces constitucionales como medio de evitar peligros que pudieran amenazar su libertad interna. La práctica del *sondervotum* realizada desde entonces ha sido evaluada muy positivamente en este país, porque ha permitido la valoración y la protección de la personalidad de cada juez disidente y ha servido para avivar la discusión jurídica dentro y fuera del Tribunal, así como para orientar la jurisprudencia de futuro, previniendo al público de la posibilidad de cambio y evolución (K. Schlaich). Cf. BALAGUER CALLEJÓN. *Derecho Constitucional cit.* p. 250.

### 3.3.1 Cualificaciones, impedimentos e inmunidades de los miembros

Los miembros de la Corte Constitucional deben ser profesores ordinarios de derecho de las universidades; magistrados (incluso los jubilados) de las jurisdicciones superiores, ya sean las ordinarias o las administrativas y abogados con más de veinte años de ejercicio (art. 135.2/CI). Los jueces constitucionales gozan de las mismas prerrogativas políticas y penales que los Parlamentarios (art. 68/CI). De esta forma, no pueden ser perseguidos o cesados de sus cargos a menos que sea por decisiones de la propia Corte.

La Constitución italiana no establecer límites de edad para ejercicio del mandato de juez. Sin embargo, el mandato es incompatible con el ejercicio de cualquiera actividad, ya sea política, profesional e incluso de docente o cualquier otra función pública (art 135.6/CI).

### 3.3.2. Elección del Presidente

El Tribunal elegirá a su presidente entre sus propios miembros para un mandato de tres años, permitiéndose la reelección (a excepción del término del plazo decadencial de nueve años).

Sobre la elección del Presidente, el Reglamento General de la Corte Constitucional, modificado el 26 de febrero de 2002<sup>165</sup>, dispone que:

*7. - L'elezione del Presidente ha luogo a scrutinio segreto sotto la presidenza del giudice più anziano di carica.*

*Nel caso in cui venga a scadenza il mandato di giudice del Presidente, la Corte deve essere convocata per una data compresa fra il giorno del giuramento del giudice che lo sostituisce ed i dieci giorni successivi. Qualora la sostituzione non sia ancora intervenuta, la Corte deve essere convocata per una data non anteriore alla scadenza del termine di cui all'art. 5, secondo comma, della legge costituzionale 22 novembre 1967, n. 2 e non successiva al decimo giorno dalla scadenza medesima.*

*Funzionano da scrutatori i due giudici meno anziani.*

*Avvenuta la proclamazione, gli scrutatori distruggono le schede della votazione.*

Sin embargo, se nota que la praxis es que el presidente sea elegido entre los jueces que están cerca de la conclusión del mandato, práctica que se justifica por el objetivo de garantizar un cierto grado de movilidad en el puesto.

El Presidente es quien designa el Vicepresidente (Cf. art. 22-bis del Reglamento y 6, de la *legge 11 marzo 1953, n. 87*). El Presidente también tiene atribuciones separadas de su *Ufficio*, dispuestas en el Reglamento conforme a lo siguiente:

Atribuciones del Presidente:

*2. - I poteri di polizia sono esercitati dal Presidente, che si avvale dei commessi della Corte. Egli può concordare con le autorità competenti eventuali servizi di polizia .*

*La forza pubblica non può entrare nella sede della Corte se non per ordine del Presidente.*

3. - *Qualora nell'interno della sede della Corte vengano commessi fatti che possano costituire reati di oltraggio alla Corte o ad uno dei suoi componenti nell'esercizio o a causa delle sue funzioni, il Presidente può ordinare l'arresto immediato dell'autore di detti fatti e la sua consegna all'autorità competente.*

22. - *Il Presidente rappresenta la Corte, la convoca, ne presiede le sedute, sovrintende all'attività delle Commissioni ed esercita gli altri poteri che gli sono attribuiti dalla legge e dai regolamenti.*

#### **Atribuciones del Ufficio de la Presidencia:**

25. - *(1) L'Ufficio di Presidenza è costituito dal Presidente o, in caso di impedimento o per sua delega, dal Vice Presidente designato ai sensi dell'art. 6, ultimo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e da due Giudici designati dalla Corte mediante sorteggio. Al sorteggio non possono partecipare, oltre al Presidente ed al Vice Presidente, i componenti dell'Ufficio di Presidenza sorteggiati la volta precedente, ad eccezione del Giudice supplente (2).*

*In caso di impedimento di alcuno dei Giudici l'Ufficio di Presidenza è integrato da un Giudice supplente designato dalla Corte mediante sorteggio.*

*I componenti sorteggiati durano in carica per un triennio.*

*Se uno o più componenti cessano dalla carica si procede alla loro sostituzione.*

*Il Segretario generale partecipa, senza diritto di voto, alle sedute dell'Ufficio di Presidenza e ne redige il verbale.*

*L'Ufficio di Presidenza può chiamare ad intervenire, con voto consultivo, per singoli affari il Presidente della Commissione competente o il Giudice cui sia stato affidato uno specifico incarico.*

*Ogni Giudice che non fa parte dell'Ufficio di Presidenza può intervenire alle sedute senza voto deliberativo.*

*L'ordine del giorno deve essere comunicato a tutti i Giudici costituzionali.*

*Il Presidente rimette all'esame della Corte i provvedimenti deliberati dall'Ufficio di Presidenza, quando un Giudice lo richieda entro cinque giorni dal ricevimento del verbale della seduta.*

*Trascorso il termine di cui al comma precedente senza alcuna richiesta di rimessione i provvedimenti diventano esecutivi.*

*Nei casi di urgenza, l'Ufficio di Presidenza può deliberare l'immediata esecutività.*

*Tutte le deliberazioni dell'Ufficio di Presidenza e quelle della Corte assunte ai sensi del comma ottavo sono depositate nella Segreteria generale.*

*(1) Articolo sostituito dall'art. 5 delle Modificazioni al Regolamento generale approvate il 26 settembre 2002, e di poi modificato dall'art. 1 della delib. della Corte costituzionale 22 giugno 2006. La versione originale dell'articolo era già stata sostituita con la delib. della Corte costituzionale del 4 maggio 1995. Il 1 comma era già stato modificato in precedenza (10 dicembre 1971) e sostituito ancora da ultimo dall'art. un. delle Modifiche al regolamento generale approvate il 12 febbraio 1977.*

*(2) Comma modificato dall'art. 1 della delib. della Corte costituzionale 14 luglio 2009.*

26. - *(1) All'Ufficio di Presidenza spettano le seguenti funzioni:*

*1) esame e proposta del bilancio di previsione e del rendiconto consuntivo e degli indirizzi generali per la gestione finanziaria ed amministrativa, da sottoporre alla approvazione della Corte;*

*2) direttive per la gestione finanziaria e amministrativa in conformità agli indirizzi determinati dalla Corte;*

*3) trasferimenti di somme tra capitoli del bilancio, nelle ipotesi previste dal regolamento di contabilità e per i capitoli indicati in sede di bilancio, e prelevamenti dal fondo di riserva per spese impreviste;*

*4) approvazione di programmi di ristrutturazione e adeguamento degli immobili sede della Corte e dei relativi impianti e servizi;*

*5) nomine e incarichi dei responsabili preposti ai servizi e uffici della Corte;*



6) deliberazione di procedere alla copertura di posti vacanti del personale di ruolo della Corte, approvazione dei bandi e nomina delle commissioni giudicatrici;

7) conferimento degli incarichi previsti dal regolamento dei servizi e del personale e richieste di comando, di distacco o di collocamento fuori ruolo di personale di pubbliche amministrazioni nei casi previsti dai regolamenti;

8) autorizzazione al personale, comunque in servizio presso la Corte, ad assumere incarichi estranei all'attività della Corte previsti dalle norme in vigore;

9) deliberazione di ogni altro atto attribuito espressamente all'Ufficio dai regolamenti della Corte.

L'Ufficio di Presidenza può affidare a singoli Giudici o a commissioni di Giudici, anche con la partecipazione di esperti estranei, compiti istruttori per oggetti specifici; può inoltre nominare commissioni a carattere tecnico con compiti consultivi.

### 3.4 Funcionamiento y competencias:

El funcionamiento de la *Corte Costituzionale* tiene previsión constitucional en los artículos 134 al 137 de la Constitución italiana, en la ley constitucional nº 1 de 1948, la ley constitucional nº 2 de 1967, la ley nº 87 de 1953 y en otras normas *integrative* y en el *Regolamento generale della Corte costituzionale*.

Como principal atribución, se delega a la Corte juzgar las controversias relativas a la "legitimidad constitucional" de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las regiones (art. 134 de la Constitución y art. 2º de la ley constitucional nº 1/1948) - fórmula cuya amplitud encuentra resonancia en el sistema parlamentario de gobierno y en la forma de Estado, que, a pesar de ser titulada de unitaria, atribuye considerable autonomía a las regiones.

Otras atribuciones de la *Corte Costituzionale* son también: A) resolver los conflictos de competencias entre los Poderes de Estado y los conflictos entre el Estado y las regiones, así como los conflictos entre las regiones (art. 134.2); B) conocer las acusaciones promovidas por el Parlamento reunido contra el Presidente de la República<sup>166</sup> en caso de alta traición y atentado contra la Constitución; C) decidir acerca de la admisibilidad de los referendos abrogativos, una competencia muy específica de la Corte que consiste en el pronunciamiento sobre la posibilidad de organizar un *referendum* cuando se recogen 500.000 (quinientas mil) firmas favorables a esta iniciativa.

La duda en cuanto a la legitimidad constitucional de la norma, concebida en abstracto (*controllo astratto*), exige que sea indicado "el dispositivo de la Constitución o de la ley constitucional que se sostiene violado" (Ley nº. 87, del 11 de marzo de 1953). Aunque están prohibidas las "valoraciones de naturaleza política y el control sobre el uso de los poderes discrecionales del Parlamento" (Ley en el 87/1953, art. 28), eso no ha impedido la fiscalización de la constitucionalidad desde la valoración de los principios constitucionales, con la realización de un *bilanciamento fra valori*, bien como la identificación del exceso de poder legislativo y la infracción al postulado de la no arbitrariedad<sup>167</sup>.

166 Hasta 1989 la CC también poseía competencia para decidir sobre las acusaciones contra el Presidente del Consejo de los Ministros y aún de los Ministros, competencia que ha sido suprimida por la revisión constitucional de 16/01/1989.

167 VERGOTTINI, *Diritto... cit.* p. 625.

Como peculiaridad, se admite el control de constitucionalidad tomándose como parámetro las fuentes normativas subordinadas a la Constitución, también denominadas de normas interpuestas (*norme interposte*<sup>168</sup>), de lo que es ejemplo el deber de que las regiones, en su producción normativa, observen los límites planteados por la ley del Estado (art. 117 de la Constitución). Como se percibe, la violación a la Constitución es indirecta, siendo necesariamente invocada la integración de su fuerza normativa, llevada a efecto por el legislador infraconstitucional, para fines de control de constitucionalidad<sup>169</sup>.

Sumándose a la impugnación en sede principal, se tiene aquella iniciada por vía de excepción, realizado de forma incidente a un procedimiento jurisdiccional en curso (art. 1º de la ley constitucional nº 1/1948 y art. 23. 1 y 3, de la ley en el 87/1953 – *controllo concreto*), siendo la única vía abierta a los particulares, al *Pubblico Ministero*<sup>170</sup> y a las demás personas jurídicas de derecho público que no sean el Estado y las regiones. El órgano judicial, incluso de oficio, identificando la presencia de una *cuestiõne pregiudiziale di costituzionalità* que no se muestre manifiestamente improcedente y su relevancia para el juicio del mérito, emite un

168 El concepto de *norme interposte* está aclarado por CICCONEETTI en los siguientes términos: “*Per valutare l’esattezza dell’altra affermazione della Corte* [referencia del autor a la sentencia nº. 348 del 2007 de la Corte Constitucional], *secondo la quale le norme interposte sono norme di rango sub-costituzionale, vale a dire “di rango subordinato alla Costituzione ma intermedio tra questa e la legge ordinaria”, occorre partire dalla seguente premessa: il grado gerarchico - o, a seconda dei casi, la sfera di competenza - di una fonte è quello che le è attribuito dalle relative norme sulla produzione ed è sempre lo stesso nei rapporti con le altre fonti. Esemplicando, una legge costituzionale è, ai sensi dell’art. 138 Cost., sempre gerarchicamente superiore a tutte le altre fonti; la legge ordinaria e gli atti con forza di legge sono sempre gerarchicamente superiori ai regolamenti amministrativi i quali, a loro volta, lo sono nei confronti della consuetudine. Il grado gerarchico di una fonte può essere variabile soltanto quando ciò le è espressamente consentito dalla norma sulla produzione che la disciplina, come avviene, ad esempio, per le leggi di esecuzione dei Patti lateranensi che, ai sensi dell’art. 7, comma 2, Cost., possono essere modificate unilateralmente con legge costituzionale ovvero con legge ordinaria se le modifiche sono state accettate dalle due parti. (...)*”

*In questo senso, l’esempio tipico di norma interposta è rappresentato dalla legge di delega e dunque è a quest’ultima che occorre fare riferimento per verificarne il grado gerarchico. Se fosse esatto che essa, in quanto norma interposta, ha un grado sub-costituzionale, tale grado, in conformità alla premessa di cui sopra, dovrebbe operare nei confronti di tutte le fonti di grado inferiore, vale a dire in primo luogo (e via via a scendere) nei confronti delle leggi ordinarie: queste ultime, pertanto, non potrebbero abrogare una legge di delega pena la loro illegittimità. Tuttavia, la realtà è completamente diversa perché, in pendenza di una delega conferita al Governo dal Parlamento, niente impedisce a quest’ultimo di abrogare (sia espressamente, sia tacitamente) la legge di delega vigente per: a) disciplinare esso stesso con una nuova legge l’oggetto della precedente delega; b) rinunciare a disciplinare con legge la materia in questione ritenendo più opportuno il ricorso ad altre fonti, sia superiori sia inferiori; c) non ritenere più necessario, per i motivi più vari, modificare le disposizioni vigenti in materia, astenendosi, pertanto, da qualsiasi nuovo intervento normativo”. Cf.*

CICCONEETTI, Stefano Maria. *Creazione indiretta del Diritto e norme interposte*. Disponible en: [http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia\\_costituzionale/cicconetti.html#\\_ftnref18](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia_costituzionale/cicconetti.html#_ftnref18) Última fecha de consulta: 16.06.2009.

169 Cf. SICLARI, Massimo. *Le "Norme Interposte" nel Giudizio di Costituzionalità*. Padova: Cedam (Collana: Ist. dir. pubbl. Fac. giur.-Univ. Roma) 1992, pp. 03-04 y también: LAVAGNA, Carlo. *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della “manifesta infondatezza”*. Milano: Giuffrè, 1957; CICCONEETTI, Stefano Maria. *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*. Disponible en: [http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia\\_costituzionale/cicconetti.html](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia_costituzionale/cicconetti.html), Última fecha de consulta: 03.04.2010.

170 A pesar de que el Ministerio Público integra el Poder Judicial (art. 107 de la Constitución), no acogiendo el juez la cuestión de inconstitucionalidad por él suscitada, la doctrina ha reconocido la imposibilidad de que la materia sea sometida a la apreciación del Tribunal Constitucional, pues el *Pubblico Ministero es “sempre più parte y sempre meno giudice”* (ZANON, Nicolo. *Pubblico Ministero y Costituzione*, Padova: Cedam, 1996, p. 142/156).

decreto motivado (*ordinanza di rimessione*) y somete la cuestión a la apreciación de la *Corte Costituzionale*, suspendiendo el proceso principal.

Corresponde al órgano judicial indicar el resultado pretendido: declaración de inconstitucionalidad de la norma, realización de interpretación conforme a la Constitución, etc. Proferida la *ordinanza di rimessione*, además de la publicación, son notificadas las partes, el Ministerio Público (en los casos en los que interviene), el Gobierno (Presidente del Consejo de Ministros o Presidente de la Junta Regional, conforme el caso) y el Legislativo (los Presidentes de las dos Cámaras del Estado o el Presidente del Consejo Regional). Apreciada la cuestión por el Tribunal, la decisión vinculará al órgano judicial y el proceso principal seguirá su curso normal.

Los pronunciamientos de rechazo tienen efectos *inter partes*. No obstante, en el caso de que se decida ser fundada la cuestión de constitucionalidad suscitada en vía principal o incidental, el Tribunal declara, con efectos *erga omnes*<sup>171</sup>, la ilegitimidad constitucional de la norma (art. 18 de la ley en el 87/1953), cuya eficacia cesa en el día inmediato a la publicación de la sentencia (art. 136 de la Constitución<sup>172</sup>).

Con la sentencia nº 1 del 5 junio de 1956, la CC declaró su competencia para decidir las controversias relativas a la legitimidad constitucional de la ley, incluso aquellas aprobadas antes de la entrada en vigor de la Constitución<sup>173</sup>. También es plenamente factible que la inconstitucionalidad de una norma pueda acarrear la declaración de inconstitucionalidad de otra norma con ella estrictamente relacionada (*illegittimità conseguenziale*) o incluso la *repristinazione* de norma revocada (*riviviscenza*)<sup>174</sup>.

---

171 DI CELSO, Manlio Mazziotti y SALERMO, Giulio M. *Manuale de Diritto Costituzionale*, Padova: Cedam, p. 493

172 El artículo 136/CI parece establecer para la Corte una elección tajante entre estimación o rechazo de la cuestión. “El artículo 30 de la ley número 87 de 1953, sobre la Corte Constitucional, ha acentuado esta rigidez, introduciendo, con una interpretación no del todo descontada del artículo 136, la retroactividad necesaria de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad. La ley declarada inconstitucional es expulsada por tanto del ordenamiento *erga omnes* y *ex tunc*, automáticamente, en virtud de las normas referidas, sin alguna posibilidad para la Corte Constitucional de diferir los efectos de la decisión, o de circunscribirlos en el tiempo y en el espacio”. Se aprecia, no obstante, algunos proyectos de reforma del artículo 136 constitucional, como el aprobado el 4 de noviembre de 1997 por la Comisión parlamentaria para las reformas constitucionales “estaban orientados a permitir a la Corte diferir en el tiempo los efectos de las sentencias estimatorias, con el fin de dar al legislador la posibilidad de intervenir sobre la materia antes de crearse la laguna; pero han quedado en un estadio meramente proyectual” (Cf. GROPPPI, Tania. “¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”. Traducción de Miguel Carbonell. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie Año XXXVI. Número 107 Mayo-Agosto. Año 2003, pp. 481-504). También disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/107/pr/pr0.pdf>, última fecha de consulta: 20.08.2009). Debe verse, también, la opinión de VERGOTINI (*Diritto... cit.* p. 635) que resalta que aunque el art. 136/CI sea indicativo de que la declaración de inconstitucionalidad, produce efectos *ex nunc* (*per l'avvenire*), no debe ser interpretado en su literalidad. En el plan del control incidental, vale observar que la norma dejará de ser aplicada en el proceso que ya estaba en curso, demostrando que la decisión produce efectos *ex tunc* (*per il passato*), interpretación armónica con el art. 30. 3, de la ley en el 87/1953, que dispone sobre la imposibilidad de aplicación de la norma “en el día sucesivo a la publicación de la decisión”, qué alcanza la relación procesal hasta entonces suspendida.

173 Cf. *illegittimità costituzionale sopravvenuta* – Di Celso y Salerno, *Manuale... op. cit.*, p. 495

174 Sobre las sentencias de la *Corte Costituzionale*, véase, por todos, MARTÍN DE LA VEGA., Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

Es importante destacar, por la importancia que ejerció sobre los demás países comparados, que desde la edición de la sentencia 8 de 1956 la *Corte Costituzionale* mantuvo la idea de que estaba en su poder adoptar, de forma autónoma, la interpretación capaz de adecuar la norma impugnada en conformidad con la Constitución sin necesidad de declarar su inconstitucionalidad. Era el inicio de las llamadas *sentencias interpretativas*<sup>175</sup> (primero las sentencias interpretativas de rechazo en los años 60 y luego las sentencias interpretativas de admisión a partir de los 70), que situó el control de constitucionalidad en Italia a un proceso complejo de creatividad creciente que hasta hoy día es largamente utilizado como paradigma de exportación de nuevas técnicas y mecanismos de decisiones.

## 4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

### 4.1 Creación y modelo

La mejor doctrina española entiende que la decisión del Constituyente español de 1978 de crear un Tribunal Constitucional ha sido adoptada de una forma “casi natural”<sup>176</sup>. En verdad, la primera experiencia de justicia constitucional en España tuvo lugar con la Constitución Republicana de 1931, que instituyó el Tribunal de Garantías Constitucionales. Así, una vez ultrapasado el período dictatorial, era absolutamente natural que se creara un Tribunal destinado a defender la Constitución democrática.

Aunque el título noveno de la Constitución de 1978 haya sido dedicado a esta nueva jurisdicción constitucional, el Tribunal Constitucional fue creado oficialmente el 12 de julio de 1980 y empezó a funcionar el 15 de julio del mismo año. Antes de comenzar sus actuaciones, fue necesario que se aprobase la Ley Orgánica nº 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional – LOTC<sup>177</sup>, que ha regulado las condiciones de funcionamiento y estatuto de sus miembros, permitiendo el nombramiento de los primeros magistrados el 15 de febrero de 1980.

175 Los últimos años han sido especialmente pródigos en la resolución de conflictos legislativos mediante decisiones interpretativas (las decisiones interpretativas en sentido estricto comprenden las interpretativas de rechazo y las interpretativas de admisión). El origen de las sentencias interpretativas y manipulativas (estas últimas son aquellas que encuentran su fundamento en la necesidad de poner fin a las omisiones relativas del poder legislativo y se subdividen en aditivas y substitutivas), va indisolublemente unido a la evolución histórica de los Tribunales Constitucionales, caracterizada por la dificultad de encuadrar el sistema de control de constitucionalidad dentro del modelo kelseniano, en el que, según la expresión de Gascón Abellán, la ley es ejecución de la Constitución de la misma manera que la sentencia es ejecución de la ley. (Cf. GASCÓN ABELLÁN, Marina. “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 41. mayo- agosto 1994, p. 76). Para una visión de las sentencias constitucional en Italia, véase GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico. En: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 49-73, donde encontramos ejemplo de sentencias substitutivas (así entendidas como aquellas en las cuáles la norma sometida a la Corte es sustituida por una norma distinta, creada por la propia Corte) a partir del año 1969: *la Sentenza 15/1969 del 12 febbraio Corte Costituzionale della Repubblica italiana*; y MARTÍN DE LA VEGA., Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2003.

176 En ese sentido, RUBIO LLORENTE, ARAGÓN REYES y FERNÁNDEZ SEGADO afirman, citados por FERNÁNDEZ SEGADO en el artículo “La jurisdicción constitucional en España” publicado en GARCÍA BELAUNDE, Domingos; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coordinadores). *El sistema constitucional en España*. Madrid: Dykinson 1992, p. 631.

177 Que sería posteriormente modificada por la Ley Orgánica 8/1984, 8/1984, 6/1988, 7/1999, 1/2000, 6/2007 y 1/2010, del 19 de febrero.

La opción del Constituyente español fue decantarse por el denominado modelo "concentrado" de jurisdicción constitucional, en el cual el juicio de inconstitucionalidad se reserva a un órgano especial y distinto de los jueces y tribunales ordinarios. No obstante, el ordenamiento español prevé dos "clases" de control<sup>178</sup>, motivo por el cual la doctrina ha entendido de forma mayoritaria que esta "doble vía" de ejercicio de la función de control de constitucionalidad supone un cierto acercamiento al modelo difuso o norteamericano, en la medida en que reforzaría la participación colaboradora de la justicia ordinaria en la justicia constitucional. FERNÁNDEZ SEGADO afirma que "la acogida en sede constitucional del recurso y la cuestión conforman un sistema que bien podemos calificar, siguiendo a *Crisafuli*, como "ecléptico", que dota de operatividad al control normativo"<sup>179</sup>.

## 4.2 Normas objeto del Control

El artículo 161/CE establece que el Tribunal Constitucional tiene competencia para fiscalizar las leyes y **disposiciones normativas con fuerza de ley**. Asimismo, admite la impugnación ante el Tribunal Constitucional de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. Incluso dentro del Título (IX), que se refiere al TC y al control de constitucionalidad, el artículo 163 hace referencia a **normas con rango de ley**.

Sin entrar aún en el tema de la naturaleza jurídica de los actos legislativos del Gobierno, podemos extraer de la redacción del texto constitucional español que, al igual que sucede en Italia, el constituyente tuvo la clara intención de establecer la competencia del TC para ejercer el control de constitucionalidad sobre los Decretos-leyes, competencia que ya estaba prevista en la Constitución de la República Española de 1931<sup>180</sup>.

En España, el objeto de control de constitucionalidad quedaría restringido a lo que establece el art. 27.2 de la LOTC, es decir, a normas o actos con fuerza de ley enumerados de la siguiente forma:

a) Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánica<sup>181</sup>.

b) Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley. En

178 Cf. artículo 161, que trata del "recurso de inconstitucionalidad" y el artículo 163, que trata de la "cuestión de inconstitucionalidad".

179 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La jurisdicción constitucional en España" en: GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coordinadores). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 635.

180 Al comentar la formación del control de constitucionalidad en Europa, CRUZ VILLALÓN señaló que, en cuanto a la legislación de urgencia, la CRE de 1931 admitía su control de constitucionalidad, pero la rodeaba de tantas cautelas que le hacía difícilmente operativo. Sin embargo, admite que la LOTGC en los apartados 2 y 3 del artículo 28 estaba expresamente reconocido como posible objeto de control de constitucionalidad los Decretos Legislativos y los Decretos-leyes, así como sus eventuales equivalentes en las regiones autónomas (Cf. CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1987, p. 360).

181 Aunque los Estatutos de Autonomía sean leyes orgánicas, algunos de ellos son elaborados a través del procedimiento del art. 151/CE que exige referéndum para su aprobación y reforma, lo cual no constituye obstáculo jurídico al control. (Cf. ARAGÓN REYES, Manuel. "Comentario al artículo. 161". En: ALZAGA VILLAMIL, Oscar (Dir.). *Comentarios a la Constitución de 1978*, t. XII. EDESA, 1999, p. 198.

el caso de los Decretos legislativos<sup>182</sup>, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número 6 del artículo 82 de la Constitución.

c) Los Tratados Internacionales.

d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales<sup>183</sup>.

e) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas<sup>184</sup>, con la misma salvedad formulada en el apartado “b” respecto a los casos de delegación legislativa.

f) Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

Como en Italia, la doctrina española admite el control de constitucionalidad de las leyes de reforma constitucional<sup>185</sup>. Asimismo, únicamente los actos normativos primarios están sujetos a control de constitucionalidad, y por ello FERNÁNDEZ SEGADO<sup>186</sup> nos aclara que, en lo que a los Reglamentos Parlamentarios se refiere, aunque el TC español no haya entrado en la problemática que plantea su naturaleza jurídica admitió su competencia para fiscalizar la constitucionalidad de estos actos bajo el argumento de que la calificación de “reglamentos” que se le da en España no supone una parificación con los reglamentos dictados por el Gobierno de otros países<sup>187</sup>. En España, los actos que exteriorizan la potestad reglamentaria del Gobierno son los “Reales Decretos” que, como normas infralegales, no serán impugnables frente al TC<sup>188</sup>. No cabe, por tanto, el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto de normas reglamentarias, cuyo control es competencia de los órganos de la jurisdicción ordinaria (art. 106/CE), sin perjuicio

182 Véase STC 47//1984, del 4 de abril, que admite que los Decretos Legislativos sean también impugnables frente a la jurisdicción ordinaria.

183 Véase STC 118/1988, del 20 de junio, que rechaza una interpretación estricta y formal del dispositivo.

184 PUNSET BLANCO aclara que: “El apartado “e” de este precepto alude a las disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas, pero tales disposiciones se reducen a los Decretos legislativos, pues ni los Estatutos de Autonomía ni las llamadas leyes institucionales autonómicas —en el supuesto de que las mismas pudieran legítimamente hacerlo— confieren a los respectivos Gobiernos la potestad de dictar Decretos-leyes. Sin embargo, caso de adoptarse una disposición semejante, su enjuiciamiento compete en exclusiva al Tribunal Constitucional. Sólo la jurisdicción constitucional, en efecto, ha de entender de la validez de unas normas cuyo rango legal las convierte en inmunes al control de los Tribunales ordinarios, rango que, contrariamente a lo sostenido por la doctrina de la degradación normativa, en modo alguno pierden porque dichos Tribunales las consideren inválidas y respecto de las cuales únicamente les cabe el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad”. “Discrepo, por tanto, de S. MUÑOZ MACHADO (Derecho Público de las Comunidades Autónomas, II, Civitas, Madrid, 1984, p. 291) cuando sostiene la tesis de que los Decretos-leyes autonómicos, además de por el Tribunal Constitucional, resultan justiciables en vía contencioso-administrativa, ya que «su verdadera naturaleza es la de normas reglamentarias y como tales hay que enjuiciarlas”. (PUNSET BLANCO, Ramón. “Normas impugnables y motivos impugnatorios en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes”. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 15. Núm. 43. enero-abril 1995, p. 212).

185 “poco importa, en orden a la justiciabilidad de una ley de reforma constitucional por el cauce indicado, que la denominación de la norma reformadora prescinda del *nomen* «ley», como ocurre con la Reforma de la Constitución de 27 de agosto de 1992. Lo decisivo es que el órgano o los órganos reformadores, en cuanto poderes constituidos, se hallan sujetos a la Constitución, la cual, aunque exime a las normas de reforma de límites materiales, les impone otros de carácter procedimental, competencial y temporal” (Cf. PUNSET BLANCO, *Normas...cit.* p.210).

186 *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica...cit.*, p. 637.

187 STC 108/1986.

188 Cf. art. 6º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En España, las normas infralegales tendrán su constitucionalidad contrastada solamente por los jueces y tribunales ordinarios, lo que hace presumir una aproximación con el control difuso.

de que, si las mismas son simple reproducción de otras legales, deba acudirse a la cuestión de inconstitucionalidad.

Por fin se observa la letra del art. 28 de la LOTC que determina que:

1. Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas.

2. El Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley, Decreto legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido.

Aunque no exento de críticas, el artículo en cuestión ha dado causa para que en España se entablaran discusiones sobre la existencia de un “bloque de constitucionalidad”<sup>189</sup>, cuya expresión (imitada del derecho francés “*bloc de constitutionnalité*”), desde muy pronto, ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional español y a la cual dedicaremos algunas líneas a continuación.

#### 4.2.1 El bloque de la constitucionalidad en España

RUBIO LLORENTE anotó con claridad que, después de arraigarse en Francia el concepto del “bloque de constitucionalidad”, ha sido incorporado en otros países europeos como España, donde el Tribunal Constitucional en sus primeros años de funcionamiento hizo uso de la expresión<sup>190</sup> refiriéndose al bloque como “a un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen”<sup>191</sup>.

No obstante, es oportuno recordar las lúcidas palabras de FAVOREAU al afirmar que: “La dificultad del derecho comparado consiste, principalmente, en que las palabras y las expresiones no tienen, forzosamente, el mismo sentido, ni siquiera cuando ha habido una transposición de la misma expresión de un Derecho a otro. Aparentemente, esto es lo que ocurre con la expresión “bloque de constitucionalidad”, que surge en el derecho francés, al inicio de los años setenta, y se recoge bajo la denominación de *bloc de constitutionnalité* en el derecho español, al comienzo de los años ochenta”<sup>192</sup>.

189 “Al aludir al bloque de la constitucionalidad, tanto el Tribunal Constitucional como los diversos autores antes citados toman frecuentemente, como punto de referencia, el artículo 28 LOTC (a veces, según hemos visto, sólo su apartado primero), un precepto, sin embargo, que es, por decir lo menos, perfectamente superfluo y que, en todo caso, ni incluye todas las normas infra constitucionales que, según el propio Tribunal, se han de tomar en consideración para resolver sobre la constitucionalidad de las leyes sometidas a su conocimiento, ni precisa, salvo por referencia a su función, cuáles son las leyes a las que su apartado primero alude, ni toma en cuenta, en razón de su inserción sistemática, más que un aspecto de esta función”. RUBIO LLORENTE, Francisco. “El bloque de constitucionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 9. Núm. 27. Septiembre-Diciembre 1989, pp. 9-37.

190 Cf. las sentencias STC 10/1982, que resuelven un recurso de inconstitucionalidad, y STC 26/1982, que se pronuncia con motivo de un conflicto de competencias.

191 RUBIO LLORENTE, Francisco. “El bloque de constitucionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 9. Núm. 27. Septiembre-Diciembre 1989, pp. 9-37.

192 FAVOREAU, Louis. “El Bloque de la Constitucionalidad”. *Revista del Centro de Estudios*

La advertencia del profesor francés se da específicamente porque en España, bajo el concepto del “bloque de constitucionalidad”, el TC ha pretendido explicar la ocurrencia de fenómenos tan diversos, hasta el punto de no lograr éxito en alcanzar una definición satisfactoria. Se nota que, en algunos momentos, el Alto Tribunal utilizó la expresión como conjunto de normas que se aplican al caso en concreto como un “bloque normativo”<sup>193</sup>, y en otras para representar un grupo de normas que predominan sobre las demás como “parámetro de constitucionalidad”<sup>194</sup> en cuanto a la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas<sup>195</sup> que componen la nación española.

A pesar de la ambigüedad con que es utilizada la expresión por el Tribunal Constitucional, RUBIO LLORENTE<sup>196</sup> estima que en España el bloque de la constitucionalidad lo integran: a) Las normas de la Constitución de 1978; b) Los Estatutos de Autonomía y otras normas que se refieren a las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En determinadas ocasiones, también se han incorporado legislación básica o reglamentos de las asambleas parlamentarias<sup>197</sup>, pero la jurisprudencia no ha sido consistente en esa inclusión.

Sin embargo, el intento de explicar fenómenos distintos bajo la misma expresión “bloque de constitucionalidad” llevó a RUBIO LLORENTE a afirmar que el artículo 28 de la LOTC -a partir del cual se ha construido la idea del bloque- no es otra cosa que una disposición “superflua”, “que no puede servir...de base para construir un concepto de bloque de la constitucionalidad compatible con nuestro derecho positivo, por una doble razón. En primer lugar, y sobre todo, porque la utilización como medida de la constitucionalidad de otras leyes, de las normas a que dicho precepto alude no es ni puede ser consecuencia de esa alusión ni depende, por tanto, de ella. En segundo término, porque el régimen jurídico de las normas aludidas es muy heterogéneo: ni la transgresión de todas ellas determina el mismo vicio, ni la función constitucional de la mayor parte de esas normas se agota, a diferencia de lo que ocurre (cuando ocurre) con la ley orgánica, en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”. Sugiere, así, que el concepto debería ser utilizado “para designar aquellas normas que tienen como contenido propio, no como efecto derivado, la delimitación de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas”<sup>198</sup>.

*Constitucionales*, núm. 5, 1990, pp. 45-68.

193 Como en la STC 29/1986. La STC 137/1986, F. J. 4º afirma que “... cuando el juicio de constitucionalidad haya de producirse por el contraste no sólo con la Constitución, sino con el llamado bloque de constitucionalidad... es claro que el Tribunal habrá de considerar las leyes vigentes y las bases materiales establecidas en el momento de formularse el juicio...”.

194 Cf. STC 76/1983 y la STC 29/1986, la sentencia 29/1986, que en el F.J. 2. se refiere a las “leyes que de acuerdo con el artículo 28.1 de la LOTC sirven de parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de las demás”; entre las que no se encuentran, “con carácter general, las que se dicten en el ejercicio de las competencias que el artículo 149.1 de la Constitución reserva al Estado”.

195 Véase en la STC 75/1985 la afirmación se hace en relación con un artículo del Estatuto de Cataluña, cuyo texto deja al legislador una amplia libertad, en lo que no cabe apreciar sino una “confirmación de la naturaleza de las normas... integrantes del bloque de la constitucionalidad como un espacio abierto a distintas posibilidades legislativas...”.

196 RUBIO LLORENTE, Francisco, “Bloque de constitucionalidad (Derecho Constitucional)”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. 1, Madrid: Civitas, 1995.

197 Cf. BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *El recurso de inconstitucionalidad*, CEPC, Madrid, 2001, p. 109, que aclara que al principio el Tribunal Constitucional incluyó dentro del bloque a la Constitución a los Estatutos de Autonomía, para sólo posteriormente hacerlo con el reglamento parlamentario.

198 “Bloque de constitucionalidad”. *Enciclopedia Jurídica Básica*, cit. p. 817.



A ejemplo de la equívocidad de la interpretación ambigua del Alto Tribunal español, la doctrina publicista tampoco ha logrado encontrar firmeza en sus convicciones. Quizás la posición de la doctrina esté mejor resumida por CABO DE LA VEGA<sup>199</sup>, que apunta al menos 4 significados que se le han atribuido al bloque de constitucionalidad:

- 1) El mismo significado de “normas interpuestas”<sup>200</sup>, tratado por la doctrina italiana a la que nos referimos en el acápite anterior (Cf. ítem 3, “C”): Aquellas normas que no siendo formalmente constitucionales, sin embargo, sirven de parámetro para determinar la validez de otras fuentes. Incluidos en esta concepción del bloque, estarían las normas de delegación de facultades legislativas, los reglamentos de las cámaras, los estatutos de autonomía y ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos. Con esta descripción del bloque, en realidad reflejaría sólo un concepto procesal: “no existe nada que las unifique si no es el hecho de que “sirven” para determinar la constitucionalidad de otras según lo dispuesto en la Constitución”;
- 2) Significado equivalente al de normas “materialmente constitucionales”<sup>201</sup>. En este sentido, la expresión “bloque de constitucionalidad” equivaldría a aquellas normas “materialmente” constitucionales, aunque no se encuentran recogidas en la Constitución formal o escrita<sup>202</sup>. Desde este punto de vista, el bloque de constitucionalidad comprendería aquellas fuentes que, independientemente del rango formal que puedan tener, disciplinan tópicos “materialmente constitucionales”<sup>203</sup>. En tal condición, se encontrarían las leyes orgánicas y los reglamentos parlamentarios. En países descentralizados se añadirían también las fuentes que regulan la configuración de las regiones o autonomías.
- 3) “Un conjunto concreto de normas que sirve para enjuiciar la constitucionalidad de otra norma específica”. El bloque sólo surgiría en el supuesto de su impugnación. Sería, entonces la determinación de “un bloque específico” para cada norma impugnada, y no de (un) bloque en general. En ese sentido, cf. la STC

199 CABO DE LA VEGA, Antonio de. “Nota sobre el bloque de constitucionalidad”, en *Jueces para la democracia*, n.º. 24, Madrid: 1995. Existe una versión electrónica disponible en: <http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2024%20noviembre%201995.pdf>, acceso el 12.03.2010.

200 Acerca de tema consúltese también: OTTO Y PARDO, Ignacio de. “Las llamadas normas interpuestas y el Bloque de constitucionalidad”. En: *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987, 10ª impresión (2007) p. 94-95. En Italia consúltese la literatura ya indicada en el acápite 3, “C”.

201 Independientemente de las críticas hechas a dicho significado, sobre el tema en sí cf.: MORTATI, Constantino, *La Constitución en sentido material*, CEPC, Madrid, 2000, con epílogo de Gustavo Zagrebelsky.

202 La atribución de este significado recuerda la distinción difundida por Carl Schmitt entre Constitución y leyes constitucionales que separa lo que formalmente integra la Constitución de aquellas leyes que si bien formalmente tienen en el ordenamiento una jerarquía inferior, sin embargo, “por su contenido” forma parte del “concepto” de Constitución.

203 CABO DE VEGA distingue dentro de esta misma categoría dos situaciones: “(a) Constituciones que remiten expresamente a otros textos que califican de “constitucionales” (o a los que se reconoce dicho carácter en decisión judicial): por ejemplo, la Constitución Francesa de 1958 y su referencia (en el Preámbulo) a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y al Preámbulo de la Constitución de 1946. Así enunciado, como ha destacado la doctrina francesa, el concepto parece sencillamente redundante: “En último termino -señala Favoreu, *cit.*, pág. 42-podría llegar a desaparecer si los franceses se acostumbraran a hablar global mente de la Constitución para designar al conjunto de textos que forman el bloque de constitucionalidad”; (b) Constituciones que no contemplan determinadas materias esencialmente constitucionales, guardando silencio sobre ellas o remitiendo a la legislación posterior para su fijación. Sería el caso de las numerosas “leyes orgánicas” de las que nuestra constitución habla, calificadas por la doctrina como instrumentos para «retener una parte del poder constituyente» y de los estatutos de autonomía, leyes de transferencia y resto de instrumentos de eventual distribución de competencias. (Cf. *op. cit.* p. 59).

10/1982, de 23 de marzo: “Para interpretar debidamente la normativa aplicable al caso, el "bloque de constitucionalidad" que ha de servir de base para enjuiciar la ley impugnada”;

- 4) “Ordenamiento complejo”, que tiene el objetivo de establecer una determinación aceptable de las normas de referencia o "parámetros" susceptibles de regular el reparto de competencias entre el Estado<sup>204</sup>. Bajo ese significado, el bloque cumpliría una doble función: (a) la de comprender al conjunto de normas materialmente constitucionales, en el sentido que ellas regulan, *ex constitutione*, la distribución de competencias entre el gobierno central y el regional; y (b) la de cumplir una función procesal, en tanto que constituyen el parámetro de aquella legislación que incida en la regulación de aquella distribución de competencias. En razón de esta doble función y de su relación con los anteriores conceptos del bloque, CABO DE VEGA ha podido advertir que esta última versión “no aparece incontaminada, sino simultáneamente con las demás”, deudora de las concepciones anteriores y, por tanto, susceptible de destinarle las mismas críticas argumentales.

Sea como sea, la doctrina del bloque de constitucionalidad ha contribuido a que en España se delimitara las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, armonía que ha sido necesaria para consolidar la democracia española en cuanto a las diferencias de nacionalidades dentro de España. Así, dado que la Constitución española autorizó que las propias Comunidades Autónomas ampliaran sus competencias<sup>205</sup>, poco a poco se han incorporado al “bloque de constitucionalidad” leyes sub-constitucionales en la medida en que también distribuyan competencias.

También en el derecho comparado, la ampliación de las normas a partir de las cuales es posible determinar la validez o invalidez de las normas con rango de ley es igualmente incluida en un “bloque de constitucionalidad”, que también sufre variaciones en su contenido conforme la realidad interna de los países, independiente de que sean latinoamericanos o europeos. Asimismo, presentan diversas clasificaciones antes mencionadas tales como: composición legislativa del parámetro de la acción de inconstitucionalidad, rango constitucional de fuentes del derecho distintas de la Constitución formal, leyes “materialmente” constitucionales, tratados sobre derechos humanos, leyes orgánicas e, incluso, jurisprudencia de los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos<sup>206</sup>. Aunque no nos ocuparemos del asunto con la profundidad que el mismo despierta, son pertinentes algunas consideraciones.

#### 4.2.2 El bloque de la constitucionalidad en el Derecho Comparado

Conforme decíamos, la noción de “bloque de constitucionalidad” surgió en Francia (*bloc de constitutionnalité*), pero allí su arranque fue doctrinal y no jurisprudencial, como fue en España. No obstante, su origen está inspirado en la sentencia del 16 de julio de 1971 del Consejo Constitucional (Decisión D-44), que podía aplicar para el control de las actividades de la administración pública leyes y

204 FAVOREAU, Louis. “El Bloque de la Constitucionalidad”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, 1990.

205 Cf. art. 148 y ss. de la C.E.

206 Así en: CARPIO MARCOS, Edgar. Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº. 4, 2005, págs. 79-114.

principios generales del derecho, lo que Maurice HAURIUO denominaba como *bloc de legalité*, (es decir: reglas superiores a las leyes que se imponen a la Administración en virtud del principio de la legalidad, las cuales, por lo general, eran creaciones jurisprudenciales).

En los términos dictados en el fallo de 1971, dado que el Preámbulo de la Constitución Francesa hace referencia a la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, era lógico, entonces, que se integraran estas normas y principios a la Constitución y que, por tanto, adquirieran valor constitucional para efectuar los juicios de constitucionalidad de las normas jurídicas denunciadas por inconstitucionalidad.

El Consejo Constitucional entendía que si la norma cuestionada era de naturaleza ordinaria debía analizarse con la adición a este bloque de las leyes orgánicas en su aspecto procedimental. Así, cuando se emitió el fallo de 1971, los estudiosos empezaron a explicar sus consecuencias a través del “principio de constitucionalidad”, asimilándolo a la doctrina del “bloque de legalidad” utilizada por el Derecho Administrativo. Será más tarde cuando la doctrina establecerá que, cuando el Consejo Constitucional invalida una ley ordinaria por haber modificado una ley orgánica, la razón de esta invalidación no es la violación de la ley orgánica, sino la violación de la Constitución<sup>207</sup>. De esta forma, el parámetro del control de constitucionalidad estaría reunido en un bloque que generalmente se refiere a los “principios y reglas de valor constitucional” para designar el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley: un bloque de constitucionalidad<sup>208</sup>.

Tras una creciente evolución de la jurisprudencia francesa, que empieza a admitir un gran abanico de principios como parámetro de constitucionalidad<sup>209</sup>, a partir de los años 80 del pasado siglo el Consejo optó por restringir las categorías de las normas de referencia, y a partir del año 1989 hablará de un “bloque de constitucionalidad” in *stricto sensu*, es decir, que se compone de textos de nivel constitucional, como la propia Constitución, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de la IV República de 1946 y las leyes de la III República que contengan principios fundamentales. Cabe registrar que los tratados internacionales no forman parte de este bloque, ya que el Consejo ha estimado en varias ocasiones no ejercer un

207 Así en: FAVOREAU, Louis. *El bloque de constitucionalidad*. Madrid: Editorial Civitas, 1991. Sin embargo, la primera vez que el profesor francés haría uso de la expresión (que algunos le atribuyen) sería en el trabajo del 1975 dedicado a Charles Eisenmann, que lleva el título de “Le principe de constitutionalité: essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, en AA.VV. *Melanges Eisenmann*. París: Ed. Cujas. 1975, p. 33.

208 Cf. también: FAVOREAU, Louis. El bloque de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 5. Enero-marzo 1990.

209 Han sido aplicados como normas constitucionales, por ejemplo, los siguientes principios: la libertad de asociación (71-44 DC del 16 de julio de 1971, *Rec.* 29); los derechos de defensa (76-70 DC de 2 de diciembre de 1976, *Rec.* 39); la libertad individual (76-75 DC del 12 de enero de 1977, *Rec.* 33); la libertad de enseñanza (77-87 DC del 23 de noviembre de 1977, *Rec.* 42); la libertad de conciencia (77-87 DC); la independencia de la jurisdicción administrativa (80-119 DC del 22 de julio de 1980, *Rec.* 49); la independencia de los profesores de universidad (83-165 DC del 20 de enero de 1984, *Rec.* 30); la competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa en materia de anulación de actos de la autoridad pública (86-224 DC del 23 de enero de 1987, *Rec.* 8; 89-261 DC de) 28 de julio de 1989, JO de 1 de agosto de 1989, p. 9681); y, en fin, la autoridad judicial guardián de la propiedad privada (89-256 DC del 25 de julio de 1989, JO de 28 de julio de 1989, p. 9501). FAVOREAU, Louis. El bloque de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. cit. p.54.

control sobre la conformidad de las leyes a las normas internacionales. Tampoco forman parte de este conjunto los reglamentos de las Asambleas parlamentarias y los principios generales del derecho<sup>210</sup>.

No obstante, el elenco de normas y principios que se presenta bajo este mismo tipo de terminología no tendrá la misma semántica en el Derecho Comparado, es decir, que mientras que en un país el término “bloque de constitucionalidad” está refiriéndose a un determinado grupo de normas o principios, en otro país el rol será completamente distinto.

Brasil ha sentido bastante la influencia del derecho francés, pero como en otros países, el contenido de dicho bloque de constitucionalidad ha sido puesto en discusión, hecho que no ha disminuido su importancia en el control de la constitucionalidad, conforme ha admitido el propio STF:

*A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES EM TORNO DO SEU CONTEÚDO. O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS. NECESSIDADE DA VIGÊNCIA ATUAL, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL ALEGADAMENTE VIOLADO. SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO/SUPRESSÃO DO PARÂMETRO DE CONFRONTO. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DIRETA.*

*- A definição do significado de bloco de constitucionalidade – independentemente da abrangência material que se lhe reconheça – reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política.*

*- A superveniente alteração/supressão das normas, valores e princípios que se subsumem à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em descaracterização do parâmetro constitucional de confronto, faz instaurar, em sede de controle abstrato, situação configuradora de prejudicialidade da ação direta, legitimando, desse modo – ainda que mediante decisão monocrática do Relator da causa (RTJ 139/67) – a extinção anômala do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Doutrina. Precedentes<sup>211</sup>*

También destaca que, a diferencia de Francia, donde no se reconoce a los tratados internacionales el *status* de norma integrante del *bloc de constitutionnalité*, ha sido la propia Constitución brasileña la que, después de una extensa enumeración de derechos y garantías fundamentales, estableció en el § 2º do art. 5º/CRFB que: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”. De esta forma, la Constitución ha atribuido a los derechos enunciados en tratados internacionales<sup>212</sup>

210 *Idem, ibidem*, p. 54.

211 ADI 595/ES, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “Informativo/STF” nº 258/2002

212 En Italia también se admitirá como parámetro las normas de derecho internacional que exigen que el ordenamiento interno debe adecuarse a ellas, normas que regulan la Comunidad Europea, normas de tratados laterales que el legislador no puede modificar unilateralmente, leyes que regulan las relaciones de los católicos con los practicantes de otras religiones, leyes con principios fundamentales que crean competencias de los entes regionales, normas contenidas en la legislación delegada que circunscriben el poder legislativo al ejecutivo y los

la naturaleza de norma constitucional incluidas en el catálogo de los derechos constitucionalmente garantizados que presentan aplicabilidad inmediata<sup>213</sup>.

En Portugal, la teoría del “bloque de constitucionalidad” también ha sido adoptada por la doctrina publicista, conforme aclara CANOTILHO:

*"Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3.º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global. Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo 'espírito' ou pelos 'valores' que informam a ordem constitucional global."*

En Brasil, el STF también manifestó en este sentido que la Constitución, *"muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual"*. El Ministro CELSO MELLO afirmó que es exactamente la pluralidad de conceptos de “Constitución” lo que da *“ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implícitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de carácter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global”*<sup>214</sup>.

Independientemente del contenido que se presente en ordenamiento de los diversos países, lo cierto es que la doctrina del “bloque de constitucionalidad” tuvo

---

reglamentos de las asambleas parlamentarias. En otras palabras, el derecho internacional formaba parte de ese bloque, así como los reglamentos internos de las asambleas parlamentarias. Sin embargo, la jurisprudencia ha excluido estas últimas y en lo relacionado a las normas internacionales la Corte Constitucional ha aplicado preferentemente las normas comunitarias a la ley nacional. De igual manera, en 1981 le asignó a una costumbre valor constitucional, pasando ésta a formar, en consecuencia, parte del bloque.

213 Cf. artigo 5º, § 1º/CRFB, que tiene la siguiente redacción: *“As normas definidoras dos direitos e garantias têm aplicação imediata”*.

214 Cf. ADI nº 1588, DJU, Seção I, de 17.04.2002, p. 09.

el gran mérito de servir para que se superara la noción formalista de la Constitución al poder contar con elementos más amplios para decidir la constitucionalidad de las leyes.

#### 4.2.3 El momento del Control español

En España, hasta 1985, era posible que el Presidente del Gobierno, 50 diputados, 50 senadores, el Defensor del Pueblo o los órganos (ejecutivo y legislativo) de las Comunidades Autónomas pudieran presentar un recurso previo de inconstitucionalidad contra una ley orgánica y también los Estatutos de Autonomía. Sin embargo, la Ley Orgánica 4/1985 de 7 de junio derogó el recurso previo de inconstitucionalidad introducido por la LOTC, justificando en el preámbulo que: “Efectivamente, el título IX de la Constitución ordena, a través del Tribunal Constitucional, un sistema de control legislativo "a posteriori" y de carácter no suspensivo, ajeno a todo control previo, cuya aceptación, al exceder de las garantías constitucionales, no tiene otro fundamento que la propia Ley Orgánica que lo regula”.

Actualmente, el control es predominantemente sucesivo y la constitucionalidad de las leyes es cuestionada por vía directa. Sin embargo, en la LOTC permanece un control preventivo que es el de la constitucionalidad de los Tratados internacionales con base en el art. 95/CE, que establece que la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional, legitimando al Gobierno o a cualquiera de las Cámaras para solicitar al Tribunal que se manifieste a respecto<sup>215</sup>.

No obstante, por regla general el TC pretende evitar la litigiosidad preventiva o las llamadas “condenas de futuro” y ha establecido claramente que su función consiste en determinar la constitucionalidad de las leyes, tales como: “no resulta procedente la adopción de pronunciamientos preventivos referidos a posibles, y aún no producidas aplicaciones de preceptos legales en contradicción con la Constitución”<sup>216</sup>.

215 Se trata del artículo 78 de la LOTC, que contiene la siguiente previsión:

1. El Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado.

2. Recibido el requerimiento, el Tribunal Constitucional emplazará al solicitante y a los restantes órganos legitimados, según lo previsto en el apartado anterior, a fin de que, en el término de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión. Dentro del mes siguiente al transcurso de este plazo y salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, el Tribunal Constitucional emitirá su declaración, que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 95 de la Constitución, tendrá carácter vinculante.

3. En cualquier momento podrá el Tribunal Constitucional solicitar de los órganos mencionados en el apartado anterior o de otras personas físicas o jurídicas u otros órganos del Estado o de las Comunidades autónomas, cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estimen necesarias, alargando el plazo de un mes antes citado en el mismo tiempo que hubiese concedido para responder a sus consultas, que no podrá exceder de treinta días (Redactado por LO 4/1985, de 7 de junio).

216 Cf. STC 147/1992, de 16 de octubre, FJ 4 y STC 172/1992, de 29 de octubre. *Apud*: BALAGUER CALLEJÓN, Francisco et al. *Derecho Constitucional*. Vol. I. Madrid: Tecnos, 1999, p. 217.

### 4.3 Composición y duración del mandato

El Tribunal Constitucional está compuesto por doce<sup>217</sup> Magistrados, nombrados por el Rey con la participación (aunque no paritaria como en Italia) de todas las estructuras del poder: cuatro jueces son propuestos por el Congreso de Diputados, cuatro por el Senado, dos por el Gobierno y dos por el Consejo General del Poder Judicial.

La duración del mandato es de un período de nueve años, renovándose la tercera parte del Tribunal por cada período de tres años (art. 159/CE), lo que evita roturas bruscas de posiciones ya sedimentadas. Asimismo, se procura atender la continuidad en la actividad jurisdiccional en base a la doctrina consolidada.

#### 4.3.1 Cualificaciones, impedimentos e inmunidades de los miembros

Según dispone el art. 159.2/CE, la propuesta para ser miembro del TC debe observar las siguientes categorías: Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados.

La Constitución española no establece límite de edad para el ejercicio de las funciones de magistrados del TC, pero determina que, para que sean nombrados, los miembros deben ser juristas de reconocida competencia (perteneciente a una de las categorías ya mencionadas) con más de quince años de ejercicio profesional.

La condición de miembro del Tribunal Constitucional es también incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal y con cualquier actividad profesional o mercantil (159.4/CE). Además, tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del Poder Judicial<sup>218</sup>.

Los magistrados serán independientes en el ejercicio de sus mandatos: “ejercerán su función de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a la misma; no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones; serán inamovibles y no podrán ser destituidos ni suspendidos sino por alguna de las causas que esta Ley establece” (art. 22/LOTC<sup>219</sup>).

217 Es poco frecuente que la composición de los Tribunales constitucionales sea fijada por un número par de miembros, ya que dicha fijación termina por ocasionar problemas en las votaciones, no siendo infrecuente que el empate sea resuelto con el voto de calidad del Presidente, que pasa a disponer de dos votos (*cf.* Sentencia n° 111/1983 y Sentencia n° 53/1985) lo que puede resultar en excesivo desgaste a la persona del Presidente. El Tribunal alemán también tiene composición par (16), pero allí el Presidente no tiene el voto de calidad y en caso de empate se presume la constitucionalidad de la norma, que así no podrá ser declarada como ofensiva a la Ley Fundamental. Otros casos de composición par los encontraremos en los Tribunales constitucionales de Austria (14 y 6 suplentes), Bélgica (12), Bulgaria (12), Eslovaquia (10), Polonia (12) etc.

218 Las incompatibilidades también están relacionadas en el art. 19.1/LOTC.

219 *Cf.* también, los artículos 23 y 24/LOTC que tratan del cese y suspensión de los miembros del TC y el art. 26 que trata de la responsabilidad penal.

### 4.3.2 Elección del Presidente

El Presidente del Tribunal es nombrado por el Rey, entre sus miembros, a propuesta del Tribunal en su composición plena, tras votación secreta, para un período de tres años<sup>220</sup>, admitida una reelección, en los términos de la LOTC:

#### Artículo noveno

**Uno.** El Tribunal en Pleno elige de entre sus miembros por votación secreta a su Presidente y propone al Rey su nombramiento.

**Dos.** En primera votación se requerirá la mayoría absoluta. Si ésta no se alcanzase se procederá a una segunda votación, en la que resultará elegido quien obtuviese mayor número de votos. En caso de empate se efectuará una última votación y si éste se repitiese, será propuesto el de mayor antigüedad en el cargo y en caso de igualdad el de mayor edad.

**Tres.** El nombre del elegido se elevara al Rey para su nombramiento por un período de tres años, expirado el cual podrá ser reelegido por una sola vez.

Asimismo, es el Pleno el que elegirá el Vicepresidente, que además de tener la función de substituir al Presidente, presidirá la Sala Segunda:

**Cuatro.** El Tribunal en Pleno elegirá entre sus miembros, por el procedimiento señalado en el apartado 2 de este artículo y por el mismo período de tres años, un Vicepresidente, al que incumbe substituir al Presidente en caso de vacante, ausencia u otro motivo legal y presidir la Sala Segunda.

La distribución de asuntos entre las Salas del Tribunal se efectuará según un turno establecido por el Pleno a propuesta de su Presidente (art. 12). También son funciones del Presidente del Tribunal Constitucional ejercer la representación del Tribunal, convocar y presidir el Tribunal en Pleno y convocar las Salas; adoptar las medidas precisas para el funcionamiento del Tribunal, de las Salas y de las Secciones; comunicar a las Cámaras, al Gobierno o al Consejo General del Poder Judicial, en cada caso, las vacantes; nombrar a los letrados, convocar los concursos para cubrir las plazas de funcionarios y los puestos de personal laboral y ejercer las potestades administrativas sobre el personal del Tribunal (art. 15).

Las decisiones del Tribunal Constitucional se adoptaran por la mayoría de los miembros del Pleno, Sala o Sección que participen en la deliberación. No obstante, en caso de empate, decidirá el voto del Presidente (art. 90.1). Sobre el asunto, FERNÁNDEZ SEGADO<sup>221</sup> advierte que el poder que tiene el Presidente de votar dos veces en caso de empate (voto de calidad) puede asumir contornos políticos indeseables a la hora de elegir el Presidente del Tribunal: “En el supuesto de que el empate se produzca, la LOTC ha recurrido al “voto de calidad” del Presidente, circunstancia no solo anómala, sino que, como bien pusiera de relieve *Alzaga*, puede complejizar y politizar en exceso la elección del Presidente del Tribunal. El tema presenta una hondura política mayor, al conectarse con la posición jurídica de igualdad de los magistrados, circunstancia que ha venido preocupando de modo especial a la doctrina italiana; y así, *Sandulli* cree que el derecho positivo, cual

220 No obstante, si “el mandato de tres años para el que fueron designados como Presidente y Vicepresidente no coincidiera con la renovación del Tribunal Constitucional, tal mandato quedará prorrogado para que finalice en el momento en que dicha renovación se produzca y tomen posesión los nuevos Magistrados”. (Cf. art. 16, apartado 3, añadido por Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo).

221 Cf. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica....cit.* p. 642.



acontece en el país transalpino, debe conferir al Presidente de un órgano de este tipo la posición de un “*primus inter pares*”. *D’Orazio*, por su lado, considera que fórmulas jurídicas como “voto de calidad” generan una importante limitación, si es que no violación, de la necesaria condición paritaria de los miembros de un órgano colegial como es el caso de un Tribunal Constitucional”.

La LOTC no establece atribuciones específicas para el despacho del Presidente, tal como ocurre en Italia. No obstante, el art. 98 prevé la elección por el Pleno de un Secretario General que será nombrado por el Presidente entre los letrados y que ejercerá la dirección del Tribunal bajo las instrucciones del Presidente (art. 99).

#### 4.4. Funcionamiento y competencias

El estatuto y el funcionamiento del Tribunal Constitucional español están previstos en los artículos 159 a 165 de la Constitución española y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979 y sucesivas reformas.

El Tribunal, intérprete supremo de la Constitución (art. 1.1 de la LOTC) es competente, en los términos de los arts. 161 a 163, para: realizar el control **abstracto** de constitucionalidad de las leyes y **disposiciones normativas con fuerza de ley**, realizado mediante el enjuiciamiento por medio del denominado recurso de inconstitucionalidad; promover el control **concreto** de constitucionalidad de las normas con rango de ley, siempre que un órgano jurisdiccional visualice su posible incompatibilidad con la Constitución, suscitando una cuestión de inconstitucionalidad; y juzgar el recurso de amparo por violación a los derechos y libertades referidos en el art. 53.2, de la Constitución. Asimismo, le compete apreciar los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o los de estas entre sí; y las demás materias previstas en la Constitución o en las leyes orgánicas (art. 161, 1, de la Constitución), incluyéndose las últimas en la categoría de las leyes reforzadas, exigidas para la regulación de materias específicas y que presuponen un procedimiento legislativo más complejo.

Como ya advertimos, la LOTC disponía sobre el recurso previo de inconstitucionalidad de las leyes orgánicas y de los Estatutos de Autonomía, competencia suprimida por la Ley Orgánica nº 4/1985. Verifíquese, pues, que a diferencia de los modelos italiano y brasileño, pero aproximándose al portugués y al alemán, la competencia del Tribunal puede ser ampliada por la legislación infra constitucional, siendo la más amplia entre los congéneres europeos<sup>222</sup>.

Entre las competencias del Alto Tribunal, se nota que el recurso de inconstitucionalidad es una verdadera acción de competencia originaria. Están legitimados para proponerla el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las

<sup>222</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. (reimpresión) Madrid: Civitas, 2001, p. 135.

Comunidades Autónomas y las respectivas Asambleas (art. 162, 1, la, de la Constitución), en este último caso, con la exigencia de que el acto impugnado afecte a su autonomía (art. 32.2 de la LOTC)<sup>223</sup>.

El recurso de inconstitucionalidad debe ser planteado en los tres meses siguientes a la publicación de la ley (art. 31 y 35 de la LOTC). En cuanto a las leyes anteriores a la Constitución, el Tribunal reconoce su competencia concurrente con los órganos jurisdiccionales ordinarios para realizar el control de constitucionalidad (Sentencia nº 4/1981), no negándose a examinar las cuestiones de inconstitucionalidad siempre que haya duda en cuanto a la derogación de la ley (Sentencia nº 10/2002), no aquéllas sobre las que no existen dudas. Además de la violación directa a la Constitución, deben ser igualmente tomadas como paradigmas de control (art. 28.1. de la LOTC) las normas interpuestas, que integran su eficacia (delimitando las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, o regulando y armonizando el ejercicio de las competencias de dichas Comunidades, ya que forman el bloque de la constitucionalidad). El Tribunal ha prestigiado las opciones políticas del legislador, únicamente reconociendo su inconstitucionalidad cuando el "carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos" (Sentencia nº 11/1981).

El recurso de amparo<sup>224</sup>, que se asemeja al *Verfassungsbeschwerde* alemán, puede ser planteado por "toda persona natural o jurídica que invoque interés legítimo, así como el Defensor Del Pueblo y el Ministerio Fiscal<sup>225</sup>" (art. 162. 2/CE) y presupone el agotamiento de las vías ordinarias (arts. 43 y 44 de la LOTC). A pesar de afectar a la preeminencia de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, puede importar en el examen de la constitucionalidad de la ley en la cual se basó el acto impugnado, lo que termina por alargar el acceso al Tribunal. En ese caso, la Sala competente del Tribunal someterá la cuestión al Pleno, a quien cabe el último examen de lo que la doctrina ha acordado denominar como "cuestión interna de constitucionalidad"<sup>226</sup>.

223 Del cual se percibe, al Ministerio Fiscal no fue otorgada tal legitimidad. Específicamente, con relación al Defensor del Pueblo -que se asemeja al *ombudsman* escandinavo-, se debe decir que es un órgano de control de los poderes constituidos, auxiliar del Legislativo, pero funcionalmente independiente, destinado a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos, que puede provocar la actuación de otros órganos (por ejemplo noticiando la práctica de ilícitos penales al Ministerio Fiscal) o actuar por su propia cuenta (manejando el recurso de amparo). Cf. CARBALLO ARMAS, Pedro. *El defensor del pueblo: El ombudsman en España y en el derecho comparado*. Madrid: Tecnos, 2003, p. 163-165.

224 A propósito del recurso de amparo, véase por todos la obra de la profesora ANGELA FIGUERUELO (FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *El recurso de amparo: estado de la cuestión*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001.) con sugerencias de reformas e indicación de amplia bibliografía. Véase, de la misma autora: "Cuestión prejudicial (art. 177 del TCEE) y recurso de amparo". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº. 18; "Recurso de amparo frente a violaciones por actos de los poderes públicos". *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. Año VI. Número 1233. 08/07/1985; "El recurso de amparo en el marco del ordenamiento jurídico español". Ediciones Universidad de Salamanca. Serie Resúmenes de Tesis Doctorales. Facultad de Derecho – USAL, 1986; Notas acerca del recurso de amparo electoral. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

225 Teniendo el Ministerio Fiscal el deber promover la defensa judicial de los derechos de los ciudadanos (art. 124 de la Constitución), siendo morfológicamente distinto del Defensor del Pueblo, nada más natural que atribuirle tal legitimidad. MARCHENA GOMÉZ, Manuel. *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1992, p. 146.

226 *Idem, ibidem*, p. 240.

Aunque les está prohibido poder aplicar una ley que consideren inconstitucional, los demás órganos jurisdiccionales, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, después de contrastar la verosimilitud del vicio alegado y la relevancia de la norma en la solución de la lid, deben suscitar una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional; lo que importa es una clara aproximación al modelo de control difuso, amenizando la dificultad de acceso inherente al sistema de jurisdicción constitucional<sup>227</sup>.

La cuestión de inconstitucionalidad, mecanismo de control por la vía incidental, configura un verdadero derecho potestativo del órgano jurisdiccional, lo que aleja la posibilidad de utilización del recurso de amparo, por alegada violación al principio de acceso a la justicia, en el caso de negativa (Sentencia nº 206/1990, del Tribunal Constitucional). Planteada la cuestión, serán oídos el Ministerio Fiscal y las partes sobre la pertinencia de presentarla al Tribunal, lo que presupone el cumplimiento de tres requisitos: la norma debe tener el rango de ley, debe ser determinante para la lid y pueda ser contraria a la Constitución. Deliberando a la hora de la presentación, el juez debe motivar su decisión en lo que se denomina “juicio de relevancia”.

Conforme determina la LOTC (art. 35.2) “el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme” (Cf. art. 35 apartado 2, modificado por Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo). “El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión” (Art. 35, apartado 3 añadido por Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo).

Como en Italia, los fallos del Tribunal Constitucional han sido pieza clave en el desarrollo y fortalecimiento del sistema de control de constitucionalidad español<sup>228</sup>. Contra las sentencias no cabe recurso alguno y serán publicadas en el BOE junto

<sup>227</sup> OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional, op. cit.* pp. 145/146)

<sup>228</sup> Al igual que en Italia, desde 1983 es posible constatar la presencia de decisiones aditivas, tales como: SSTC 103/1983; 104/1983; 222/1992; etc.

con los votos particulares<sup>229</sup>, produciendo efectos *erga omnes* siempre que declaren la inconstitucionalidad de la norma (art. 164 de la Constitución)<sup>230</sup>.

Respecto al alcance espacial, resalta un problema peculiar del sistema español, lo que conlleva que una norma declarada inconstitucional lo será en el ámbito (estatal o autonómico) en el que regía, aunque las particularidades de la descentralización española, en la que no todas las Comunidades Autónomas tienen las mismas competencias, hacen que pueda darse la posibilidad de que una ley sea declarada no aplicable en una determinada zona del Estado sin que por ello sea nula y, por tanto, conserve su vigencia en el resto.

En cuanto al alcance temporal, al principio parecía claro para la doctrina y para el Tribunal Constitucional que se había optado por un sistema de nulidad plena con efectos *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, corregida únicamente en algunos casos. No obstante, esta impresión ha debido ser fuertemente matizada a partir de la STC 45/1989 en la que, en primer lugar, se ensanchó el ámbito de las situaciones protegidas por la irretroactividad, que ya no serían solamente las derivadas del asunto juzgado sino también las actuaciones administrativas firmes por exigencia del principio de seguridad jurídica; y, en segundo lugar, el TC reclamó para sí la posibilidad de determinar libremente los efectos temporales de las Sentencias de inconstitucionalidad. A partir de entonces, en el sistema de justicia constitucional español modular se han permitido los efectos *erga omnes* que se derivan de un fallo que declara la inconstitucionalidad de una norma.

---

229 A diferencia de lo que ocurre en Italia, el art. 164 CE y 90.2 de la LOTC establece que el voto particular se incorporará a la resolución o dictamen, y cuando se trate de sentencias se publicarán en el BOE. Esta previsión de la existencia de votos particulares rompió en su momento con las tradiciones judiciales ordinarias españolas, que hasta la LOPJ de 1985 no reconocieron dicha posibilidad. “En cuanto al régimen jurídico de los votos particulares, que se deduce de los arts. 90.2 LOTC y 260 LOPJ, puede resumirse en las siguientes notas: su formulación es un derecho de todo Magistrado que haya participado en la votación de la Sentencia y un deber del ponente que no esté de acuerdo con lo decidido por la mayoría del Tribunal; la intención de formular un voto particular debe manifestarse en tiempo debido, antes de la votación; los votos particulares deben ir firmados y ser publicados con el nombre del autor; pueden plantearse frente a una Sentencia o frente a cualquier otro tipo de resolución; pueden ser discrepantes -disensión con el fallo- o concurrentes -contrarios al razonamiento que lo sustenta; en la práctica se dan votos compartidos de más de un Magistrado; y, finalmente, puede darse el caso de que el ponente de una Sentencia sea a la vez redactor de un voto particular, aunque lo más habitual en la práctica de los últimos años es el cambio de ponente”. Disponible en <http://narros.congreso.es/constitucion/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=164&tipo=2>, última fecha de consulta: 13.08.2009.

230 Solo las decisiones que se asemejen a la fuerza de ley; es decir, eficacia general y frente a todos, pueden cumplir adecuadamente la tarea de control de constitucionalidad que el TC tiene atribuida. Así lo reconoce el art. 164.1 CE, en donde se establece que gozan de plenos efectos frente a todas las sentencias recaídas en los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, pues estos están expresamente habilitados para controlar la constitucionalidad de las leyes (art. 39.1 LOTC). Producen también efectos *erga omnes* las declaraciones sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un tratado (Declaración de 1 de julio de 1992). No poseen, sin embargo, eficacia *erga omnes* las sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad, siendo posible también, por otra parte, atribuir efectos generales a las sentencias dictadas por el TC en conflictos constitucionales, incluidos aquellos planteados en defensa de la autonomía local (arts 61.3, 66 y 75 bis.2 LOTC) y en el recurso de amparo, si bien en estos casos dicha eficacia solo concurre si las mismas afectan a una regla de derecho y por ello deben tener un alcance tan general como el que posee aquella. Disponible en: <http://narros.congreso.es/constitucion/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=164&tipo=2>, última fecha de consulta: 13.08.2009.

Por tanto, el reconocimiento de la inconstitucionalidad por sentencia no está dotado de carácter retroactivo ni conduce a la revisión de las situaciones consolidadas que se han producido al amparo de la ley, que ahora se entiende que es inconstitucional. La única excepción que persiste es el caso previsto para los supuestos de normas de carácter sancionador en el art. 40.1 LOTC –que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulta una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

Al igual que Italia, el TC español ha adoptado los llamados “supuestos de inconstitucionalidad sin nulidad”, derivados de la idea, que expresa la ya citada STC 45/1989, de que la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad no siempre es necesaria<sup>231</sup>. Esto sucede cuando conviene conservar el precepto cuestionado, eludiendo su nulidad y corrigiendo los datos que lo hacen aparecer como constitucionalmente ilegítimo<sup>232</sup>.

## 5. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL

### 5.1 Creación y modelo

Portugal, fiel a la tradición europea, también confiere a un órgano extraño a la estructura jurisdiccional ordinaria la competencia primordial de contrastar la compatibilidad de actos normativos con la Constitución. Trátase del Tribunal Constitucional a que se refiere el Título VI de la *Constituição da República Portuguesa* de 1976 (art. 221º a 224º). No obstante, este Tribunal no ha sido creación del Constituyente portugués originario de 1976. Ha nacido de la revisión constitucional votada por la Asamblea de la República en agosto de 1982 (Ley constitucional nº. 1/1982, de 30 de septiembre) y se estableció el 6 de Abril de 1983.

---

231 Cf. F.J. 11º.

232 GARRORENA sintetiza diversas clases de Sentencias de este tipo como: a) Sentencias interpretativas, que son aquéllas en las cuales la inconstitucionalidad que constata el TC no afecta a la totalidad del enunciado normativo sino tan solo a alguna de sus interpretaciones. En ellas, el Tribunal conserva la misma dándole una interpretación acorde con la Constitución (por todas SSTC 5/1981, 72/1983, 227/1988 y 331/1999); b) Sentencias de mera inconstitucionalidad, que se producen cuando el TC constata que la misma se encuentra en las omisiones de ley, invitando al legislador a que supere aquella. Lo que es inconstitucional en este supuesto es la norma implícita en la omisión del legislador y son ejemplos en la jurisprudencia las SSTC 45/1989, 36/1991 y 73/1997; c) Sentencias aditivas, que son aquellas en las que el TC decide añadir al precepto las previsiones que el mismo ha omitido. Por esta razón existe una intervención positiva en la norma para sanar su inconstitucionalidad. Se trata de una operación que pone al TC en límite del legislador positivo, lo que puede generar perplejidades, pero que resulta útil para resolver problemas concretos y ha sido utilizado con cierta frecuencia (por todas SSTC 103/1983, 74/1987 y 134/1996); d) Sentencias reconstructivas, en las que el TC evita la declaración de nulidad de la norma presentando como lectura del precepto lo que en realidad es la conversión de su enunciado en otro distinto. También aquí se encuentran ejemplos de la jurisprudencia constitucional (SSTC 228/1988 y 58/1990). Cf. GARRORENA MORALES, Ángel. “Artículo 164. Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional” en: *Comentarios a la Constitución española de 1978*. t. XII (dirigidos por Óscar Alzaga Villamil). Madrid: Edersa/Cortes Generales, 1999, pp. 299-395.

Lo cierto es que, como dice MIRANDA<sup>233</sup>, el modelo actual es fruto de una lenta evolución histórica, que puede ser subdividida en tres períodos: 1º) control puramente político (Constituciones monárquicas de 1822, 1826 1838); 2º) predominio del control judicial difuso, con elementos del control político (Constituciones de 1911 1933 y leyes constitucionales revolucionarias de 1974 1975); y 3º) predominio del control judicial concentrado, pero integrado con el control difuso, siendo que, entre 1976 1986, se adopta un complejo sistema mixto, contemplándose, igualmente, el control político. En los términos de la Constitución de 1976, el control de constitucionalidad era ejercido por el Consejo de la Revolución (órgano político) y la Comisión constitucional (órgano jurídico que guarda cierto parecido con los Tribunales Constitucionales). También los tribunales ordinarios estaban autorizados a controlar la constitucionalidad de las leyes.

A día de hoy, el Estado portugués confiere al Tribunal Constitucional la competencia para ejercer el control concentrado de origen kelseniano, pero también establece el sistema de control difuso, de origen norte-americano, permitiendo la participación directa de los demás órganos jurisdiccionales en esa actividad. A diferencia de los sistemas alemán e italiano, en que los tribunales se limitan a recibir el incidente y a encaminarlo al Tribunal Constitucional, en Portugal el control es realizado directamente por los tribunales ordinarios<sup>234</sup>, que también tienen legitimidad para controlar la constitucionalidad de la ley y son considerados como órganos de la justicia constitucional<sup>235</sup>.

A pesar de mezclar los sistemas difuso y concentrado, el modelo portugués no puede ser caracterizado simplemente como un modelo "mixto", pero sí como un modelo distinto de los prototipos, dotado de originalidad y con características propias que CANOTILHO, de forma muy oportuna, definió como *sistema misto complexo*<sup>236</sup>. Este modelo (mixto complejo) está formado por la fiscalización preventiva de la constitucionalidad<sup>237</sup>, fiscalización concreta (o difusa o por vía incidental) de la constitucionalidad<sup>238</sup>, fiscalización abstracta (o concentrada o por vía

233 Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 123.

234 De este modo, el poder judicial portugués detenta competencia para apreciar cuestiones constitucionales, aunque la declaración definitiva esté a cargo del Tribunal Constitucional. La cuestión es sintetizada de la siguiente forma: "*Em resumo, cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões de 1º grau e de 2º grau que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento em sua inconstitucionalidade; que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo; ou que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional pelo próprio Tribunal Constitucional*" (MALHEIROS FIUZA, Ricardo Arnaldo. *Direito Constitucional Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 291).

235 GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1999, p. 851.

236 *Idem, ibidem*, p. 851

237 La fiscalización preventiva de constitucionalidad está prevista en el art. 278/CRP. Al igual que en el sistema francés, el acto normativo es enviado al Tribunal Constitucional, antes de la promulgación, para que evalúe su constitucionalidad. Están legitimados para proponer el control preventivo el Presidente de la República, Ministros de la República, Primer ministro y 1/5 de los diputados de la Asamblea de la República. La norma declarada inconstitucional por el Tribunal, cuya declaración sea apartada por la Asamblea de la República (Art. 279, Constitución Portuguesa), podrá ser reapreciada en un eventual control represivo.

238 El control de constitucionalidad concreto o difuso está previsto por el art. 204 de la Constitución Portuguesa: "*Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.*"

principal) de la constitucionalidad<sup>239</sup> y la inconstitucionalidad por omisión<sup>240</sup>.

CARDOSO DA COSTA, sintetizando el origen histórico del TC portugués, afirma que: “puede decirse, para concluir, que el Tribunal Constitucional portugués, creado en 1982, se sitúa en la confluencia de dos tradiciones constitucionales: de un lado, la tradición americana del *judicial review*, asumida ya en 1911, en la primera Constitución republicana del país, y de otro, la tradición contemporánea europea de una justicia y de una jurisdicción constitucional autónomas, concebidas como el mejor camino para resolver el problema «político» de la garantía contenciosa de la Constitución y para proveer de eficacia a tal garantía”<sup>241</sup>.

## 5.2 Normas objeto del Control de Constitucionalidad

En Portugal se admite un muy amplio control de constitucionalidad de normas jurídicas. En general, las normas objeto de los diferentes tipos de fiscalización de constitucionalidad pueden consistir en leyes o en otros actos normativos del poder público<sup>242</sup>.

Pueden ser objeto de control del Tribunal Constitucional las siguientes normas:

- a) Tratados internacionales y acuerdos bajo forma simplificada;
- b) Actos legislativos o con fuerza de ley: leyes de la Asamblea de la República, decretos-leyes del Gobierno, decretos legislativos regionales;
- c) Diplomas de naturaleza legislativa emanados de los órganos de gobierno

239 El control abstracto de las normas es realizado por un Tribunal Constitucional a semejanza del modelo austríaco. Dispone el art. 281.1 (Fiscalización abstracta de la constitucionalidad y de la legalidad) de la Constitución Portuguesa:

*"1. O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral:*

*a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas;*

*b) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de acto legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado;*

*c) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região ou de lei geral da República;*

*d) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto."*

240 La Constitución Portuguesa prevé la inconstitucionalidad por omisión (art. 283) con relación a las medidas legislativas necesarias para tornar exigibles las normas constitucionales. Declarada la inconstitucionalidad por omisión, será dada ciencia al órgano legislativo competente. En relación a la inconstitucionalidad por omisión, GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA comentan: *"o princípio da constitucionalidade não diz respeito apenas às acções do Estado; abrange também as omissões ou inacções do Estado. A Constituição não é somente um conjunto de normas proibitivas e de normas de organização e competência (limite negativo de actividade do Estado): é também um conjunto de normas positivas, que exigem do Estado e dos seus órgãos uma actividade, uma acção (limite positivo da actividade do Estado). O incumprimento dessas normas, por inércia do Estado, ou seja, por falta total de medidas (legislativas ou outras) ou pela sua insuficiência, deficiência ou inadequação, traduz-se igualmente numa infracção da Constituição – inconstitucionalidade por omissão"* (CANOTILHO, J. J. Gomes. VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3 ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora. 1993, p. 1046).

241 CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. “El tribunal constitucional portugués: origen histórico”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núms. 60-61. Abril-Septiembre 1988, p. 840.

242 Reiteradamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional afirma que el control de constitucionalidad es un control de normas (y no un contencioso de decisiones) sea cual sea su naturaleza. Cf. las decisiones 605/94, 282/95, 521/95, 585/95, 20/96 e 179/96.

- del territorio Macau hasta 1999<sup>243</sup>;
- d) Actos de naturaleza reglamentaria, provenientes:
- d.1. del Gobierno,
  - d.2. de los Gobiernos Regionales de las Regiones Autónomas,
  - d.3. de los órganos del poder local,
  - d.4. de ciertos magistrados administrativos (caso de los gobernadores civiles en las demarcaciones de Portugal continental),
  - d.5. de ciertas personas colectivas públicas con poderes reglamentarios e incluso de ciertas entidades no públicas, en ciertos casos, desde que les son atribuidos poderes normativos públicos.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, a efectos de la determinación del objeto del control, utiliza un concepto muy amplio de norma, recurriendo a un criterio simultáneamente funcional y formal<sup>244</sup>. Su jurisprudencia firme y uniforme interpreta como “normas” cualquier acto del poder público que contienen una “regla de conducta” para los particulares o para la Administración, un “criterio de decisión” para la Administración o para el juez o, en general, una “calidad de valoración de comportamiento”. Se trata, pues, de un concepto simultáneamente formal y funcional de norma, que no abarca únicamente los preceptos de naturaleza general y abstracta, sino que más bien incluye cualquier norma pública, de eficacia externa, independientemente de su carácter general y abstracto o individual y concreto y de que posean, en este último caso, *eficacia consumptiva* (es decir, cuando sea dispensable un acto de aplicación)<sup>245</sup>.

Con fundamento en dichos criterios, el TC ha admitido fiscalizar<sup>246</sup> la constitucionalidad de las siguientes normas:

- 01 - Leyes medida y leyes individuales y concretas (Cf. los *acórdãos* n.º 26/85 y 157/88);
- 02 - Tratados-contratos internacionales (*acórdão* n.º 168/88);
- 03 - Resoluciones de la Asamblea de la República que suspendían la

243 Esto en virtud del Decreto del Presidente de la República n.º 118-A/99, firmado el 17 de marzo, invistiendo los tribunales de Macau con exclusividad y plenitud de la jurisdicción en su territorio a partir de 1 de junio de 1999.

244 Cf. III CONFERÊNCIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL DA IBERO-AMÉRICA, PORTUGAL E ESPANHA, Guatemala, noviembre de 1999 (*Relatório português*). En ese sentido, véanse también los *acórdãos* 26/85, 150/86, 63/91 o 659/95, disponibles en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>; sobre dicho criterio, véanse, por todos, el voto particular del Consejero Sousa e Brito en el *acórdão* n.º 172/93 (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930172.html>); Entre los publicistas, véanse las doctrinas de J. J. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional*, 5ª edição. Coimbra: Almedina, 1991, p. 822 y ss. p. 1011; GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2º vol., 1984, pág. 60; VITALINO CANAS. *Introdução às Decisões de Provimto do Tribunal Constitucional*, Cognition, Lisboa, 1984, p. 60, nota 54); LUÍS NUNES DE ALMEIDA. “O Tribunal Constitucional e o conteúdo, a vinculatividade e os efeitos das suas decisões, Portugal” - *O Sistema Político e Constitucional*, p. 947/948; RUI MEDEIROS. *A Decisão de Inconstitucionalidade. Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, Lisboa, 1999 p. 90 y ss; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 1983, pág. 347.

245 Cf. a propósito: ALVES CORREIA, Fernando. “A justiça constitucional em Portugal e Espanha. Encontros e divergências”. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3891, p. 164. *Apud*: III CONFERÊNCIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL DA IBERO-AMÉRICA, PORTUGAL E ESPANHA, Guatemala, noviembre de 1999 (*Relatório português*), p. 34.

246 Informaciones extraídas del *Relatório português de la III CONFERÊNCIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL DA IBERO-AMÉRICA, PORTUGAL E ESPANHA*, Guatemala, noviembre de 1999. Disponible en: <http://w3b.tribunalconstitucional.pt/tc/pesquisa.html>, última fecha de consulta: 13.07.2009.



- vigencia de decretos-leyes;
- 04 - *Assentos* del Supremo Tribunal de Justicia (*acórdãos* 40/84, 8/87, 340/90, 359/91 e 299/95);
  - 05 - *Acórdãos uniformizadores* de la jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justicia, emitidos en los términos del artículo 437º del Código de Proceso Penal de 1987 (*acórdão* n.º 279/95);
  - 06 - Normas creadas por el intérprete “dentro del espíritu del sistema” (artículo 10º, n.º 3, del Código Civil) para rellenar lagunas de la ley (*acórdãos* 150/86 e 264/98);
  - 07 - Reglamentos establecidos por tribunales arbitrales voluntarios (*acórdão* 150/86);
  - 08 - Actos específicos o *sui generis*, como los que fijan las reglas necesarias al funcionamiento y organización de la Asamblea de la República, fruto de autonomía normativa interna (*acórdão* 63/91);
  - 09 - Normas constantes de convenciones colectivas de trabajo, cuando el poder público las extienda a terceros a través de *portarías* de extensión de reglamentación del trabajo (*acórdãos* 392/89, 249/90 e 431/91);
  - 10 - Reglamentos de empresas y de federaciones deportivas, cuando sean objeto de homologación (*acórdãos* 156/88 e 472/89)<sup>247</sup>.

Algunos autores<sup>248</sup> también integran en el elenco de los actos normativos sujetos la fiscalización de constitucionalidad:

11. las leyes de revisión constitucional;
12. los instrumentos de derecho internacional;
13. las normas emitidas por organizaciones internacionales de las que Portugal forme parte;
14. los actos normativos del Presidente de la República;
15. los actos legislativos en general;
16. las resoluciones normativas de la Asamblea de la República y de las asambleas regionales;
17. los actos normativos de la Administración;
18. los reglamentos de las asambleas;
19. los referéndums;
20. las negociaciones colectivas (*contratos e acordos colectivos de trabalho*)<sup>249</sup>;

247 Según consta en el *Relatório português de la III CONFERÊNCIA...cit.* “se considera todavía que son objeto de fiscalización de constitucionalidad constantes de los estatutos de asociaciones públicas, los reglamentos emitidos por las asociaciones públicas u otras entidades privadas por devolución de poderes de entidades públicas (por ejemplo, reglamentos producidos por concesionarios de obras o servicios públicos). De igual modo, parecen poder ser objeto de control las normas consuetudinarias, en la medida y en los dominios en que son admitidas como fuente de derecho interno (cf. los artículos 3.º, n.º 1, y 348.º del Código Civil). Además, el Tribunal parece poder pronunciar- si sobre la constitucionalidad de normas jurídicas extranjeras aplicables en Portugal por fuerza de normas de conflictos portuguesas. Finalmente, parece poder ser objeto de control las normas emanadas de los órganos competentes de las organizaciones internacionales de que Portugal haga parte, vigentes en el orden jurídico portugués por fuerza del n.º 3 del artículo 8.º de la Constitución de la República Portuguesa, y, bien así, la costumbre internacional”.

248 Cf. J.J. GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed. revista y atualizada, Coimbra, 1993, p. 984 y ss. También: RIBEIRO MENDES, Armindo. “I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha — Relatório de Portugal», separata del *Boletim de Documentação e Direito Comparado*, n.º 71/72, 1997, p. 717.

249 A propósito de las *convenções colectivas de trabalho*, se engendró una contradicción jurisprudencial entre dos secciones del TC. La 2.ª Sección consideró que, por tratarse de actos de autonomía privada, las

21. las normas consuetudinarias;
22. los asientos de los tribunales superiores [y, actualmente, los *acórdãos uniformizadores* de jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justicia];
23. las cláusulas compromisorias y los compromisos arbitrales;
24. los estatutos y reglamentos de las asociaciones públicas;
25. las normas producidas por entidades privadas por devolución de entidades públicas;
26. las normas emitidas por los órganos del gobierno propio de Macau, pero sólo en los términos del Estatuto Orgánico de Macau.

Sobre la vastedad de las normas sujetas a control en Portugal, CANOTILHO todavía destaca que también se encuentran sujetas al control de constitucionalidad en el sistema portugués las normas pre-constitucionales; normas aún no existentes (en la fiscalización preventiva); normas que ya dejaron de estar en vigor (por revocación o caducidad), normas de eficacia *suspensas* y normas de derecho extranjero aplicables por efecto de las reglas de derecho internacional privado<sup>250</sup>.

Se puede apreciar, entonces, que el sistema portugués, entre los sistemas comparados, es el que admite el control más amplio en cuanto a las normas que pueden ser objeto de control de constitucionalidad.

### 5.2.1 El momento del Control

Como hemos visto, el control de constitucionalidad en Portugal se produce tanto de forma preventiva como sucesiva, y es aquí donde reside otra particularidad del sistema portugués, donde el control preventivo no excluirá el control sucesivo.

En relación al tema que nos ocupa, destacamos la hipótesis de la fiscalización preventiva de los Decretos-leyes sometidos a la ratificación del Presidente de la República, que a su vez puede solicitar al Tribunal Constitucional la manifestación preventiva sobre su constitucionalidad (art. 278º,1).

---

*convenções colectivas de trabalho* no podrían estar sujetas a la fiscalización de la constitucionalidad (véase el *acórdão* n.º 172/93, 637/98 y 697/98). Sin embargo, la 1.ª Sección adoptó el entendimiento inverso (*acórdão* n.º 214/94). Asimismo, los publicistas se dividieron: Jorge Miranda ha defendido la interpretación que sería adoptada por la 2ª Sección: "*a fiscalização da constitucionalidade não abrange normas provenientes da autonomia privada ou da autonomia colectiva, como as provenientes de convenções colectivas de trabalho (art. 57º, n.º 4); não abrange, simplesmente, porquanto qualquer contradição entre essas normas e a Constituição não se reconduz, como acima vimos, a inconstitucionalidade no sentido técnico rigoroso e elas só poderão ser arguidas, nos termos gerais das respectivas normas, perante os tribunais competentes em razão da matéria.*" (*Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 1983, p. 347). A su vez, J. J. Gomes Canotilho y Vital Moreira adoptan el entendimiento que vendría a ser defendido por la 1ª Sección y sostienen que las negociaciones colectiva (*convenções colectivas de trabalho*) son "normas" para efectos de control de constitucionalidad (*Constituição ... op. cit.* p. 984 y ss.; ver, aún, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional ... cit.* pp. 826-827). Sin embargo, más recientemente la 3.ª Sección del Tribunal acogió la tesis de que las *convenções colectivas de trabalho* **no** son normas para efectos de la fiscalización de constitucionalidad (*acórdão* 284/99). Parece así ser mayoritaria la orientación según la cual las normas de las convenciones colectivas de trabajo no están sujetas a la fiscalización concreta de la constitucionalidad a cargo del TC, puesto que no integran el concepto de norma utilizado en la línea "b" del número 1 del artículo 280º la CRP/76 y, consecuentemente, en la línea "b" del número 1 del artículo 70º de la Ley del Tribunal Constitucional. Véase el *acórdão* n.º 224/2005, según el cual: "*as cláusulas constantes das convenções colectivas de trabalho não integram o conceito de norma para efeitos de fiscalização concreta da constitucionalidade*".

250 En ese sentido, consúltese J. J. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional...*, cit., p. 824 y siguientes.

La modalidad de control preventivo en la forma reglamentada por el artículo 278 está entendida por la doctrina, con la cual hace eco FERNÁNDEZ SEGADO<sup>251</sup>, como una herencia o residuo del control político de constitucionalidad adoptado por el Constituyente de 1976.

### **5.3 Composición y duración del mandato de los miembros del Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional está compuesto por trece jueces, siendo diez designados por la Asamblea de la República y tres cooptados por éstos, registrando que, de ese total, seis necesariamente serán elegidos entre jueces de los demás tribunales (art. 222, 1, 2 y 4 de la CRP).

El mandato de los jueces tiene una duración de nueve años, a ejemplo del sistema español e italiano. Asimismo, no es renovable (art. 222. 3/CRP y art. 21º de la Ley 28/82, de 15 de noviembre que disciplina la organización, funcionamiento y proceso del Tribunal Constitucional<sup>252</sup>).

#### **5.3.1 Cualificaciones, impedimentos e inmunidades de los miembros**

Las cualificaciones exigidas para la elegibilidad son, además de ser ciudadano portugués en el pleno goce de sus derechos civiles y políticos, que sean doctores, maestros o licenciados en Derecho -por escuelas portuguesas u oficialmente reconocidas-o jueces de los restantes tribunales.

Los jueces del Tribunal Constitucional son independientes e inamovibles, no pudiendo sus funciones cesar antes del término del mandato para el que fueron designados, salvo en los casos previstos en el artículo 23º de la ley 28/1982.

Según la Ley 28/1982, son aplicables a los jueces del Tribunal Constitucional las mismas incompatibilidades de los jueces de los tribunales ordinarios (art. 29º). El tratamiento, los honores y los derechos son los mismos de los jueces del Superior Tribunal de Justicia (art. 30º). Los jueces del Tribunal Constitucional tienen derecho a pasaporte diplomático (art. 33º) y estabilidad en sus empleos anteriores (art. 35º). No pueden ser responsabilizados por sus decisiones, salvo en los términos y límites en los que lo son los jueces de los tribunales judiciales (art. 24º), pero responden civil y criminalmente por sus actos en los términos del art. 26º.

Es incompatible con el mandato de juez del Tribunal Constitucional el ejercicio de funciones en órganos de soberanía, de las regiones autónomas o del poder local, así como el ejercicio de cualquier otro cargo o función de naturaleza pública o privada, exceptuándose el ejercicio no remunerado de funciones docentes o de averiguación científica de naturaleza jurídica (art. 27º). Asimismo, está prohibido el ejercicio de cualesquiera funciones en órganos de partidos, de asociaciones políticas o de fundaciones a ellos conexas, así como desarrollar

---

251 Cf. *La justicia constitucional, una visión de derecho comparado*, Madrid: Dykinson, 2009, p. 831.

252 Con las alteraciones introducidas por la Ley nº 143/85, de 26 de noviembre, por la Ley nº 85/89, de 7 de septiembre, por la Ley nº 88/95, de 1 de septiembre, y por la Ley nº 13-A/98, de 26 de febrero.

actividades político-partidarias de carácter público. Durante el período de desempeño del cargo queda suspendido el estatuto consecuente de la filiación en partidos o asociaciones políticas.

### 5.3.2 Elección del Presidente

El Presidente y el vicepresidente son elegidos por sus pares en votación secreta, en la forma del art. 38º, y sus competencias están definidas en el art. 39º de la Ley 28/82:

#### Artigo 38º

*(Forma de eleição e posse)*

1. O presidente e o vice-presidente são eleitos por voto secreto, sem discussão ou debate prévios, em sessão presidida, na falta do presidente ou do vice-presidente, pelo juiz mais idoso e secretariado pelo mais novo.
2. Cada juiz assinala o nome por si escolhido num boletim que introduz na urna.
3. Considera-se eleito presidente o juiz que, na mesma votação, obtiver o mínimo de 9 votos; se, após 4 votações, nenhum juiz tiver reunido este número de votos, são admitidos às votações ulteriores somente os 2 nomes mais votados na quarta votação; se, ao fim de mais 4 votações, nenhum dos 2 tiver obtido aquele número de votos, considera-se eleito o juiz que primeiro obtiver 8 votos na mesma votação.
4. As votações são realizadas sem interrupção da sessão.
5. Considera-se eleito vice-presidente o juiz que obtiver o mínimo de 8 votos, após as votações necessárias, efectuadas nos termos dos números anteriores.
6. A eleição do presidente e do vice-presidente do Tribunal Constitucional é publicada na 1ª Série-A do Diário da República, sob a forma de declaração assinada pelo juiz que tiver dirigido a reunião.
7. Uma vez eleitos, o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal Constitucional tomam posse perante o plenário de juizes do Tribunal.

#### Artigo 39º

*(Competência do presidente e do vice-presidente)*

1. Compete ao Presidente do Tribunal Constitucional:
  - a) Representar o Tribunal e assegurar as suas relações com os outros órgãos de soberania e demais órgãos e autoridades públicas;
  - b) Receber as candidaturas e as declarações de desistência de candidatos a Presidente da República;
  - c) Presidir à assembleia de apuramento geral da eleição do Presidente da República e dos Deputados ao Parlamento Europeu;
  - d) Presidir às sessões do Tribunal e dirigir os trabalhos;
  - e) Apurar o resultado das votações;
  - f) Convocar sessões extraordinárias;
  - g) Presidir à distribuição dos processos, assinar o expediente e ordenar a passagem de certidões;
  - h) Mandar organizar e afixar a tabela dos recursos e demais processos preparados para julgamento em cada sessão, conferindo prioridade aos referidos nos nºs 3 e 5 do artigo 43º e, bem assim, àqueles em que estiverem em causa direitos, liberdades e garantias pessoais;
  - i) Organizar anualmente o turno para assegurar o julgamento de processos durante as férias dos juizes, ouvidos estes em conferência;
  - j) Superintender na gestão e administração do Tribunal, bem como na secretaria e nos serviços de apoio;
  - l) Dar posse ao pessoal do Tribunal e exercer sobre ele o poder disciplinar, com recurso para o próprio Tribunal;
  - m) Exercer outras competências atribuídas por lei ou que o Tribunal nele delegar.
2. Compete ao vice-presidente substituir o presidente nas suas faltas e impedimentos,

*coadjuvá-lo no exercício das suas funções, nomeadamente presidindo a uma das secções a que não pertença, e praticar os actos respeitantes ao exercício das competências que por aquele lhe forem delegadas.*

*3. Nas sessões presididas pelo vice-presidente não poderão ser apreciados processos de que ele seja relator.*

El Presidente también es miembro del Consejo de Estado, órgano político de consulta del Presidente de la República (arts. 141º y 142º, "c"/CRP).

#### 5.4 Funcionamiento y competencias

El Tribunal, desde la Revisión Constitucional de 1997, está autorizado a funcionar en secciones, "salvo para efecto de la fiscalización abstracta de la constitucionalidad y de la legalidad", estando previsto recurso para el pleno "de las decisiones contradictorias de las secciones en el dominio de aplicación de la misma norma" (art. 224, 2 y 3/CRP)<sup>253</sup>.

La organización, el funcionamiento y el proceso del Tribunal Constitucional se enmarcan en la reserva absoluta de competencia legislativa de la Asamblea de la República, exigiendo la edición de ley de procedimiento reforzado (ley orgánica), mientras que los tribunales, en general, se enmarcan en la reserva relativa de competencia, admitiendo que sea la materia delegada al Gobierno (arts. 164, c y 166, 2 de la Constitución).

Además de ser responsable de la administración de la justicia en materias de naturaleza jurídico-constitucional, el Tribunal también detenta un considerable volumen de competencias, que varían desde el juicio, en última instancia, de la regularidad y de la validez de los actos del proceso electoral, a la apreciación –a petición de los legitimados (art. 91-A, 2, de la Ley nº. 28/1982)- de los recursos relativos a la pérdida del mandato de Diputado (arts. 221 223 de la Constitución). Siguiendo el ejemplo de los modelos alemán y español, pero a diferencia del italiano, el Tribunal Constitucional portugués puede tener sus competencias ampliadas por la ley, lo que efectivamente ocurrió con la edición de la Ley nº 28/1982 y sus posteriores modificaciones.

Conforme hemos visto, el modelo portugués de control de constitucionalidad es extremadamente amplio: se proyecta en los planes preventivo y represivo, alcanza tanto los actos *comissivos* como los *omissivos* y contempla un elenco relativamente amplio de legitimados para proponer dichas acciones. Si no hay mayor controversia en cuanto a la posibilidad de control de las normas jurídico-públicas, no puede decirse lo mismo en relación a las que proceden de la autonomía privada, siendo apreciada una clara inclinación a excluir las últimas de dicho control<sup>254</sup>.

253 Cf. artículo 40º y siguientes de la Ley 28/82, que tratan del funcionamiento del TC.

254 El Tribunal ya sostuvo que no son normas, a efectos de control de constitucionalidad, los preceptos contenidos en actos de autonomía privada (las normas de un reglamento de una empresa pública sobre la prevención y lucha contra el alcoholismo (*acórdão* nº 156/88); los estatutos de una cooperativa (*acórdão* nº 92/94); las normas de estatutos y de un reglamento disciplinar de una federación de deporte -*acórdão* nº 472/89). Cf. BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 436 y ss, que también trata sobre la tendencia del TC a excluir los Convenios colectivos de trabajo de la apreciación de constitucionalidad del TC.

En los procesos de control abstracto, únicamente se admitirá el desistimiento del recurso si se trata de fiscalización preventiva (art. 53 de la Ley nº 28/1982).

La fiscalización abstracta **previa** de constitucionalidad puede ser iniciada: A) por el Presidente de la República (con relación a un Tratado Internacional, acuerdo internacional o decreto dirigido a la promulgación como ley o decreto-ley); B) por los Ministros de la República (en cuanto a determinados decretos regionales que deben firmar); y C) por el Presidente de la República, por el Primer ministro o por un quinto de los Diputados de la Asamblea de la República, con relación a cualquier dispositivo constante de decreto que haya sido presentado al Presidente de la República para promulgación como ley orgánica.

El art. 278 de la CRP establece que, en el control **previo**, el Tribunal Constitucional debe pronunciarse en el plazo de veinticinco días. No obstante, si se trata de las hipótesis de tratado o acuerdo internacional, decreto o decreto-ley previstas en el art. 278.1/CRP, el plazo del TC puede ser disminuido por el Presidente de la República por motivo de urgencia. Esta no deja de ser una particularidad curiosa: la reducción de plazo propio del Tribunal, por acto del Presidente de la República. Es el que se extrae del artículo 278 de la Constitución portuguesa, redactado de la siguiente forma:

#### **Artigo 278.º**

##### **(Fiscalização preventiva da constitucionalidade)**

- 1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.*
- 2. Os Representantes da República podem igualmente requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional que lhes tenha sido enviado para assinatura.*
- 3. A apreciação preventiva da constitucionalidade deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da data da recepção do diploma.*
- 4. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para promulgação como lei orgânica, além deste, o Primeiro-Ministro ou um quinto dos Deputados à Assembléia da República em efectividade de funções.*
- 5. O Presidente da Assembléia da República, na data em que enviar ao Presidente da República decreto que deva ser promulgado como lei orgânica, dará disso conhecimento ao Primeiro-Ministro e aos grupos parlamentares da Assembléia da República.*
- 6. A apreciação preventiva da constitucionalidade prevista no n.º 4 deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da data prevista no número anterior.*
- 7. Sem prejuízo do disposto no n.º 1, o Presidente da República não pode promulgar os decretos a que se refere o n.º 4 sem que decorram oito dias após a respectiva recepção ou antes de o Tribunal Constitucional sobre eles se ter pronunciado, quando a intervenção deste tiver sido requerida.*
- 8. O Tribunal Constitucional deve pronunciar-se no prazo de vinte e cinco dias, o qual, no caso do n.º 1, pode ser encurtado pelo Presidente da República, por motivo de urgência.*

En lo que respecta a los efectos de la decisión del Alto Tribunal en el control preventivo, verifíquese que si el TC se decide por la inconstitucionalidad de algún precepto, la norma debe ser vetada en su totalidad, excepto si es retirada del texto o entonces confirmada por la mayoría de dos tercios de los Diputados. Incluso si dicha norma es reformada, su constitucionalidad puede ser nuevamente apreciada. Asimismo, aunque se promulgue el decreto, el tratado o el acuerdo internacional, el

Tribunal puede volver a considerarlo inconstitucional, esta vez sin la posibilidad de que su decisión sea superada.

**Artigo 279.º**  
**(Efeitos da decisão)**

1. Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Representante da República, conforme os casos, e devolvido ao órgão que o tiver aprovado.

2. No caso previsto no n.º 1, o decreto não poderá ser promulgado ou assinado sem que o órgão que o tiver aprovado expurgue a norma julgada inconstitucional ou, quando for caso disso, o confirme por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções.

3. Se o diploma vier a ser reformulado, poderá o Presidente da República ou o Representante da República, conforme os casos, requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer das suas normas.

4. Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de tratado, este só poderá ser ratificado se a Assembléa da República o vier a aprovar por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções.

El control abstracto **sucesivo** de constitucionalidad (y de legalidad) puede ser planteado por varios legitimados, entre ellos el *Provedor de Justiça* y el Procurador-General de la República. Se nota que la legitimidad únicamente fue otorgada a las entidades públicas, excluyéndose de ello la iniciativa privada, incluso por medio de asociaciones<sup>255</sup>.

La decisión proferida tendrá fuerza obligatoria general, no sólo en ese caso, sino también en la hipótesis de la inconstitucionalidad o la ilegalidad de cualquier norma de haber sido reconocida en tres casos concretos (art. 281 de la Constitución). Salvo deliberación en contrario, las decisiones del TC tendrán efecto *ex tunc*, ocurriendo la reviviscencia (*represtinação*) de las normas eventualmente revocadas (art. 281.1 y 4/CRP). Tratándose de inconstitucionalidad o ilegalidad sobrevenida, los efectos solamente retrotraerán a la fecha de la entrada en vigor del paradigma de confrontación (art. 281.2/CRP). El asunto juzgado será observado, pero puede ser mitigado por el Tribunal<sup>256</sup>.

Por su parte, el sistema portugués también contempla el control de la inconstitucionalidad por omisión<sup>257</sup>, que más tarde iría a inspirar el Constituyente brasileño<sup>258</sup>. El control de la omisión puede ser realizado por petición del Presidente

255 BARCELAR GOUVEIA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, vol. II, Coimbra: Almedina: 2005, p. 1365.

256 Véase lo prescrito por el artículo 282.3/CRP: "*Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido*".

257 En el que el control de las omisiones atañe, véase por todos el excelente trabajo del profesor FERNÁNDEZ SEGADO. *La justicia constitucional, una visión de derecho comparado*, Madrid: Dykinson, 2009, p. 559 y siguientes.

258 Sobre este y otros influjos de la Constitución portuguesa sobre la brasileña véanse: CASTRO e CAMARGO, Maria Auxiliadora. "A influência da Constituição da República Portuguesa de 1976 sobre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988", en: PEGORARO, Lucio, FROSINI, Justin O. (Org.). *I trent'anni della Costizione portoghese - Originalità, rizezioni, circolazione del modelo*. Bologna: CLUEB - Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna e CCSDD- Center for Constitutional Studie, 2006, v. 18, p.

de la República, del Proveedor de Justicia o, en el caso de violación de derechos de las Regiones Autónomas, de los Presidentes de las Asambleas Legislativas Regionales. Constatando la inconstitucionalidad por omisión, el Tribunal apenas dará conocimiento al órgano legislativo competente (art. 283 de la Constitución). Parte de la doctrina -con la cual disintimos-, aludiendo a la poca utilidad de esta especie de control, informa que en los veinticinco años que siguieron a la Constitución portuguesa de 1976, solamente en cuatro casos (tres de ellos anteriores a 1982) los órganos de control dieron por comprobada la inconstitucionalidad por omisión, ocurriendo que, desde 1995 al 2001, no fue pronunciada ninguna decisión<sup>259</sup>.

El control **concreto** de constitucionalidad (y de legalidad) a cargo del Alto Tribunal se realiza en vía de recurso tras del agotamiento de todas las instancias ordinarias (art. 70 de la Ley nº 28/1982), siendo posible siempre que se niegue aplicación a una norma con fundamento en su inconstitucionalidad o, al revés, cuando sea aplicada norma cuya inconstitucionalidad haya sido suscitada por las partes o por el Ministerio Público. Si la norma cuya aplicación haya sido negada tratarse de una convención internacional, de acto un legislativo o de un decreto reglamentar, el recurso será obligatorio para el Ministerio Público. La materia está tratada en el art. 280/CRP:

**Artigo 280.º**

**(Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade)**

**1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:**

**a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade;**

**b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.**

**2. Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:**

---

179-227. Específicamente sobre la influencia del Derecho Constitucional brasileño sobre el control de constitucionalidad portugués, véase José Manuel M. “El Tribunal Constitucional portugués: Origen histórico”. *Revista de Estudos Políticos (Nova Época)*, 60-61, abril-septiembre, 1988, pp. 831-840, que dice: “Aunque las actas de la Asamblea constituyente no son concluyentes al respecto, todo indica que este ejemplo brasileño, y probablemente la vigorosa defensa y apología que de él hizo el insigne Rui Barbosa, en su conocido escrito sobre *Los actos inconstitucionales del Congreso y del Ejecutivo*, contribuyeron a sensibilizar al legislador constituyente republicano portugués, hasta el punto de que, juntamente con las circunstancias antes mencionadas, hayan sido el factor determinante decisivo de la introducción del artículo 63 en el documento constitucional. He aquí por qué la Constitución portuguesa de 1911 asumió un carácter precursor en el espacio europeo en la consagración del principio de acceso directo de los tribunales a la Constitución, compitiéndoles, en el uso de esa facultad, incluso el control de la regularidad constitucional de la ley parlamentaria; y he aquí cómo el Derecho Constitucional portugués fue así uno de los puentes por donde este principio, firmemente asentado en la doctrina y en el Derecho norteamericanos, desde el principio de su historia constitucional, se incorporó al constitucionalismo del Viejo Continente y en donde se convertiría en uno de los signos más destacados de su moderna evolución y de su desarrollo dogmático” (Cf. p. 832-833).

259 PEREIRA DA SILVA, Jorge. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 156. En otro sentido, cf. también: FERNÁNDEZ SEGADO. *La justicia constitucional, una visión de derecho comparado*, Madrid: Dykinson, 2009 pp. 817-820, donde lista algunos pareceres de la Comisión Constitucional en torno al control de las omisiones legislativas e informa -a título de ilustración que ahora nos interesa- de que después de que la Comisión Constitucional emitiera el Parecer 11/77, el Consejo de la Revolución dictó la Resolución n. 105/77 que formulaba una “recomendación” al Legislativo, recomendación ésta que ha sido atendida por la Asamblea de la República en poco más de un año. En otras palabras, en Portugal las “recomendaciones” para que las omisiones sean suprimidas, son prontamente atendidas por el Legislativo, al contrario de lo que ocurre en Brasil, como ya tenderemos oportunidad de ver más adelante.



- a) Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado;
- b) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma;
- c) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma;
- d) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a), b) e c).
3. Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar, os recursos previstos na alínea a) do n.º 1 e na alínea a) do n.º 2 são obrigatórios para o Ministério Público.
4. Os recursos previstos na alínea b) do n.º 1 e na alínea d) do n.º 2 só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, devendo a lei regular o regime de admissão desses recursos.
5. Cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional, obrigatório para o Ministério Público, das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional.
6. Os recursos para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, conforme os casos.

El recurso será interpuesto frente al tribunal que haya pronunciado la decisión recurrida, correspondiéndole la realización del primer juicio de admisibilidad (art. 76, 1, de la Ley nº 28/1982). De la decisión de no admitir el recurso cabe reclamación (art. 77, 1, de la Ley nº 28/1982) para el TC. Decidiendo el recurso en sentido distinto de lo que fuera anteriormente adoptado en cuanto a la misma norma, (por cualquiera de sus secciones), cabrá recurso ante el plenario del Alto Tribunal, obligatorio para el Ministerio Público cuando intervenga en el proceso como recurrente o recurrido (art. 79-D, 1, de la Ley nº 28/1982). La decisión del Tribunal Constitucional se limitará a la cuestión de constitucionalidad o legalidad, debiendo el proceso ser devuelto al órgano *a quo* para que éste modifique la decisión o la mande reformar de acuerdo con la posición del Tribunal, también en cuanto a la interpretación fijada (art. 80, 2 3, de la Ley nº 28/1982).

Conviene destacar la interesante previsión constitucional portuguesa (art. 281.3), que dispone que: "*O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos*".

## 6. BRASIL Y EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### 6.1 Creación y modelo

La historia del Supremo Tribunal se confunde con la propia historia de existencia de Brasil. Por las circunstancias históricas conocidas, al transferirse el Reino de Portugal a Brasil<sup>260</sup>, se hizo necesario crear una *Casa da Suplicação*

<sup>260</sup> La transferencia de la Corte portuguesa a Brasil fue un episodio en la historia de [Portugal](#) y en la de [Brasil](#) donde la familia real lusitana, encabezada por el rey [Juan VI de Portugal](#) junto con toda la corte establecida en [Lisboa](#) (cerca de 15.000 individuos entre civiles y militares), huyeron a la colonia portuguesa de Brasil en [1808](#) para escapar de las tropas de [Napoleón Bonaparte](#) que penetraban en Portugal. De hecho, la sede de la [Casa de Braganza](#) quedó en [Río de Janeiro](#) desde enero de 1808 hasta abril de 1821. Esto permitió que en

(1808), ya que se hacía inviable el envío de las apelaciones para ser decididas en Lisboa. Así, el Príncipe Regente, D. João VI, por *alvará* de 10 de mayo de 1808, convirtió el *Tribunal da Relação do Rio de Janeiro* en *Casa da Suplicação do Brasil*, considerada como un Superior Tribunal de Justicia donde se decidirían las causas en última instancia.

Con la Proclamación de la Independencia y hasta el fin del Imperio de Brasil, la Corte recibió el nombre de "Supremo Tribunal de Justicia" y estaba compuesto por 17 jueces, habiendo sido establecido el 9 de enero de 1829.

La denominación de *Supremo Tribunal Federal* ha sido dada a la Constitución Republicana<sup>261</sup>, que también instituyó el control difuso de constitucionalidad, cuando entonces el STF ganó el *status* de guardián de la Constitución. Rui Barbosa, su principal artífice, defendía la idea de un Supremo Tribunal Federal con poderes suficientes para proteger a los ciudadanos frente al abuso de los demás poderes: sería el vigilante de la ley, la garantía contra los excesos de los detentadores del poder. De esta forma, el Poder Judicial no caería en la tentación de usurpar el poder, ya que no dispondría de recursos tales como la fuerza, poderes de nombramiento y administración de recursos<sup>262</sup>.

En los términos idealizados por Ruy Barbosa, el STF no estaría subordinado a ningún otro Poder. Sería el propio juez supremo, sin que se admitieran recursos, de su competencia y de la competencia de los demás poderes del Estado. Cuando se pronunciara, su decisión se constituiría en la ley más alta del país, que no podría ser revocada. Los demás Poderes, entonces, no se podrían resistir a una decisión del STF<sup>263</sup>.

---

<sup>1815</sup>, durante el [Congreso de Viena](#), Juan VI creara el [Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve](#), elevando a Brasil al mismo nivel político que Portugal y permitiendo que diputados brasileiros acudan a las Cortes Portuguesas. Asimismo, la transferencia de la corte causó que la administración política y económica del [imperio colonial portugués](#) (el cual abarcaba territorios también en [África](#) y [Asia](#)) fuese forzosamente dirigida desde Río de Janeiro, con la consiguiente elevación de la importancia de Brasil dentro del esquema imperial lusitano. Inclusive, cuando en <sup>1816</sup> la anciana reina María I murió, Juan VI fue coronado como Rey de Portugal (*de iure* y no sólo *de facto*) en el propio Río de Janeiro, a pesar de que la metrópoli estaba libre de franceses desde <sup>1814</sup>.

<sup>261</sup> Realmente esa denominación la dio la Constitución Provisoria publicada con el Decreto n.º 510, de 22 de junio de 1890, y se repitió en el Decreto n.º 848, de 11 de octubre del mismo año, que organizó la Justicia Federal. La Constitución republicana promulgada el 24 de febrero de 1891 dedicó al Supremo Tribunal Federal los artículos 55 a 59. El 28 de febrero de 1891 tomaron posesión los primeros ministros del STF, cuya composición entonces era de 15 miembros.

<sup>262</sup> Cf. BARBOSA, Rui "O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira". *Escritos e Discursos Seletos*. Rio de Janeiro: Aguilar, 1995, pp. 563 y ss. Sus palabras son: "*Os tribunais não usam espadas. Os tribunais não dispõem do Tesouro. Os tribunais não nomeiam funcionários. Os tribunais não escolhem deputados e senadores. Os tribunais não fazem ministros, não distribuem candidaturas, não elegendem e deselegem presidentes. Os tribunais não comandam milícias, exércitos e esquadras.*"

<sup>263</sup> "*A outra doutrina, a que pretendesse conciliar com a missão, confiada à justiça, de árbitra suprema nas questões de constitucionalidade, o jus, reservado ao governo e ao Congresso, de se não submeterem aos seus julgados, nessas controvérsias, essa doutrina atribuiria àquele sobre quem se outorga a jurisdição, privativa, o direito de anular a competência daquele, a quem a jurisdição foi privativamente outorgada. Contradição nos termos. Absurdo palpável. Inversão manifesta. Disparate rematado. O Supremo Tribunal, logo, sendo o juiz supremo e sem apelo na questão de saber se qualquer dos outros poderes excedeu à sua competência, é o último juiz, o juiz sem recurso, na questão de saber se é, ou não, político o caso controverso. Porque a segunda questão outra coisa não vem a ser que a primeira. Políticos se chamam os assuntos privativos à competência do Executivo ou do Congresso. Portanto, se da competência do Executivo e do Congresso, árbitro final é o tribunal supremo, na questão de ser político, ou não, o ato discutido, o tribunal supremo é o árbitro final. (Idem, ibidem).*"

Sin embargo, no ha sido ese el papel desarrollado por el STF en la historia de la república brasileña. Es cierto que, tras haberse instaurado el STF, ha vivido un período marcado por un gran activismo (1897 a 1926), época en la cuál desarrolló la doctrina brasileña del *habeas corpus* para suplir la falta de una norma procesal<sup>264</sup>.

La era Vargas, período marcado por golpes de Estado, revoluciones y contrarrevoluciones, ha sido el período en el cuál el STF ha sufrido grandes atentados a su independencia. El fin del *Estado Novo* y del período dictatorial que resultó de la promulgación de la Constitución de 1946 representó un período de plena armonía entre el STF y los demás Poderes. No obstante, a partir del golpe militar de 1964, el STF comenzó a sufrir intervenciones que resultaron en “casación”<sup>265</sup> de ministros y vaciamiento de competencias.

En la Constituyente de 1987/1988 se debatió mucho sobre la crisis que asolará el STF. Ha sido cuestionada la hipótesis de alteración de sus competencias, composición y forma de acceso<sup>266</sup>. Se defendía la creación del Superior Tribunal de Justicia, órgano al que deberían ser transferidas algunas competencias del STF, transformándolo en Corte Especial:

*A Criação do Superior Tribunal de Justiça é uma necessidade na constelação de nossos tribunais: o tribunal de cassação, a terceira instância. O Supremo Tribunal Federal passará a ser uma Corte Especial, uma instância singular pairando acima de toda a constelação judiciária. Será nossa Corte Constitucional*<sup>267</sup>.

Sin embargo, no ha sido esa la proposición vencedora en la Constituyente. Aunque se creó el STJ, ni la composición ni la forma de acceso del STF han sido alteradas. Asimismo, el Supremo Tribunal Federal sigue siendo el órgano de la cúpula del Poder Judicial, aunque la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 haya resaltado como su función principal la de servir como guardián de la Constitución.

Así las cosas, el Supremo Tribunal Federal sigue siendo la más alta instancia del Poder Judicial de Brasil, acumulando impropriamente competencias típicas de Suprema Corte y Tribunal Constitucional. El control de Constitucionalidad realizado por el STF ocurre de manera concentrada por intermedio de acciones directas<sup>268</sup> -cuando actúa según los moldes de los Tribunales Constitucionales europeos. No obstante, todavía es competente para apreciar y decidir el caso concreto en última instancia, por intermedio de un recurso extraordinario, cuando se aduce cualquier hipótesis de inconstitucionalidad relacionadas en el *artigo* 102, III/CRFB.

264 La construcción jurisprudencial de la referida doctrina puede ser consultada en las decisiones históricas constantes del sitio web del STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico>.

265 En enero de 1969, con base en el Acto Institucional nº 5, de 13.12.68, fueron jubilados obligatoriamente los Ministros Evandro Lins y Silva, Hermes Lima y Víctor Nunes Leal simplemente porque habían sido nombrados por los Presidentes Juscelino Kubitschek y João Goulart. Por disentir del acto presidencial, los Ministros Gonçalves de Oliveira y Lafayette de Andrade requirieron jubilación - aquel Presidente y este Vicepresidente electos en diciembre de 1968. Con la retirada de los cinco Ministros, el STF volvió a su *quórum* originario (11 Ministros), que hasta hoy permanece inalterado.

266 Cf. entre otras, Enmiendas ES 28609 y ES 32215 en DANC Suplemento “C”.

267 Palabras del Constituyente EGYDIO FERREIRA LIMA, DANC Suplemento “C” p. 456.

268 Acción directa de constitucionalidad ADCON, acción directa de inconstitucionalidad ADIn (estas se subdividen en: por acción, por omisión o interventiva.) y la *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*.

En la línea del modelo norteamericano, todos los jueces y tribunales pueden negar la aplicación de la norma que consideran inconstitucional. Es el denominado sistema difuso e incidental. Sin embargo, aunque en el control difuso la alegación de inconstitucionalidad sea mero incidente procesal, los medios para provocar ese incidente pueden darse a través de acciones propias (*mandados de segurança, mandado de injunção*, acciones declaratorias, *habeas corpus*), como también pueden darse por vías defensivas (contestaciones, acciones declaratorias incidentales, embargos, etc.) o incluso por vía de recursos en sus varias especies. Un instrumento muy utilizado en el control de constitucionalidad es la *Reclamação constitucional* para preservar la competencia del STF o garantizar la autoridad de sus decisiones (art. 102, I, "I"/CRFB).

Todavía existen otros instrumentos para la tutela de intereses difusos o colectivos (acción civil pública, acción popular, etc.) que también serán los medios adecuados para cuestionar la constitucionalidad de una ley o acto normativo. En Brasil, cualquier juez o tribunal puede desaplicar la ley o declararla inconstitucional por sentencia<sup>269</sup>, pero, cualquiera que sea el instrumento utilizado en el control difuso, la alegación de inconstitucionalidad debe ser enfrentada como causa de pedir y no como el pedido en sí<sup>270</sup>.

Aunque el modelo brasileño sea visto por los publicistas como un modelo mixto que reúne elementos del control difuso y concentrado, en realidad se trata de un modelo bastante peculiar que todavía está en fase de construcción, tema sobre el cuál trataremos más adelante.

## 6.2 Normas objeto del Control de Constitucionalidad

En el sistema brasileño, a través del control difuso, cualquier ley o acto normativo (federal, estatal o municipal), primario o secundario, puede ser objeto del control de constitucionalidad. Con relación al control en abstracto, la Constitución brasileña establece que lo mismo ocurrirá con relación a las leyes y actos normativos federal o estatal<sup>271</sup>.

En principio podemos afirmar que el objeto del control concentrado de constitucionalidad sólo podría ser actos normativos primarios<sup>272</sup>. No obstante, el

269 No hay diferencia ontológica sobre los procedimientos (Cf. POLETTI, Ronaldo. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro, 1995, p. 224.

270 En ese sentido: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina. (Rcl 1733 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 06/03/2003, publicado em DJ 12/03/2003).

271 Vide en la CRFB, los artículos 102, I, "a" (que se refiere a acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal o estatal) y art. 59 (que trata de los actos del proceso legislativo).

272 En ese sentido: "Ação direta de inconstitucionalidade: descabimento, de regra, para o controle abstrato da argüição de inconstitucionalidade mediata de atos normativos secundários - em particular, dos decretos regulamentares - por alegada violação de normas infraconstitucionais interpostas, mormente quando controvertida a inteligência destas". (STF - ADIn 2007 MC, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal

critério utilizado por la Suprema Corte ha sido el de la abstracción y generalidad del acto<sup>273</sup>. De esa forma, aunque aparecieran en el texto de ley formal, los actos estatales de efectos concretos no podrán ser impugnados por vía de control abstracto en virtud de inexistencia de densidad normativa<sup>274</sup>.

Sin embargo, recientemente esta posición ha sido revisada por la Corte, que pasó a admitir la fiscalización concentrada de constitucionalidad siempre que haya una controversia en abstracto independientemente del carácter general o específico, concreto o abstracto del objeto del acto:

*Controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias. Revisão de jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. (...) Medida cautelar deferida. Suspensão da vigência da Lei n. 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008." (ADI 4.048-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes<sup>275</sup>, julgamento em 14-5-08, DJE de 22-8-08).*

---

Pleno, juzgado en 12/08/1999, DJ 24-09-1999. Asimismo, “*Não se admite ação direta de inconstitucionalidade que tenha por objeto ato normativo não autônomo ou secundário, que regulamenta disposições de lei.*” (ADI 2398 AgR, Relator Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, juzgado em 25/06/2007, DJ 31-08-2007). La doctrina se orienta en el mismo sentido: “*a incompatibilidade que se constata na regulamentação de norma primária, por intermédio de norma secundária, representa simples controvérsia situada no campo da ilegalidade, ainda que a norma primária tenha conteúdo similar ao da norma constitucional paramétrica.*” (TAVEIRA BERNARDES, Juliano. *Controle Abstrato de Constitucionalidade... op. cit.* p. 219).

273 “*Generalidade, abstração e autonomia que tornam apto o ato normativo para figurar como objeto do controle de constitucionalidade*” (STF - ADIn 3691, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, juzgado en 29/08/2007) Asimismo: “*Ação direta de inconstitucionalidade: inviabilidade: ato normativo de efeitos concretos. (...) 3. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que só constitui ato normativo idôneo a submeter-se ao controle abstrato da ação direta aquele dotado de um coeficiente mínimo de abstração ou, pelo menos, de generalidade. 4. Precedentes (vg. ADIn 767, Rezek, de 26.8.92, RTJ 146/483; ADIn 842, Celso, DJ 14.05.93) – STF -ADI 1937 MC-QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, juzgado en 20/06/2007, DJ 31-08-200 .*

274 STF - ADI 842 MC, Relator: En CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, juzgado el 26/02/1993, DJ 14-05-1993 Esta posición ha recibido varias críticas de la doctrina. Citamos, por todos: “*A propósito das leis meramente formais, o raciocínio desenvolvido nem sempre de modo coerente pelo STF pode ser contestado quando se leva em conta que os pressupostos de abstração e generalidade só estão presentes nas normas de conduta, sendo dispensados nas de estrutura. Assim, quando o Direito impõe comportamentos a um número indeterminado de pessoas, abarcando os requisitos de generalidade e abstração, os quais, somados ao de imperatividade, permitem reconhecer que se trata de um ato normativo. Por outro lado, quando o Direito fixa a competência dos vários órgãos do Estado, inclusive regulando-lhes a criação, tais atos jurídicos, nada obstante serem, aparentemente, individuais e concretos, trazem tamanhas conseqüências ao ordenamento jurídico, pela sucessão de efeitos que produzem...*” (MERLIN CLÈVE, Clèmerson.. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª.ed rev. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 193).

275 Oportuno destacar que ya en su tesis doctoral -mucho antes de relatar el referido proceso y antes incluso de tomar posesión como ministro del STF- Gilmar Mendes ya manifestaba su contrariedad con respecto a la interpretación del STF en cuanto a la imposibilidad de fiscalizar la constitucionalidad de actos dotados de efectos concretos: “*A extensão desta jurisprudência, desenvolvida para afastar do controle abstrato de normas os atos administrativos de efeito concreto, às chamadas leis formais suscita, sem dúvida, alguma insegurança, porque coloca a salvo do controle de constitucionalidade um sem-número de leis. Não se discute que os atos do Poder Público sem caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, porquanto a própria Constituição elegeu como objeto desse processo os atos tipicamente normativos, entendidos como aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração. Ademais, não fosse assim, haveria uma superposição entre a típica jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária. Outra há de ser, todavia, a interpretação se cuida de atos editados sob a forma de lei. Nesse caso, houve por bem o constituinte não*

De esta forma, se nota que la orientación del Supremo, que al principio -en línea exactamente opuesta a Portugal- adoptó una interpretación muy restrictiva del objeto del control concentrado, ha cambiado de forma al permitir un control más amplio de las normas. La interpretación inicial de la Corte parecía tener el objetivo de reducir las demandas ya que, también al contrario que en Portugal, el Constituyente admitió un rol muy grande de legitimados en el control concentrado. Sin embargo, como todavía tendremos oportunidad de verificar, la nueva composición del STF, atenta a los avances del mundo contemporáneo, busca en el Derecho Comparado nuevos mecanismos y nuevas técnicas decisorias a fin de incrementar el control concentrado, por lo que no se justifica restringir el objeto de control.

En cuanto a los actos normativos que pueden ser objeto de control, en Brasil no hubo grandes divergencias respecto a la posibilidad de fiscalizar las enmiendas constitucionales<sup>276</sup>. Esta premisa también se extiende a los tratados y convenciones internacionales que traten de derechos humanos, las cuales, por fuerza de la EC nº 45/04, pasan a ser equiparadas a la enmiendas constitucionales.

También pueden ser objeto de control concentrado los decretos legislativos y ejecutivos relativos a convenciones y tratados, actos normativos procedentes de personas jurídicas de derecho público creadas por la Unión. El STF también consideró como actos normativos las Resoluciones y/o deliberaciones administrativas del Poder Judicial<sup>277</sup>, como los Tribunales de Justicia de los Estados<sup>278</sup>

---

*distinguir entre leis dotadas de generalidade e aquelas outras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou da vontade do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (v.g., lei de orçamento, lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública). Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite esta garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária". (Jurisdição Constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 162-163).*

276 No ocurre lo mismo en cuanto a las normas creadas por los propios Constituyentes, cuyo entendimiento ha sido siempre unánime: "*Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI. Inadmissibilidade. Art. 14, § 4º, da CF. Norma constitucional originária. Objeto nomológico insuscetível de controle de constitucionalidade. Princípio da unidade hierárquico-normativa e caráter rígido da Constituição brasileira. Doutrina. Precedentes. Carência da ação. Inépcia reconhecida. Indeferimento da petição inicial. Agravo improvido. Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário.*" (ADI 4097 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2008, DJe-211 07-11-2008.)

277 *REMUNERAÇÃO - REVISÃO - COMPETÊNCIA - ATO DE TRIBUNAL - IMPROPRIEDADE. A revisão remuneratória há de estar prevista em lei. Mostra-se inconstitucional, passível de sofrer o controle concentrado, ato de tribunal que implique determinação no sentido de proceder-se, de maneira geral, a revisão dos vencimentos, proventos e pensões devidos a servidores e beneficiários.(...)* STF - ADI 728, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 27/09/1995, DJ 20-10-1995 PP-35255 EMENT VOL-01805-01 PP-00095.

278 "*Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Arguição de inconstitucionalidade da Decisão Administrativa 16.117/91 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (...)* Não-ocorrência da perda do objeto do pedido de liminar. - Ocorrência, no caso, de relevância do fundamento jurídico do pedido e do requisito da conveniência em se conceder a liminar. Liminar deferida, para suspender, "ex nunc", a eficácia da Decisão Administrativa nº 16.117 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, publicada no DJU de 06.08.92. (ADI 1352 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ 18-05-2001).

y Tribunales del Trabajo<sup>279</sup>, así como de las decisiones administrativas del Consejo Administrativo del STJ<sup>280</sup>. Ya en lo que respecta a las *súmulas* de los Tribunales, éstas no están sujetas a la jurisdicción constitucional concentrada porque no presentan las características de acto normativo<sup>281</sup>.

En lo que concierne a los actos legislativos del Gobierno, jamás ha habido dudas sobre que las *Medidas Provisórias* se encontraban dentro del concepto de actos normativos. No obstante, la primera interpretación del Supremo ha sido en el sentido de que los presupuestos habilitantes de relevancia y urgencia non eran controlables, como veremos oportunamente. Anticipamos que dicho entendimiento es flexibilizado cuando el STF manifiesta que "*a ocorrência dos pressupostos de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias não estão de todo imunes ao controle jurisdicional, restrito, porém, aos casos de abuso manifesto, dado caráter discricionário do juízo político que envolve, confiado ao Poder Executivo, sob censura do Congresso Nacional*"<sup>282</sup>.

El control de constitucionalidad de las Medidas Provisorias siempre ha sido considerado represivo, pues al tratarse de un acto con fuerza de ley produce efectos en el mundo jurídico desde su edición. No obstante, el STF no admite la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo revocado o cuya eficacia haya sido extinta. Así, la *Medida Provisória* no convertida en ley no podría ser objeto de ADIn y, si fuera extinta en el trámite de la acción, esta perdería su objeto<sup>283</sup>:

279 "Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Resolução nº 35/1991, do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, que determinara o pagamento a magistrados e servidores da 10ª Região das diferenças do Plano Bresser, no percentual de 26,06. 3. Natureza normativa da Resolução nº 35/1991, do TRT - 10ª Região. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da Resolução Administrativa nº 35/1991, do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. (ADI 681, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 22/02/1996, DJ 06-12-1996).

280 ADI 693 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/1992, DJ 02-12-1994.

281 ADI 594, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 15/04/94. No obstante, existen manifestaciones doctrinarias que perciben la posibilidad de acudir al STF para que fiscalice, en abstracto, actos que originariamente no tenían previsión de control por la vía concentrada. Trátese de un remedio supletorio que se materializa en la *arguição de descumprimento de preceito fundamental -ADPF*. Al respecto, transcribimos las pertinentes colocaciones de LÊNIO STRECK, *verbis*: "*Creio, de todo o modo, que essa questão, agora, pode ser solucionada através do artigo 4º da Lei nº 9.882/99, que regulamentou a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Assim, por entender que a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é, efetivamente, um remédio supletivo para os casos em que não caiba ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) ou ação declaratória de constitucionalidade, parece razoável afirmar que, na hipótese de não se verificar um meio apto a solver a controvérsia constitucional de forma ampla, geral e imediata há de se entender possível a utilização da ADPF, inclusive para declarar a inconstitucionalidade de uma Súmula...*".(STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 513-514.)

282 ADI 525-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 02/04/04.

283 Igual entendimiento se manifiesta en cuanto a leyes o actos normativos revocados durante el trámite de la acción: *EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE DO ATO NORMATIVO ARGUIDO DE INCONSTITUCIONAL. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO. OBJETO DA AÇÃO DIRETA prevista no art. 102, I, a e 103 da C.F., e a declaração de inconstitucionalidade, de lei ou ato normativo em tese, logo o interesse de agir só existe se eles estiverem em vigor. REVOGAÇÃO DO ATO NORMATIVO ARGUIDO DE INCONSTITUCIONAL. Prejudicialidade da ação por perda do objeto. A revogação ulterior do ato normativo questionado realiza, em si, a função jurídica constitucional reservada a ação direta de expungir do sistema jurídico a norma inquinada de inconstitucionalidade. EFEITOS CONCRETOS DO DECRETO REVOGADO, durante sua vigência. Matéria que, por não constituir objeto da ação direta, deve ser remetida as vias ordinárias. A declaração em tese de ato normativo que não mais existe, transformaria a ação direta, em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e*

*EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Medida Provisória n. 111/89. - Não tendo sido convertida em lei a Medida Provisória atacada pela presente ação direta, perdeu ela, retroativamente, a sua eficácia jurídica pelo transcurso do prazo para a sua conversão, e, assim, por via de consequência, perdeu esta ação o seu objeto. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece por estar prejudicada em virtude da perda de seu objeto<sup>284</sup>.*

La crítica que se hace de esta interpretación es que de ella podrán resultar situaciones ocurridas durante la vigencia de la ley o acto normativo, que quedarán sin solución.

En lo que respecta a los actos reglamentares del Gobierno (decretos), el STF, excepcionalmente, ha admitido acción directa de inconstitucionalidad en contra de dichas normas (secundarias) cuando manifiestamente no se reglamente una ley (en su totalidad o en parte), presentándose, así, como norma autónoma (y no reglamentaria), lo que dará margen a que sea examinado directamente a la luz de la Constitución por ofender al principio de la reserva de ley<sup>285</sup>.

En el caso de control concentrado por la vía de acciones directas, dichos actos pueden ser federales, de los Estados miembros o del Distrito Federal<sup>286</sup>. Las leyes municipales no pueden serlo objeto de control abstracto por la ADIn o ADC<sup>287</sup>

---

*concretas. Ação direta que, tendo por objeto o Decreto II.104/91 do Estado do Rio Grande do Norte, revogado no curso da ação, se julga prejudicada. (ADI 649, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 07/10/1992, DJ 23-09-1994 PP-25313 EMENT VOL-01759-01 PP-00188). Todavía: EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Resolução n. 98/90 da Assembléia Legislativa do Estado do Paraná que fixou a remuneração dos deputados estaduais para a legislatura a iniciar-se em 1. de fevereiro de 1991. - Esta Corte, modificando orientação anterior, firmou o entendimento de que, destinando-se a ação direta de inconstitucionalidade a defesa da ordem constitucional vigente, perde ela o seu objeto quando e revogada a norma que nela se impugna, podendo seus efeitos concretos ser atacados "incidenter tantum". - Ora, por identidade de razão o mesmo ocorre quando a vigência da lei cessa por causas intrínsecas, o que se verifica, como observam EDUARDO ESPINOLA e EDUARDO ESPINOLA FILHO ("A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem dos seus artigos", vol. I, n. 32, p. 70, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1943), "quando, pela própria natureza da lei, a sua vida se limita a determinado tempo, ou a certo fim, caso em que traz ela, em si mesma, um limite de duração, para a sua validade". - Resolução que fixa remuneração de deputados estaduais - como o e a em causa -, se destina a vigorar, como preceitua o artigo 27, PAR.2., da Constituição, para cada legislatura, e vigora, portanto, apenas no período desta. Assim, no caso, a Resolução impugnada, teve a sua vigência exaurida ao término da legislatura de quatro anos, iniciada em 1. de fevereiro de 1991. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga prejudicada (ADI 943, Relator Min. MOREIRA ALVES, TRIBUNAL PLENO, julgado el 26/10/1995, DJ 24-11-1995).*

284 ADI 162, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1993, DJ 27-08-1993, Republicado em DJ 19-09-1997.

285 ADI 708, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado el 22/05/1992, DJ 07-08-1992 PP-11778 EMENT VOL-01669-01 PP-00052 RTJ VOL-00142-03 PP-00718 y: "Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis (artigo 84-IV da CF/88). ... Não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição a exige. A Lei 9.295/96 não sana a deficiência do ato impugnado, já que ela é posterior ao decreto.(...)ADI 1435 MC, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado el 07/11/1996, DJ 06-08-1999 PP-00005 EMENT VOL-01957-01 PP-00040.

286 "Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal." (SÚM. 642)

287 Sin embargo, como anticipamos anteriormente, la ADPF - *Aguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, creada a partir de la edición de la Ley 9.882/99, extendió el objeto del cuestionamiento de la constitucionalidad, en abstracto, permitiendo así el control de las leyes municipales a la luz de la Constitución. Su creación tuvo por objetivo exactamente suplir las lagunas dejadas por la ADI, que todavía no pueden ser



con relación a la Constitución Federal<sup>288</sup>, pero sí pueden con relación a la respectiva Constitución Estatal (así como las leyes estatales) en acciones que han de ser procesadas en los Tribunales de Justicia de los Estados miembros.

A pesar del cambio de orientación del STF hacia una más amplia acepción de norma y acto normativo, en el sistema jurídico brasileño solo la norma vigente<sup>289</sup> puede ser objeto de control concentrado de constitucionalidad por acción directa. De esta forma, no existe la posibilidad de fiscalización abstracta (preventiva) de la legitimidad constitucional de simple propuesta de ley (proyectos) por parte del Supremo Tribunal Federal<sup>290</sup>.

En lo que se refiere al derecho infra constitucional anterior al texto tomado como paradigma constitucional, la doctrina se divide con fundamento en los dos

---

propuestas contra leyes o actos normativos que entraron en vigor en fecha anterior a la promulgación de la Constitución de 1988.

288 *"Em se tratando de lei municipal, o controle de constitucionalidade se faz, pelo sistema difuso — e não concentrado — ou seja, apenas no julgamento de casos concretos, com eficácia inter partes e não erga omnes, quando confrontado o ato normativo local com a Constituição Federal. O controle de constitucionalidade concentrado, nesse caso, somente será possível, em face da Constituição dos Estados, se ocorrente a hipótese prevista no § 2º do art. 125 da Constituição Federal."* (ADI 209, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 11/09/98).

289 *"O controle abstrato tem por objetivo preservar a integridade da ordem constitucional vigente, daí porque não lhe interessam padrões paramétricos baseados em modelos constitucionais ultrapassados, nem sequer as normas da Constituição em vigor que já tenham sido revogadas"*. (TAVEIRA BERNARDES, Juliano. *Controle Abstrato de Constitucionalidade...op.cit.* p. 121)

290 *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INSTITUIÇÃO DA PENA DE MORTE MEDIANTE PRÉVIA CONSULTA PLEBISCITÁRIA - LIMITAÇÃO MATERIAL EXPLÍCITA DO PODER REFORMADOR DO CONGRESSO NACIONAL (ART. 60, § 4º, IV) - INEXISTÊNCIA DE CONTROLE PREVENTIVO ABSTRATO (EM TESE) NO DIREITO BRASILEIRO - AUSÊNCIA DE ATO NORMATIVO - NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA. - O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou - como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite - o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. Atos normativos "in fieri", ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe - ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante - a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo - que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva -, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional - e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão - que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, já promulgados, editados e publicados. - A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas - que não são normas constitucionais originárias - não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade. O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade".* (ADI 466, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/05/91).

critérios de solución de un conflicto existentes en el derecho comparado: para algunos el problema sería tan solo la existencia de conflicto de derecho *intertemporal* (*lex posterior derogat priori*), que resulta de la simple revocación de la ley incompatible<sup>291</sup>. Para otros se trataría de un conflicto de naturaleza jerárquica (*teoría de la inconstitucionalidad superveniente* o *sobrevenida*), lo que implicaría un pronunciamiento de la inconstitucionalidad de la norma en su plan de validez<sup>292</sup>. Se dan todavía posiciones intermedias, como la asumida por BITTENCOURT, para quién revocación e inconstitucionalidad no son situaciones irreconciliables. La inconstitucionalidad es estado de conflicto entre una ley y la Constitución, mientras que la revocación es un efecto de tal estado<sup>293</sup>. En el mismo sentido, JOSÉ AFONSO DA SILVA comenta que, en cuanto a las normas anteriores a la Constitución de 1988, el tema comporta una **"revogação por inconstitucionalidade de todas as normas com ela incompatíveis"**<sup>294</sup>.

Recordamos que la teoría nació en Italia, donde quedó asentada por la *Corte Costituzionale* desde hace mucho tiempo al tratarse el conflicto de *incostituzionalità sopravvenuta*:

*Fin dall'inizio, la Corte costituzionale ha riconosciuto che il contrasto tra costituzione nuova e leggi vecchie determina sempre un vizi di incostituzionalità (sopravvenuta) sulla quale si estende la propria giurisdizione, anche se i giudici comuni abbiano nel frattempo fatto applicazione dei normali criteri di successione delle leggi nel tempo quindi, dal loro canto, abbiano ritenuto la legge abrogata dalla costituzione. Il controllo di costituzionalità della legge e quindi indipendente dall'abrogazione e appartiene ad un ordine problematico e di competenza che non si incontra con l'accertamento della vigenza della legge. Contrariamente a quel che normalmente si ripete - che la Corte avrebbe affermato il proprio monopolio su ogni problema di compatibilità tra le leggi vecchie e la costituzione nuova -, essa invece ha assunto una posizione più duttile e pluralistica. I principi in materia sono stati affermati nella prima sentenza de: Corte costituzionale (1/1956) e sono stati ribaditi nella successiva sent. 40/1958, ove si legge che «le*

291 En ese sentido, véase: TAVEIRA BERNARDES, *op. cit.* p. 121 y SS. “*Nada obstante, tão-só pelo argumento a fortiori, conclui-se que a superior hierarquia das normas constitucionais não lhes reduz a capacidade revogatória em face de atos normativos de patamar inferior. Ademais, a alteração informal do texto da constituição, por força da mutação constitucional, implica modificação do conteúdo das normas constitucionais. Daí, por consequência, acarreta a revogação da legislação infraconstitucional incompatibilizada, a despeito da inexistência de posterior formalização de ato normativo constitucional. Assim, ainda que adotada a tese do conflito cronológico, poder-se-ia sustentar a ocorrência de revogação implícita a partir do momento em que identificada a incompatibilidade decorrente da mutação*”.

292 Así, FERREIRA MENDES recuerda que: “*as regras de direito intertemporal pressupõe normas de "idêntica densidade normativa", o que não ocorre na hipótese, onde o que há, em verdade, é a supremacia da norma constitucional em relação ao direito infraconstitucional precedente*” (*Jurisdição Constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 121).

293 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional constitucionalidade das leis*. (atualizado por José Aguiar Dias) Brasília: Ministério da Justiça, 1997 (Edição fac-símile de: 2ª. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1968), p. 132.

294 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: RT, 1998, p. 218. Apuntamos también en el derecho portugués la doctrina de CANOTILHO: “*há uma relação de exclusão: se a revogação deriva ou é provocada por contrariedade com a Constituição, então a contrariedade é ela a premissa da revogação. A inconstitucionalidade (plano de validade) conduz, num caso concreto, à revogação (plano de vigência)*. No obstante, en defensa de la aplicación de la teoría de la inconstitucionalidad *sobrevenida*, pacíficamente aplicada en Portugal, el autor portugués concluye: “*Daí que na inconstitucionalidade superveniente, haja un concurso de revogação (leis que se sucedem no tempo) e nulidade (leis de hierarquia diferente em relação de contrariedade). Como se escreveu noutro lado, “um tribunal não pode certamente aplicar uma norma de direito pré-constitucional contrária à Constituição, pois ella deixou de vigorar, mas só a pode considerar revogada ou caducada depois de a ter considerada contraria à Constituição (Cfr. Ac. TC 133/90, DR, II, 4-9-90)*. In: *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1222.

*questioni relative alla compatibilità una disposizione legislativa con una norma costituzionale sono questioni di legittimità costituzionale, di esclusiva competenza di questa Corte, anche se riguardino disposizioni anteriori all'entrata in viga della norma costituzionale con cui sono incompatibili*<sup>295</sup>

Asimismo, en España la noción de inconstitucionalidad sobrevenida típicamente italiana ha sido admitida por parte de la doctrina española, llegando la controversia al Tribunal Constitucional que, desde su primera sentencia, dictada el 2 de febrero de 1981 STC 4/1981, estableció que "... la peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora nos interesa, en que la Constitución es una ley superior, criterio jerárquico, y posterior, criterio temporal. Y la coincidencia de ese doble criterio da lugar -de una parte- a la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y -de otra- a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación" (FJ 1-A)<sup>296</sup>. Bajo esta justificación, el propio Tribunal procedió a delimitar la competencia a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes constitucionales: "Así como frente a las leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales, los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad" (FJ 1-D)<sup>297</sup>.

295 ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988, p. 141.

296 No obstante, merecen ser destacadas las consideraciones contrarias a este entendimiento, formuladas por el Magistrado RUBIO LLORENTE en su voto particular: "Mi disentimiento se funda en las razones siguientes: 1. Inconstitucionalidad y derogación son instituciones jurídicas distintas, cuyas diferencias no pueden ser abolidas mediante el recurso a un concepto híbrido y contradictorio, el de «inconstitucionalidad sobrevenida», que sirve de base a toda la construcción de la que disiento. La derogación es simple resultado de la sucesión de las normas en el tiempo, la inconstitucionalidad, por el contrario, resulta sólo de la contradicción entre la Constitución y una norma posterior a ella. El principio *Lex posterior derogat anteriori* es un principio lógico necesario del ordenamiento jurídico que ha de hacerse compatible con el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 de la Constitución y, antes, en el art. 1.2 de nuestro Código Civil), pero que sólo cede ante éste. La Lex posterior no tiene efectos derogatorios cuando es de rango inferior a la Lex anterior, pero sólo entonces. (...) Inconstitucionalidad y derogación difieren también en sus causas y en sus efectos. Como aplicación concreta del principio Lex superior, la inconstitucionalidad puede resultar tanto de vicios formales, de defectos en el modo de elaboración, aprobación o promulgación de la Ley, como de vicios materiales, de la contradicción entre el contenido de ésta y uno o varios preceptos de la Constitución. La derogación se produce sólo como resultado de una explícita decisión posterior o, implícitamente, de una nueva regulación de la misma materia, pero nunca como consecuencia de una modificación en los cauces previstos para la elaboración, aprobación o promulgación de los preceptos jurídicos. La inconstitucionalidad implica la invalidez de la Ley; la derogación, por el contrario, supone la validez y produce sólo la pérdida de vigencia. El hecho de que, en aras de la seguridad jurídica, la declaración de inconstitucionalidad vea atenuados en nuestra Ley Orgánica (art. 40.1) los efectos que en pura teoría cabría tal vez atribuirle, no autoriza a ignorar las diferencias existentes".

297 Asimismo, se observa la distinta conclusión que RUBIO LLORENTE formuló respecto a este tema en el voto particular: "Ni la cuestionable distinción entre normas constitucionales programáticas y normas constitucionales de inmediata aplicación, ni la distinción, dentro de la Constitución, entre principios y preceptos concretos, o entre Leyes que «contradican» la Constitución y otras que le son simplemente «contrarias» permiten establecer un sistema de división de competencias entre el Tribunal Constitucional y los órganos del Poder Judicial para declarar qué Leyes han quedado derogadas por la Constitución y cuáles no. Cualquier construcción de este género conduce inevitablemente a distinciones meramente cuantitativas que no sirven en modo alguno a la seguridad jurídica que nuestra Constitución (art. 9.3) garantiza. Sólo el reconocimiento de la competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales para juzgar sobre la adecuación a la Constitución de las Leyes anteriores a ésta y de la competencia igualmente exclusiva del Tribunal Constitucional para invalidar, en su caso, las posteriores, como obra de un poder vinculado por la Constitución, ofrece un criterio claro e inequívoco. No carece, sin embargo, el Tribunal Constitucional de facultades para rectificar, si ello fuera necesario, la interpretación defectuosa que los órganos del Poder Judicial pudieran hacer de la Constitución en

A pesar de la interpretación que se consolidó en Europa<sup>298</sup>, en Brasil la posición mayoritaria del STF fue en sentido totalmente inverso. La Corte, en diversas ocasiones, afirmó que la incompatibilidad vertical sobrevenida de actos del Poder Público, a la luz de un nuevo ordenamiento constitucional, traduce hipótesis de pura y simple revocación de dichas categorías jurídicas, puesto que le son jerárquicamente inferiores. El examen de la revocación de leyes o actos normativos del Poder Público constituye, así, materia absolutamente extraña a la función jurídico-procesal de la acción directa de inconstitucionalidad:

**CONSTITUIÇÃO – LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE – REVOGAÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – IMPOSSIBILIDADE –**

1. *A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária.*
2. *Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária.*
3. *Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido*<sup>299</sup>.

Interpretación que se ha consolidado, aunque no sea unánime:

1. *É da jurisprudência do Supremo Tribunal - malgrado o dissenso do Relator - que a antinomia entre norma ordinária anterior e a Constituição superveniente se resolve em mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta.*
2. *O mesmo raciocínio é aplicado quando, por força de emenda à Constituição, a lei ordinária ou complementar anterior se torna incompatível com o texto constitucional modificado*<sup>300</sup>.

---

relación con las Leyes anteriores que el legislador ordinario no haya derogado o modificado El recurso de amparo contra actos u omisiones de un órgano judicial (art. 44 de la LOTC) y la cuestión de constitucionalidad que, con este motivo, pueden plantear las Salas del Tribunal Constitucional ante el Pleno de éste (art. 55 de la LOTC) ofrecen remedio suficiente para invalidar las Leyes anteriores a la Constitución que infrinjan los derechos fundamentales y libertades públicas que ésta garantiza”.

298 Conviene registrar que el Tribunal Constitucional Federal alemán se ha declarado competente para entender del recurso directo de inconstitucionalidad en relación a Leyes anteriores a la Fundamental (Sentencia de 24 de febrero de 1953), declarando la nulidad de leyes tales como en la Sentencia del 5 de agosto de 1966. No obstante, se ha considerado incompetente en las cuestiones de inconstitucionalidad relativas a leyes preconstitucionales, salvo en el supuesto de que hubieran sido voluntariamente asumidas por el legislador postconstitucional.

299 STF – ADI 2 – DF – T.P. – Rel. Min. Paulo Brossard – DJU 21.11.1997.

300 ADI 3569, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2007, DJ 11-05-2007. Cf. también las siguientes manifestaciones de votos. Ministro EROS GRAU: *"A questão referente ao controle de constitucionalidade de atos normativos anteriores à Constituição foi exaustivamente debatida por esta Corte no julgamento da ADI. 2. Naquela oportunidade, o Ministro Paulo Brossard, relator, sustentou que: "A teoria da inconstitucionalidade supõe, sempre e necessariamente, que a legislação, sobre cuja constitucionalidade se questiona, seja posterior à Constituição. Porque tudo estará em saber se o legislador ordinário agiu dentro de sua esfera de competência ou fora dela, se era competente ou incompetente para editar a lei que tenha editado. Quando se trata de antagonismo existente entre Constituição e lei a ela anterior, a questão é de distinta natureza; obviamente não é de hierarquia de leis; não é, nem pode ser exatamente porque a lei maior é posterior à lei menor e, por conseguinte, não poderia limitar a competência do Poder Legislativo, que a editou. Num caso o problema será de direito constitucional, noutro de direito intertemporal. Se a lei anterior é contrariada pela lei posterior, tratar-se-á de revogação, pouco importando que a lei posterior seja ordinária, complementar ou constitucional. (...)". A respeito do tema, esta Corte tem decidido*

No obstante, se advierte que, con la creación de la ADPF, hoy es posible cuestionar leyes anteriores a la Constitución:

### 6.2.1 El momento del Control

El control concentrado de constitucionalidad realizado por la Suprema Corte brasileña es exclusivamente sucesivo. Decisión de la Suprema Corte, esclarece bien el asunto:

*O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou - como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite - o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. Atos normativos "in fieri", ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe - ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante - a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo - que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva -, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional - e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão - que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, já promulgados, editados e publicados. - A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas - que não são normas constitucionais originárias - não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade. O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da*

---

*que, nos casos em que o texto da Constituição do Brasil foi substancialmente modificado em decorrência de emenda superveniente, a ação direta de inconstitucionalidade fica prejudicada, visto que o controle concentrado de constitucionalidade é feito com base no texto constitucional em vigor e não do que vigorava anteriormente (ADI 1.717-MC, DJ de 25/02/00; ADI 2.197, DJ de 02/04/2004; ADI 2.531-AgR, DJ de 12/09/2003; ADI 1.691, DJ de 04/04/2003; ADI 1.143, DJ de 06/09/2001 e ADI 799, DJ de 17/09/2002)". Cf. também: " "A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. O entendimento de que leis pré-constitucionais não se dispõem, vigente uma nova Constituição, à tutela jurisdicional de constitucionalidade in abstrato — orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 — 95/993 — 99/544) — foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988. A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores. O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade." (ADI 74, Relator Min. CELSO MELLO, DJ 25/09/92).*

*Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdiccional concreta, de constitucionalidade<sup>301</sup>.*

Sin embargo, aunque el control jurisdiccional concentrado es exclusivamente sucesivo, no se excluye el control preventivo a cargo del Poder Legislativo y del Ejecutivo, cuyo objetivo será el de impedir la inserción en el ordenamiento jurídico de una ley contraria a la Constitución. El Poder Judicial, en esta fase, con respecto a la independencia de los poderes estatales, no realiza el análisis del proyecto de ley, aunque pueda ejercer el control de la constitucionalidad del procedimiento legislativo de su elaboración y votación<sup>302</sup>.

El control preventivo es ejercido por el Legislativo a través de las Comisiones de Constitución y Justicia, que evalúan la compatibilidad del proyecto de ley con la Carta Magna. Asimismo, el Poder Legislativo ejerce el control preventivo a través del veto jurídico (art. 66, §1º, Constitución Federal).

La razón de la inoperatividad del Poder Judicial para realizar el control preventivo es, por demás, sencilla: únicamente la ley, entendida ésta como el fruto de la voluntad popular manifestada por la aprobación del Legislativo y del Ejecutivo, es capaz de generar derechos e imponer obligaciones (CRFB/88, art. 5º, II – nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de ley). El mero proyecto, mientras tanto, no tiene repercusión en las relaciones sociales, es decir, que no da lugar a derechos u obligaciones y, por tanto, no acciona el Poder Judicial para un análisis sobre su validez.

En el plan represivo (*a posteriori*), con la intención de expulsar del ordenamiento jurídico la norma inconstitucional, actúa el Poder Judicial con capacidad para producir cosa juzgada. Aquí, en relación nuevamente con la independencia de los poderes estatales (art. 2º), tanto el Ejecutivo como el Legislativo se hallan desautorizados a realizar el control represivo en el sentido de rechazar por vicio de inconstitucionalidad la validez de la norma por ellos elaborada.

Es cierto que el Legislativo puede producir nueva ley que derogue otra que le sea anterior (Ley de Introducción al Código Civil, art. 2º), al igual que el Ejecutivo puede editar una Medida Provisoria (CF/88, art. 62) para suspender los efectos de la ley que considera inconstitucional. Sin embargo, tanto en un caso como en otro, no estarán ejerciendo el control represivo de constitucionalidad, cuyo carácter es eminentemente jurisdiccional.

### **6.3 Composición y duración del mandato de los miembros del STF**

La composición del Tribunal Supremo es de 11 Ministros, pero ese número ha sufrido algunas modificaciones a lo largo de la historia del Tribunal. En el inicio de la República, cuando se instaló el STF, este contaba con 15 Ministros. En 1931 hubo una reducción a 11, pero con el Acto Institucional nº 2 de 1965, el número de plazas fue nuevamente alterado hasta 16. El Acto Institucional nº 6 de 1969 redujo otra vez

301 ADI 466, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, juzgado el 03/04/1991, DJ 10-05-1991.

302 STF – Pleno – MS nº 22503-3/DF, Rel. Min. MAURICIO CORRÊA, 06/06/1997.

a 11 el número de Ministros, composición que se mantiene hasta hoy. Cabe decir que no existe plazo para el mandato.

El proceso formal del nombramiento de los jueces del STF en la Constitución de 1891 es idéntico al modelo norteamericano (Cf. Artículo II, Sección 2, Cláusula 2, Constitución americana), en el cual se inspiró, es decir, la propuesta se hace por el Presidente de la República (art. 48, 12, de la Constitución 1891) y debe lograr la aprobación del Senado. Justificaba la importación del modelo estadounidense el hecho de que se ha mostrado eficaz, revelando una vigilante actitud del Senado americano. Sin embargo, en Brasil el Senado no ha adoptado una actitud tan activa como en Estados Unidos<sup>303</sup>.

Los ministros del Supremo Tribunal Federal son elegidos entre los ciudadanos con más de 35 y menos de 65 años y de notable saber jurídico y reputación *ilibada*<sup>304</sup>. El cargo es privativo de brasileños natos.

Los jueces (que reciben el título de ministros) son nombrados directamente por el presidente de la República una vez aprobada la elección por la mayoría absoluta del Senado Federal. El cargo no tiene mandato fijo: a menos que el ministro renuncie o dimita, se quedará en el cargo hasta su jubilación obligatoria, cuando alcance los setenta años de edad.

A diferencia de los Tribunales europeos, la composición del Tribunal Supremo es definida exclusivamente por el Poder Ejecutivo, sin criterio de proporcionalidad o representatividad de los demás Poderes. Los ministros del STF son propuestos y nombrados con amplia libertad por el Presidente de la República, teniendo apenas algunos límites previos definidos en la CF/88 para efecto de elección, tales como el criterio de la edad (mayor de 35 y menor de 65 años) y el criterio extremadamente subjetivo de notable saber jurídico y buena reputación.

Hay una participación mínima del Legislativo cuando el Senado aprueba o rechaza el nombre propuesto por el Presidente de la República. El Poder Judicial está excluido de este proceso. Se nota que dichas características no conforman en una auténtica Corte Constitucional que tiene total independencia con relación a los tres Poderes, quedándose a su margen, es decir, desvinculada del Poder Judicial y constituida con el objetivo de guardar la Constitución en sentido estricto. La composición de los verdaderos Tribunales Constitucionales no es definida por un solo Poder y el mandato de sus miembros no es vitalicio<sup>305</sup>.

---

303 Parte de los publicistas entienden que en Brasil la aprobación del Senado se trate de un acto solamente homologatorio, pero la verdad es que el Senado puede rechazar la propuesta, hecho que solo ocurrió en la Primera República (de 1891 a 1894), cuando el Senado rechazó cinco propuestas del Presidente Floriano Peixoto. No obstante, hubo períodos de excepción en la historia brasileña en los cuales los nombramientos ni siquiera eran sometidos a la aprobación del Senado. Así, durante el Gobierno Provisorio de Gertúlio Vargas (de 1930 a 1937) fueron nombrados siete ministros y durante el gobierno del mismo dictador, cuyo período se conoce como *Estado Novo* – Constitución de 1937-, fueron nombrados 14 ministros, todos sin la participación del Senado Federal. Cf. relación de nombres en: MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o STF (Império e República)*. También disponible en Internet, en la página web del STF: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfCuriosidadeStf/anexo/NotasInformativasEletronica161007.pdf>. [Última Fecha de consulta: 20.07.2009].

304 El vocablo en portugués significa sin manchas, puro.

305 Así, no es de extrañar la perplejidad que el tema despierta para los estudiosos foráneos: “Si el Supremo Tribunal Federal es, en realidad, un Tribunal Constitucional, la incongruencia de su composición se acentúa,

### 6.3.1 Cualificaciones, impedimentos e inmunidades de los miembros

A diferencia del sistema europeo, no se exige que los miembros del Supremo Tribunal estén vinculados a cualquier categoría profesional, tal como ocurre en Europa con las categorías de profesores de Derecho, magistrados o abogados con experiencia comprobada. En las constituciones republicanas nunca existió un dispositivo que previese como requisito para el nombramiento al cargo de Ministro del Supremo Tribunal Federal lo de "bachiller en derecho"; exigían, tan sólo, "notable saber" (Constitución de 1891) y "notable saber jurídico".

Para algunos autores, el requisito "*notorio saber jurídico*" solamente puede ser cumplido por quienes estén licenciados en Derecho<sup>306</sup>, aunque la expresión sea criticada por la gran mayoría de los publicistas. En la historia del STF, verificamos que sí hubo nombramientos de ministros que no pertenecían al área jurídica, como fueron los nombramientos del médico Cândido Barata Ribeiro<sup>307</sup> y de los generales Inocêncio Galvão de Queiróz y Raimundo Ewerton Quadros, todos rechazados por el Senado, siendo que estos dos últimos ni siquiera tomaron posesión.

En el sistema brasileño existen límites mínimos y máximos de edad para el nombramiento al cargo de Ministro del Tribunal Supremo. En cuanto a la edad mínima de treinta cinco años, se trata de un criterio tradicional en el sistema constitucional brasileño. El límite máximo de edad para nombramiento al cargo de Ministro del STF: "menos de 65 años" (art.101/CRFB), es una novedad incorporada por la Constitución de 1988. La norma garantiza la permanencia del Ministro al menos por un quinquenio, ya que la jubilación obligatoria de los magistrados se da a los setenta años de edad (art 93, VI). Se estableció el límite máximo de edad para el nombramiento de Ministro del Supremo en el afán de evitar la permanencia en el cargo por cortos períodos, ya que se considera prejudicial para la uniformización de la jurisprudencia y, por otro lado, se evitan las jubilaciones-premios y los favoritismos de nombrar ministros de una cierta edad, para que, cuando haya sucesión presidencial, el nuevo presidente encuentre condiciones para colocar en el STF personas de su confianza.

---

pues es bien conocido el predominio de los órganos legislativos a la hora de proceder a la integración de los Tribunales Constitucionales, exigiéndose por lo general de unas determinadas mayorías para los nombramientos. Este procedimiento garantiza ese pluralismo que se encuentra por entero ausente en un procedimiento como el previsto por la Constitución brasileña, absolutamente impropio de un órgano que pretende ser un Tribunal Constitucional". FERNÁNDEZ SEGADO. *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*. Cit. p. 972.

306 Esta, por ejemplo, es la opinión del profesor de Derecho Constitucional y Constituyente Michel Temer para quien "*a Constituição alude a notável saber jurídico. Haverá de ser bacharel em Direito? Indubitavelmente, sim. Só pode notabilizar-se na área jurídica aquele que nela desempenhar atividades durante o processo*" (Cf. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 165.

307 Por el decreto del 23 de octubre de 1893, el medico Barata Ribeiro fue nombrado Ministro del Supremo Tribunal Federal (para ocupar la plaza vacante con el fallecimiento del Barón de Sobral). Tomó posesión el 25 del noviembre siguiente y ejerció el cargo hasta el 29 de septiembre de 1984, cuando el Senado de la República, en sesión secreta del 24 de septiembre de 1894, con base en Parecer de la Comisión de Justicia y Legislación, consideró desatendido el requisito de "notable saber jurídico" (DCN del 25 de septiembre de 1894, P. 1156) negó aprobación al nombramiento (cf. <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=217>. Última fecha de consulta: 24.07.09). Es cierto que ni la Constitución de 1891 ni la de 1988 establecen que la aprobación deba ser anterior a la toma de posesión, pero sí establece que la aprobación del Senado es condición del nombramiento. Véase los términos de la Constitución de 1891 al disponer en el artículo 48 sobre la competencia del Presidente de la República: "*12º nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e os Ministros diplomáticos, sujeitando a nomeação à aprovação do Senado*".



Una vez nombrados, los Ministros pasan a gozar de todas las garantías e incompatibilidades que corresponden a los jueces togados (art. 95/CRFB), como la prerrogativa de, en los crímenes de responsabilidad, ser procesados y juzgados por el Senado Federal (art. 52, II, CRFB/88) cuando el crimen está relacionado con el ejercicio de su función<sup>308</sup>. Ya en los comunes, los ministros serán juzgados por la propia Corte Suprema (art. 102, I, "b", CRFB/88).

Asimismo, recibirán el tratamiento de Excelencia, conservando el título y los honores correspondientes, incluso tras la jubilación, y vestirán trajes talares en las sesiones solemnes y capas en las sesiones ordinarias o extraordinarias (art. 16, párrafo único). No pueden tener asiento, simultáneamente, en el Tribunal, parientes consanguíneos o afines en la línea ascendiente o descendente, y en la colateral, hasta el tercer grado, incluso. (art. 18/RISTF)

El salario es el más alto del poder público y sirve de parámetro para establecer el techo de remuneración de altos funcionarios (fenómeno jurídicamente conocido como escalonamiento de subsidios, a la vez que los demás magistrados brasileños poseen su remuneración vinculada a partes porcentuales del subsidio de los referidos ministros).

### **6.3.2. Elección del Presidente**

El Presidente y el Vicepresidente son elegidos por el Plenario del Tribunal entre los Ministros a través de votación secreta y tienen mandato de dos años, estando prohibida la reelección para el período inmediatamente subsecuente. La elección está reglamentada por el artículo 12 del *Regimento Interno*- RISTF.

Por indicación del propio STF, un de sus ministros debe componer y presidir el Consejo Nacional de Justicia (art. 103-B, I, de la CRFB/88). Hasta hoy, la presidencia del CNJ, creado por la EC 45/2004, ha coincidido con la presidencia del STF.

El Tribunal Supremo indica tres de sus ministros para componer el Tribunal Superior Electoral (art. 119, I, la, de la CRFB/88), siendo que el Presidente debe ser elegido entre uno de los tres Ministros del STF.

### **6.4 Funcionamiento y competencias**

El funcionamiento del Tribunal está previsto en el RISTF, que divide sus órganos internos en el Plenario, las Turmas y el Presidente (art. 3º do RISTF/80). Cada una de las dos Turmas está constituida por cinco ministros y presidida por el más antiguo en su composición (art. 4º, § 1º, del RISTF/80).

Las principales atribuciones del STF<sup>309</sup> son las de juzgar las acciones directas (de inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal o estatal, la acción

---

308 No existe ningún registro de casos en los que el Senado Federal haya procesado a un ministro del STF por crímenes de responsabilidad.

309 Véase <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>.

declaratoria de constitucionalidad de ley o acto normativo federal) por acciones u omisiones y la acción donde se alega incumplimiento de precepto fundamental consecuente de la propia Constitución (ADPF). No obstante, el STF detenta otras muchas competencias que no son propias de Cortes constitucionales, tales como las extradiciones pedidas por Estado extranjero. En el área penal, destaca la competencia para juzgar, en las infracciones penales comunes, al Presidente de la República, al Vicepresidente, a los miembros del Congreso Nacional, a sus propios Ministros y al Procurador-General de la República, entre otros.

En grado de recurso, destacan las atribuciones de juzgar, en recurso ordinario, el *habeas corpus*, el *mandado de segurança*, el *habeas data* y el *mandado de injunção* decididos en única instancia por los Tribunales Superiores, en el caso de que la decisión sea denegatoria, y, en recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia cuando la decisión recurrida vulnera algún precepto de la Constitución.

A partir de la Enmienda Constitucional 45/2004 se introdujo la posibilidad para el Supremo Tribunal Federal de aprobar, después de reiteradas decisiones sobre materia constitucional, *súmula* con efecto vinculante con relación a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal (art. 103-A de la CF/88).

## 7. EL INTENTO DEL CONSTITUYENTE BRASILEÑO DE 1987/88 DE CRIAR UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU LEGITIMIDAD

*“Com efeito, a independência, a credibilidade e a legitimidade da justiça constitucional no Brasil começou ser alvo de graves reparos que giram ao redor de dois pontos cruciais: a indicação e nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República e a necessidade de desmembrar do Poder Judiciário a Corte de Justiça que, por mandamento constitucional, exerce o papel de guarda da Constituição e, logo, transformá-la em tribunal constitucional segundo o modelo austríaco”.*

(Paulo Bonavides)<sup>310</sup>

Desde que Kelsen llevó a cabo la creación del modelo concentrado de control de constitucionalidad de las leyes a través de Tribunales Constitucionales situados fuera del ámbito del Poder Judicial, justificando esta localización orgánica con su célebre teoría acerca del “legislador negativo”, la doctrina admitió la mitigación del principio de la separación de los poderes, a pesar de que numerosos estudios intentaron justificar la legitimidad<sup>311</sup> de dichas Cortes Constitucionales para controlar

310 BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). Estud. av. [online]. 2004, vol.18, n.51, pp. 127-150. Disponible en <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>, última fecha de consulta: 06.05.2010.

311 La referida polémica ha sido puesta en evidencia en Lisboa con motivo del 10º aniversario del Tribunal Constitucional portugués y registrada en la obra colectiva: SOUZA E BRITO, J., et al. *Legitimidade e*

un órgano democrático (Parlamento). Mucho se ha debatido sobre el asunto; sin embargo, todavía no se han hallado las respuestas absolutas.

En Brasil, donde el control de constitucionalidad de inspiración norteamericana nació junto con la República (más de medio siglo antes de la consolidación de los tribunales constitucionales europeos), está arraigada la idea de que la legitimidad para fiscalizar la constitucionalidad de la ley pertenece al Poder Judicial. Así, mientras que en Europa la discusión sobre la legitimidad de los Tribunales Constitucionales no es tema que actualmente despierte gran interés, en Brasil la idea de un Tribunal como órgano independiente de los demás poderes aún causa cierta preocupación.

Han sido por demás estudiadas las ideas de Kelsen, para quien los Tribunales Constitucionales constituyen un poder independiente de los demás Poderes constituidos, cuyo papel consiste en asegurar el respeto a la Constitución en todos sus ámbitos. Además, sería un contrasentido que el órgano encargado de hacer respetar la Constitución pudiese integrar cualquiera de los poderes que controla. Sin embargo, la verdad es que el modelo idealizado por Kelsen apenas pretendió controlar los actos emanados del legislativo y proteger el derecho de la minoría de oponerse a la mayoría legislativa<sup>312</sup>. No obstante, con la creciente evolución de las competencias de los Tribunales Constitucionales, éstos pasaron a controlar también los actos jurídicos emanados del Poder Judicial que atentan contra la Constitución.

Es significativa la importancia que el modelo europeo presta al control de constitucionalidad, y cada día podemos verificar que nuevas responsabilidades pesan sobre los Tribunales europeos, permitiendo que éstos se aparejen con mecanismos procesales que les permiten actuar como verdaderos “legisladores

---

*legitimação da justiça constitucional / colóquio no 10º. aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993.* Coimbra: Coimbra Editora, 1995. No obstante, la literatura que se dedicó al tema es vasta. En tiempos más recientes, cf.: ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Traducción al castellano por Isabel Ortiz Pica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Aunque algunos entiendan que hoy en día el problema de la legitimación de la jurisdicción constitucional está superado (Cf. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio. “La giustizia costituzionale in Europa e nel mondo. Osservazioni critiche a margine di tre pubblicazioni”. *Diritto e Società*, n. 3, 200), la verdad es que se trata de un problema todavía abierto, tal como recuerda GROPPI (*¿Hacia...cit*, p. 481): “En los inicios del siglo XXI, la justicia constitucional constituye un elemento cardinal del Estado democrático. Es su ausencia la que puede llevar a dudar de la democraticidad de un ordenamiento. La experiencia de los últimos decenios lo demuestra. Por doquier, en todo el mundo, hemos asistido a las olas de democratización acompañadas de la creación de órganos de justicia constitucional: ha sucedido en África, en América Latina, en los países de la Europa centro-oriental. (...) Sin embargo, esto no quiere decir que este proceso se haya realizado de modo indoloro, ni que haya sido archivada la clásica pregunta, presente desde el inicio de la experiencia estadounidense de la justicia constitucional, hace casi doscientos años: ¿cómo pueden, sobre la base de qué legitimación, nueve jueces deshacer lo que los representantes del pueblo, democráticamente electos, han decidido? La pregunta continúa aleteando, irresuelta, sobre las más antiguas experiencias de la justicia constitucional, y pendiendo, como una guillotina suspendida, sobre las nuevas. Y es todavía más acentuada que en los Estados Unidos de América, patria de la justicia constitucional, en los ordenamientos de tradición europea, caracterizados por la centralidad de la ley y por la supremacía del Parlamento”.

312 En el parlamentarismo europeo actual, el control de constitucionalidad trata aún de garantizar un control efectivo del Ejecutivo o Gobierno, considerando que la evolución del régimen parlamentario para un “régimen mayoritario” desemboca en el hecho de conferir una inmunidad jurisdiccional de las acciones del Gobierno en la medida en que sus proyectos de ley son votados “sin pestañear” por una mayoría parlamentaria a “sus órdenes”. (Cf. FAVOREAU, 1994, p 26).

positivos”<sup>313</sup>, concurrente con el Poder Legislativo, hecho que hace siempre actual la discusión sobre la legitimidad de dichas Cortes.

Aunque los modelos se mezclen cada vez más, es de buen talante recordar que los prototipos pioneros francés y kelseniano, a ejemplo del modelo americano, consagraron la Constitución como norma fundamental de jerarquía superior a todo el ordenamiento normativo existente en un determinado país, pues es exactamente sobre ese pilar donde se asientan todas las teorías que versan sobre el control de constitucionalidad. No obstante, es un hecho incontestable que cada día son más los países que adoptan un sistema de control confiado a Tribunales Constitucionales.

En Brasil, el modelo inaugurado para realizar el control de constitucionalidad de las leyes ha sido bien distinto del europeo. El Constituyente de 1891 se inspiró en el modelo americano donde el sistema de control es el difuso y está a cargo del Poder Judicial; por ello optó por el sistema de Corte Suprema de Justicia.

Es cierto que los intentos de implantar un sistema de Tribunal Constitucional al estilo europeo fracasaron, pero también es cierto que incluso sin crear una Corte exclusivamente constitucional, la Constitución brasileña – desde la Constitución del 1934 y EC 16, de 06.12.65 - también presta homenaje al sistema kelseniano, admitiendo el control concentrado, cuyas decisiones son dotadas de efecto vinculante y eficacia *erga omnes*.

Tal y como tendremos oportunidad de ver a continuación, el control se concentra cada día más en el STF. Así, lo que causa asombro no es la existencia de un Tribunal Constitucional, sino el hecho de que este órgano no se localice dentro de la estructura del Poder Judicial, el único legitimado para ejercer la jurisdicción sobre todos los asuntos.

No obstante, cabe destacar que también en la Constituyente que elaboró la Carta actual se dieron tentativas de implantar una jurisdicción constitucional siguiendo los modelos europeos con implantación de un Tribunal Constitucional.

En los inicios de los trabajos de la Asamblea Constituyente, la *Ordem dos Advogados do Brasil* propuso una propuesta de creación de una Corte Constitucional<sup>314</sup>, defendida dentro de la “*Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério-Público*” por el Consejero y Profesor José Lamartine Corrêa de Oliveira

313 Un ejemplo clásico para ilustrar el tema lo encontramos en la Corte italiana, a través de las ya mencionadas “sentencias manipulativas sustitutivas” que, a fin de conformar la ley denunciada con lo que determina la Constitución, sustituye el texto por otro. Sobre el asunto, véase: ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988; PIZZORUSSO, Alessandro. Lecciones de Derecho Constitucional. Traducción para o español por Javier Jiménez Campo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. Cf. en español, entre otros: RUBIO LLORENTE, Francisco. “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22. Madrid, 1988; FIGUERUELO BURIEZA, Angela. “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm. 81, p. 47-72. Madrid: CEC Julio-Septiembre 1993; ROUSSEAU, Dominique. La justicia constitucional en Europa. Traducción para el español por Isabel Ortiz Pica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002; MARTÍN DE LA VEGA., Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2003.

314 Se dieron otras propuestas como la de Fábio Comparato, etc.

en la 6ª Reunión Ordinaria de 27.04.87 en un panel cuyo tema central del debate era “Corte Constitucional”. En aquel momento, también expusieron los constitucionalistas Luiz Pinto Ferreira (hablando a favor de la creación de un Tribunal Constitucional) y el juez José Roberto de Oliveira Santos (contrario a la creación de dicho tribunal)<sup>315</sup>.

Todos los argumentos favorables a la creación de una Corte Constitucional estaban basados en las experiencias italiana, alemana, española y portuguesa y el tema que despertaba más interés de los Constituyentes era la composición del Tribunal. No obstante, en 1988 se votó la Enmienda nº 1916 – Sustitutiva, que creaba el Tribunal Constitucional, y que resultó rechazada por 263 votos desfavorables, contra 130 votos favorables y 2 abstenciones, entre los 432 Constituyentes presentes en la votación<sup>316</sup>.

El principal argumento para el rechazo de la creación de un Tribunal Constitucional brasileño fue el reconocimiento de que el Supremo Tribunal Federal es el guardián de la Constitución<sup>317</sup> ajustado al sistema constitucional brasileño, pero siguiendo la tradición de herencia estadounidense de Suprema Corte, vértice del Poder Judicial. De esa forma, no habría necesidad de criar un Tribunal compuesto por 16 miembros elegidos por criterios políticos como Corte constitucional<sup>318</sup>.

En los términos de la Enmienda Sustitutiva N. 1916, la composición del TC brasileño sería de 16 ministros, todos nombrados por el Presidente de la República para un período de 8 (ocho) o 9 (nueve) años. Sin embargo, la propuesta, al contrario de lo que ocurre hoy con los ministros del STF, estaría a cargo de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judiciario, además de la *Ordem dos Advogados do Brasil* - OAB y Ministerio Público. A pesar de que todos los ministros deben ser nombrados por el Presidente de la República, a fin de garantizar una amplia representación social, la indicación de los ministros sería distribuida de acuerdo con lo siguiente: 4 (cuatro) ministros propuestos libremente por el Presidente de la República y 4 (cuatro) por el Congreso Nacional (2 (dos) por el Senado y 2 (dos) por

315 Cf. los debates en los AANC – Actas de las comisiones. pp. 101-120.

316 Datos extraídos del Diario de la Asamblea Nacional Constituyente (DANC) del 7 de abril de 1988, p. 9055-9061.

317 Merece ser destacado el trecho del voto del relator, Senador Bernardo Cabral, que en la oportunidad, posicionándose contrariamente a la creación de un T.C., se manifestó de la siguiente forma: “*Basta apenas fazer uma pergunta ao Plenário: quem é que faz, porque a competência é sua, a guarda da Constituição? Supremo Tribunal Federal. O que esta Assembléia aprovou? Aprovou a manutenção do Supremo Tribunal Federal e criou, já aprovado, o Superior Tribunal de Justiça. O que o Superior Tribunal de Justiça faz? Vela pela vigência e uniformidade interpretativa da lei federal. Portanto, não há como, a esta altura, pensar-se na criação de um Tribunal Constitucional, pois seria ferir, cortar, podar a competência do supremo tribunal Federal.*”

318 Argumentos defendidos por el Constituyente Nelton Friedrich en DANC de 07.04.88, p. 9057. Véanse también las palabras del Constituyente Prisco Viana (in: AANC, acta de la 30.ª Reunión Extraordinaria de 20.09.1987, pp. 735-6): “*A solução aqui alvitada desde o início dos trabalhos constituintes, da criação de um Tribunal Constitucional, é inteiramente inaceitável na medida em que conduziria, fatalmente, a uma politização do Poder Judiciário. Os juizes seriam nomeados, a Corte seria composta – segundo a proposta que apareceu na comissão Temática – pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal, logo, uma nomeação ou uma composição subordinada a interesses e a circunstâncias políticas. E a experiência em várias nações, das poucas que adotam esse sistema, quase todas concentradas na Europa Central, é a de que os Tribunais Constitucionais conduzem mais a uma politização da justiça do que a uma jurisdicionalização da política. De sorte que é uma experiência que não aprovou nesses países e seria extremamente temerário transplantá-la para as práticas do nosso País.*”

la Cámara de los Diputados), elegidos entre maestros de Derecho y abogados de reconocida capacidad, comprobada práctica democrática y en defensa de los derechos humanos, con más de 15 (quince) años de ejercicio profesional; 4 (cuatro) propuestos por el Judicial entre los magistrados; 2 (dos) propuestos por el Ministerio Público y 2 (dos) por el Orden de los Abogados de Brasil.

Un dato curioso que se extrae de las Actas de la Asamblea Constituyente es que dos constituyentes que llegarían a ser presidente del STF, Maurício Correa (2003 a 2004) y Nelson Jobim (2004 a 2006), votaron contrariamente a la creación del TC, al tiempo que Fernando Henrique Cardoso (Presidente de la República entre 01.01.1995 a 01.01.2003) y Luís Inácio Lula da Silva (actual Presidente) votaron favorablemente.

Pasados más de 20 (veinte) años de la promulgación de la Constitución, en el momento histórico actual de transformaciones sociales, el asunto de la Reforma (y modernización) del Judicial, empezando con la Enmienda 45/2004, todavía es un asunto relevante que debe ser destacado. La necesidad de una reforma amplia y urgente ha sido admitida públicamente –con diferentes enfoques y fundamentos– por las más altas autoridades del país integrantes de los tres Poderes, Ministerio Público, OAB, AGU y, principalmente, por el pueblo brasileño, que espera que las anunciadas reformas puedan, efectivamente, introducir a Brasil en el camino del bienestar social. Aún así, en ningún momento vemos que hayan sido reiniciadas las discusiones sobre la implantación en Brasil de una jurisdicción exclusivamente constitucional, aunque las más importantes (y polémicas) decisiones del STF sean en el sentido de una completa concentración de la jurisdicción constitucional.

A nuestro juicio, la creación de un verdadero Tribunal Constitucional, que basado en el modelo europeo estuviese situado fuera de la estructura del Poder Judicial, no representaría, necesariamente, el fin absoluto del control difuso, característico en Brasil, que mezcla elementos del control concentrado. Junto con la Corte Constitucional podrían, también, ser creados mecanismos para que los jueces y tribunales, al conocer un caso concreto cuyo juicio dependa de la interpretación de materia constitucional –que aún no haya sido sometida al control concentrado– pudiesen decidir la materia constitucional al juzgar el caso concreto, por no estar vinculados a ninguna decisión antecedente.

Sin embargo, inclinándose el juez ordinario por la inconstitucionalidad, inmediatamente deberían proceder a la “remesa de oficio”<sup>319</sup> para que el Tribunal Constitucional decidiese definitivamente la materia constitucional, decisión ésta que, evidentemente, sería dotada de eficacia contra todos y efectos vinculantes, incluso en los procesos en marcha.

---

319 En Brasil existe un instituto conocido como “*remessa de ofício*” u obligatoria o “*reexame necessário*”, según el cuál las sentencias proferidas contra “*a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público*” no producen efectos sino después de confirmada por el respectivo Tribunal en doble grado de jurisdicción (Cf. art. 475, I del *Código de Processo Civil*). Aparte de las críticas sobre su utilización (véase todo el art. 475/CPC), el instituto podría servir como paradigma y solución para el modelo brasileño de fiscalización de constitucionalidad. No se retiraría el poder del juez ordinario de decidir por la inconstitucionalidad del acto normativo, pero su decisión tendría que ser confirmada por la Corte constitucional a través del reenvío oficial.

Sin embargo, el TC, en la misma línea del paradigma europeo, no decidiría el caso concreto reformando la decisión del Poder Judicial. En el caso de que la decisión proferida por el juicio remitente sea contraria a la posterior decisión (entonces vinculante) de la Corte Constitucional, los autos serían devueltos por ésta a la situación de origen para la decisión del caso concreto. No obstante, en consonancia con la interpretación constitucional realizada por el TC, que es a quien verdaderamente compete la interpretación constitucional, este u otros mecanismos podrían ser establecidos en el objetivo de implantar un sistema de control constitucional que atendiese a las particularidades del caso brasileño, con base en la bien conocida experiencia de las Cortes Constitucionales, como sucede en España con la Cuestión de Inconstitucionalidad prevista en el art. 163/CE.

La creación de un Tribunal Constitucional tendría como consecuencia inmediata resolver uno de los principales problemas que afectan el Poder Judicial, pues representaría la inmediata reducción del volumen de procesos que atascan los tribunales brasileños, ya que la eficacia *erga omnes* y los efectos vinculantes alcanzarían a todos los procesos en marcha que versen sobre la materia decidida por el Tribunal Constitucional. A su vez, la consecuencia de esta reducción del exorbitante número de procesos acarrearía, por lo menos en parte, la solución de otro problema, que es el de la morosidad en la prestación jurisdiccional.

Representaría también el fin de la cosa juzgada inconstitucional siempre que el proceso que decida la materia constitucional deba, necesariamente, ser remitido al Tribunal Constitucional, verdadero intérprete de la Constitución. Así, otro grave problema quedaría resuelto, pues ya no habría la posibilidad de que existan interpretaciones constitucionales conflictivas que decidiesen de forma diferente casos concretos semejantes, produciendo la correspondiente inseguridad jurídica.

Pero, ¿cómo explicar la cuestión de su legitimidad en el escenario brasileño?

En verdad, ése es un tema de los más tormentosos y polémicos. Es cierto que la convergencia entre el sistema europeo y americano, que cada día crea nuevos modelos de jurisdicción constitucional, siempre sitúa esas Cortes fuera de los Poderes constituidos, a pesar de crear también sus propios mecanismos internos de control de constitucionalidad. Esta hibridación de los modelos ha disminuido la resistencia encontrada en Brasil respecto a un jurisdicción exclusivamente constitucional y, donde la creación de un Tribunal, de composición política (o mixta) situado fuera de la estructura del Poder Judicial es comparado por gran parte de los publicistas con un cuarto Poder, equiparable (guardadas las debidas proporciones) al Poder Moderador previsto en la Constitución del Imperio.

Es cierto que el problema de la inserción de los TC en el sistema político constitucional brasileño despierta muchas controversias, pero creemos que no se trata de una pretensión por nuestra parte sugerir que la legitimidad de la implantación en Brasil de una jurisdicción exclusivamente constitucional pueda encontrar su justificación en la propia supremacía de la Constitución y en la soberanía popular expresa a través del Poder Constituyente. Nos explicamos:

Sin pretensión de ser inmutable, la propia Constitución prevé sus mecanismos de reforma, que BOBBIO<sup>320</sup> denominó “Poder constituyente en sentido impropio”, ya que no pueden crear un nuevo ordenamiento, limitándose apenas a modificar o añadir detalles al texto constitucional para adaptarlos a las nuevas exigencias sociales. Es verdad que en la realidad brasileña, pese a las limitaciones del artículo 60/CRFB, no nos parecen bien claros los verdaderos límites que tiene el poder reformador para modificar la Constitución, ya que no es raro que también creen un nuevo ordenamiento completamente distinto aquel deseado por el Constituyente originario.

De cualquier forma, si admitimos que el poder reformador se trata de un poder constituyente “impropio” que es ejercido de forma permanente por el Parlamento, podemos afirmar igualmente que la voluntad del Poder Constituyente originario, como poder de todos los ciudadanos (o del pueblo en general) y, por tanto, de los titulares de la soberanía, también debe permanecer en el tiempo (aunque el ejercicio de la función constituyente – en sentido propio - solamente se verifique una vez en la vida de un Estado si consideramos que un nuevo ejercicio da origen a un nuevo ordenamiento). Esta fiscalización permanente es uno de los fundamentos del control de constitucionalidad, ya que la Constitución es jerárquicamente superior a los poderes que ella misma constituye.

Si, además de la Constitución material, la voluntad o intención del Constituyente originario de elaborar la norma constitucional también debe ser respetada de modo permanente, y si son los Tribunales Constitucionales los órganos encargados de fiscalizar esa voluntad del Constituyente, materializada en la propia Constitución; podemos afirmar, entonces, que ese poder de controlar la Constitución tiene origen en el propio Poder Constituyente, siendo una de sus manifestaciones. Como consecuencia del Poder Constituyente, no se sitúa en la esfera de los Poderes Constituidos. En el espacio se situaría al lado del Poder Constituyente.

No obstante, se podría argumentar que, siendo una de las manifestaciones del Poder Constituyente originario, la implantación de la jurisdicción Constitucional en Brasil, separada de la jurisdicción ordinaria, apenas podría ser realizada a través de la convocación de nueva Asamblea constituyente; a no ser, claro, que considerásemos que ya ha sido implantada por la Constitución de 1988 al establecer, en el art. 102, que “*Compete al Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*”.

De ser ganadora tal interpretación, bastaría, entonces, transferir al STJ las demás competencias que hoy son atribuidas al STF y que no versan sobre la guardia de la Constitución<sup>321</sup> para que transformemos el STF en una verdadera Corte Constitucional y el STJ en órgano de cúpula del Judiciario, último grado de una jerarquía y de una carrera judicial.

Por entender que la fiscalización de la constitucionalidad no puede ser encomendada apenas a la jurisdicción común u ordinaria, registramos aquí nuestra

---

320 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Diccionario de Política. Traducido al castellano por Martí Soler. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 1988, p. 115.

321 Por ejemplo, las decisiones sobre extradición de extranjeros o en materias penales.



propuesta esperando que pueda despertar debates en el campo de las ideas, que culminen en un proyecto para que el STF sea transformado en un verdadero y propio Tribunal Constitucional, asumiendo su verdadero papel de exclusivo guardián de la Constitución y, principalmente, que su composición asegure el pluralismo como resultado de una acción transparente y democrática.

De todos modos, tanto si el STF se trata o no de una verdadera Corte constitucional, lo cierto es que el modelo actualmente existente en Brasil para fiscalizar la constitucionalidad de la ley, es deudor, en gran medida, del sistema europeo concentrado, aunque sus orígenes estén en el modelo americano o difuso. Sobre estas influencias trataremos en las próximas páginas.

## II.2 EN TORNO AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO Y SUS INFLUENCIAS

*“Si os constituintes americanos viam nos tribunaes "os baluartes de uma Constituição limitada contra as invasões legislativas", nessa inspiração se embeberam igualmente os nossos, modelando pelo mesmo padrão as instituições congeneres no Brasil novo. Si o seu objecto, em summa, no exemplar trasladado por nós, é "manter a Constituição contra as leis", fazer respeitar a Constituição pelos proprios legisladores, a cópia, aqui, stereotypou o original, formando exactamente a justiça brasileira á sua imagem, poder real entre os outros, dotado amplamente, como na America do Norte, de funções da soberania, juiz exclusivo da extensão de sua propria auctoridade”*  
(Ruy Barbosa)<sup>322</sup>

### 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En Brasil, al igual que en los demás países que adoptaron el constitucionalismo de origen liberal, las garantías dadas a la Constitución fueron esenciales para su consolidación como norma jurídica suprema.

Para hacerse efectiva y respetada como norma superior, la Constitución brasileña estableció formas de garantía, entre las cuales destacamos las técnicas de control de constitucionalidad, que fueron mejoradas con el paso del tiempo a lo largo de la historia constitucional brasileña, a pesar de que tampoco están completamente consolidadas. Al contrario, en el tema de garantías y control de constitucionalidad, es posible constatar que en Brasil se ha ido desarrollando un sistema complejo, cuyos elementos, importados de los sistemas clásicos, son introducidos de un modo absolutamente peculiar.

---

322 BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo*. Río de Janeiro: Companhia impressora, 1893, p. 86-87.

Cada año que pasa, el control de constitucionalidad se va concentrando cada vez más en el Supremo Tribunal Federal, hecho que, si por un lado provoca el fortalecimiento del control jurisdiccional en el país, por otro lado coloca en crisis la clasificación del sistema brasileño como control mixto o híbrido, provocando el surgimiento de nuevas categorías clasificadoras.

Asimismo, destacamos el hecho de que, aunque Brasil haya adoptado el control de constitucionalidad definido como jurisdiccional, si observamos atentamente la Constitución de 1988 verificamos que la opción del Constituyente por el control jurisdiccional no excluyó completamente la fiscalización política, de fuerte tradición en el derecho brasileño, pero sin fuerza suficiente para retirar del sistema de control de constitucionalidad brasileño el carácter de “jurisdiccional”, que mezclará y ajustará elementos del control difuso-concreto con otros del sistema concentrado-abstracto. Sin embargo, en el actual momento histórico-constitucional, dicha clasificación de “control mixto” también ha sido cuestionada y cada vez se evidencian más las peculiaridades del caso brasileño.

Son exactamente esas particularidades las que pretendemos demostrar aquí. Antes, sin embargo, se hace necesario analizar el control de constitucionalidad en Brasil a través de una visión panorámica.

## **2. FORMAS DE CONTROL**

### **2.1 PREPONDERANCIA: CONTROL JURISDICCIONAL Y JUDICIAL**

Como la mayoría de los países que reconocieron la Constitución como norma jurídica suprema, Brasil adoptó el control de constitucionalidad definido como jurisdiccional y represivo. Sin embargo, si consideramos que en Brasil el control de constitucionalidad es ejercido por el Poder Judicial, podemos afirmar que, además de jurisdiccional -como en el sistema europeo-, el control de constitucionalidad brasileño también es judicial.

Todavía debe ser demostrado que la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 no aleja definitivamente la fiscalización política y preventiva. Al revés, permite esa especie de fiscalización en la fase de elaboración de la ley. Ese control, a diferencia de Francia, será ejercido, en regla, por el propio Poder Legislativo, hecho que no excluye la participación del jefe del Ejecutivo en el proceso legislativo. Veamos a continuación las hipótesis admitidas:

### **2.2 CONTROL (POLÍTICO) A SER EJERCIDO POR EL LEGISLATIVO**

#### **2.2.1 PREVENTIVO:**

Existen, en el ámbito del Congreso Nacional, comisiones parlamentarias provisionales y permanentes -constituidas en los términos del art. 58/CRFB- con atribuciones previstas en los respectivos Regimientos de cada Casa Legislativa.

La Comisión Permanente de cada una de las Casas Legislativas, a quien

compete compatibilizar la tensión entre la libertad de proposición legislativa y la constitucionalidad, es conocida como Comisión de Constitución y Justicia (CCJ)<sup>323</sup>. A ésta le compete verificar si las proposiciones sometidas a su examen preliminar son conformes con las normas constitucionales, emitiendo su parecer acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad<sup>324</sup>. Sin embargo, dicho parecer no vincula al Plenario, que también puede rechazar el proyecto por razones de inconstitucionalidad, aún contando con el parecer favorable de la CCJ.

Por otro lado, si la proposición presentada al examen preliminar es considerada inconstitucional, no llegará a ser sometida a la apreciación del Senado (*cf.* artículo 300, XVIII). Por ello se permite la retirada de la proposición cuyo relator se haya pronunciado por la inconstitucionalidad antes del parecer definitivo de la CCJ (*vide* artículo 257/RI). Ya en la Cámara <sup>325</sup>, en apreciación preliminar, es el Plenario quien deliberará sobre la proposición, solamente en cuanto a su constitucionalidad, permitiéndose a la CCJ presentar enmiendas tendentes a sanar el vicio de inconstitucionalidad. Aprobada la enmienda, se considerará la proposición también aprobada en cuanto a la preliminar de inconstitucionalidad. En el caso de rechazo de la enmienda, se votará la proposición, que en caso de ser aprobada retomará su curso y en caso contrario será definitivamente archivada.

## 2.2.2 REPRESIVO

Encontramos en el artículo 49, inciso V, de la Constitución brasileña una hipótesis de control **represivo**, para ser ejercido por el Congreso Nacional, que permite suspender los “actos normativos del Poder Ejecutivo que excedan del poder reglamentario o de los límites de delegación legislativa”. Es también conocido como **veto legislativo**.

Su previsión constitucional se justifica en el hecho de que ningún acto reglamentario puede crear obligaciones o restringir derechos, bajo pena de incidir en dominio constitucionalmente reservado al ámbito de actuación material de la ley en sentido formal (principio de la reserva de ley). El abuso del poder de reglamentar aún puede ser apreciado por el Poder Judicial (entiéndase en el caso federal del Supremo Tribunal Federal):

O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua *contra legem* ou *praeter legem*, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite ‘sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar’<sup>326</sup>.

Otra hipótesis de control **represivo**, que es la que nos interesa más de cerca,

323 En la Cámara de los Diputados se denomina Comisión de Constitución y Justicia y de Ciudadanía y está reglamentada en el artículo 32, IV del Regimiento Interno. Ya en el Senado Federal se la denomina Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía y está prevista en el artículo 72, III del Regimiento Interno que establece su competencia en el artículo 101.

324 Véase artículo 139, II de lo R.I. de la Cámara de los Diputados. En el Senado *cf.* Artículo 253 c/c artículo 91.

325 *Cf.*, a propósito, artículos 139 a 147 del Regimiento Interno.

326 Esa es la jurisprudencia de la Suprema Corte, manifestada en el [RE 318.873-AgR/SC](#), Rel. Min. Celso de Mello e [AC 1.033-AgR-QQ](#), Rel. Min. Celso de Mello, juzgada en 25-5-06, *DJ* de 16-6-06.

la encontraremos en el artículo 62 *caput* y § 5º que determina que la deliberación de cada una de las Casas del Congreso Nacional sobre el mérito de las Medidas Provisorias dependerá del juicio previo sobre el cumplimiento de sus requisitos constitucionales. Se trata de un control represivo porque las Medidas Provisorias, en regla, poseen fuerza de ley desde su publicación en el Diario Oficial de la Unión - DOU.

Dicho análisis previo de la constitucionalidad no es realizado por la Comisión Permanente de Constitución y Justicia, pero sí por una Comisión provisoria<sup>327</sup> designada para cada Medida Provisoria editada, en las 48 horas que sigan a su publicación en el DOU. Esa Comisión provisoria tendrá una composición mixta de 12 Senadores y 12 Diputados, observándose, cuando fuese posible, la proporcionalidad entre los partidos y bloques parlamentarios<sup>328</sup>. El presidente de la Comisión Mixta designará entre los miembros de la Comisión un relator, perteneciente a una Casa distinta de la suya. El presidente y el vicepresidente no podrán pertenecer a la misma Casa.

La Comisión Mixta de Diputados y Senadores deben examinar, **preliminarmente**, las medidas provisionales y emitir parecer sobre ellas antes de que sean apreciadas, en secciones separadas, por el Plenario de cada una de las Casas del Congreso Nacional. Ese es el orden emanado del § 9º del artículo 62 de la Constitución.

Antes de que sean apreciadas, por separado, por el Plenario de cada una de las Casas, compete a esa Comisión Mixta manifestarse en el plazo improrrogable de 14 días contados desde la publicación de la Medida Provisoria, debiendo emitir parecer único en el que, **preliminarmente**, deberá analizar la constitucionalidad de la MP, incluidos ahí los requisitos de relevancia y urgencia.

La Resolución nº 1 de 1989 del Congreso Nacional exigía que preliminarmente se verificase el servicio de los requisitos de urgencia y relevancia, para solo entonces tener tramitación normal. Si estos requisitos no se cumpliesen, la medida provisoria sería archivada y el Presidente del Congreso Nacional debía bajar el Acto, declarándola insubsistente, haciendo la comunicación al Presidente de la República. En la vigencia de aquella Resolución, el Supremo Tribunal Federal decidió que no cabía al Judiciario aquilatar la presencia o no de los requisitos de relevancia y urgencia<sup>329</sup>.

Sin embargo, con la edición de la Enmienda Constitucional 32/2001 se hizo necesario editar, por parte del Congreso Nacional, una nueva Resolución sobre la apreciación de las Medidas Provisorias a las que se refiere el nuevo texto del artículo 62 de la Constitución de la República. Se editó, entonces, la Resolución 1/2002, que en el § 2º del artículo 5º ordena que la Comisión Mixta se pronuncie

327 En los trabajos del Constituyente derivado que dieron origen a la Enmienda 32/2001, se debatió sobre la creación de una única Comisión Permanente delegada del análisis previo de todas las Medidas Provisorias. Sin embargo, la referida propuesta (de autoría del Senador José Fogaza) no preveía la verificación del control de constitucionalidad de las MPs ni tampoco su análisis de su mérito y fue rechazada exactamente en razón de la diversidad de las materias que pueden contener. (Cf. *Diário do Senado Federal* de 24.10.1996, p 17.501.

328 Cf. § 2º del artículo 2º de la Resolución nº 1/2002 del Congreso Nacional.

329 Cf. ADIMC1667-DF, Relator Ministro Ilmar Galvão, *Pleno, maioria, j. em 21 de novembro de 1997*.

sobre el mérito, aun cuando ella se manifieste por la disconformidad de la Medida Provisoria con los requisitos constitucionales. Esto se debe a que, en los términos del § 3º del mismo artículo, el parlamentario puede presentar enmienda sanadora de la inconstitucionalidad (o de la antijuridicidad e inadecuación de incompatibilidad financiera y presupuestaria). En este caso, la votación se dará antes de esta. No obstante, esa norma debe compatibilizarse con el comando constitucional que exige, para la edición de la medida provisoria, la verificación de los requisitos constitucionales, que son la relevancia y la urgencia, y sobre ellos debe haber una inmediata deliberación de la Comisión Mixta.

## 2.3 CONTROL (POLÍTICO) QUE DEBE SER EJERCIDO POR EL EJECUTIVO

### 2.3.1 PREVENTIVO

Encontramos otra hipótesis de control **preventivo** de constitucionalidad en el artículo art. 66 § 1º de la Constitución, que permite la participación del Presidente de la República en el proceso legislativo, vetando, cuando exista motivo, el proyecto aprobado por el Legislativo por razones de inconstitucionalidad. El veto por motivos de inconstitucionalidad se conoce como **veto jurídico**.

Sin embargo, en el mismo dispositivo constitucional existe también una hipótesis de **veto político** que autoriza al Presidente a rechazar el proyecto aprobado por el Legislativo cuando contrariara el interés público. La participación del Presidente de la República en la fase de elaboración de las leyes, sancionando o vetando los proyectos de ley aprobados en el Legislativo, está justificada por el control recíproco entre los poderes, siendo que el poder de veto es interpretado por la doctrina como la función de equilibrar, en la sistemática presidencial, la falta de prerrogativa del Presidente de la República para destituir el Parlamento, al igual que ocurre en los sistemas parlamentarios<sup>330</sup>.

### 2.3.2 REPRESIVO

#### 2.3.2.1 Inaplicación de la ley por parte del Jefe del Ejecutivo

Es interesante ilustrar este tópico con un caso concreto ocurrido en Brasil, en el que el Presidente de la República, a través de Medida Provisoria, declaró “nulas y de ninguna eficacia” otras dos Medidas Provisorias editadas también por la Presidencia de la República<sup>331</sup>. El motivo habría sido la interposición, por parte del

330 Cf. GONÇALVES CARVALHO, Kildare. *Técnica Legislativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 92. Sin embargo, podemos percibir que igualmente en las Repúblicas que adoptaron el sistema parlamentario, como Portugal, el Presidente de la República, además de poder destituir la *Assembleia da República*, también tiene el poder de veto. En el caso de Portugal, de forma bastante peculiar, tal como se extrae de los artículos 136º, 233º, 27º y 279º. Ejemplo de República parlamentaria que no prevé el veto presidencial es Italia, que en el artículo 74 de la Constitución permite al Presidente de la República, antes de promulgar la ley y a través de mensaje motivado, pedir a las Cámaras una nueva deliberación sobre la materia. Sin embargo, si las Cámaras nuevamente aprueban la ley, esta necesariamente deberá ser promulgada. Ya tratándose de Monarquía Parlamentaria, verificamos en la Constitución española que, aun cuando el Rey posea el poder de sancionar y promulgar las leyes (artículo 62, “a” c/c artículo 91), no tiene poderes para vetarlas, siendo el veto exclusivo del Senado (cf. artículo. 90).

331 Esta era la redacción del artículo 1º de la Medida Provisoria de número 175, del 27 de marzo de 1990:

Procurador General de la República, de *Ação Directa de Inconstitucionalidade* (ADIn) con pedido de suspensión liminar de la MP 153 y de la MP 156.

Así, el Presidente de la República, anticipándose a la decisión del Supremo en la ADI (y frente de la imposibilidad de retirar las Medidas Provisorias de la apreciación del Congreso Nacional), reconoció la inconstitucionalidad de sus actos con fuerza de ley, declarándolos **nulos y de ninguna eficacia**, a través de la edición de otra Medida Provisoria (la de número 175).

La edición de esa nueva Medida Provisoria (la de nº 175) llevó al Procurador de la República a dirigirse al STF para manifestar su entendimiento de que habría desencadenado la pérdida del objeto de la acción declaratoria de inconstitucionalidad, estando la acción perjudicada. No obstante, el ponente (relator), el Ministro Moreira Alves, disintió con ese entendimiento afirmando lo siguiente:

*Teria razão o Exmo. Sr. Procurador-Geral da República quanto a estar prejudicada a presente ação direta de inconstitucionalidade, se, em nosso sistema jurídico, se admitisse declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com força de lei por lei ou ato normativo com força de lei posteriores. E me refiro à inconstitucionalidade porque lei ou ato normativo só podem ser declarados nulos por esse vício. Sucede, porém, que no Brasil, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em vigor é atribuição exclusiva do Poder Judiciário (...) <sup>332</sup>.*

Sin embargo, el Relator admitió que:

*Em se tratando de lei ou ato com força de lei, os Poderes Executivo e Legislativo, por sua chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade -, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente a lei ou atos de lei que considerem inconstitucionais <sup>333</sup>.*

Habiendo sido tales argumentos acatados por unanimidad, el Supremo acabó permitiendo, a través de la ADIn 221/DF de 29.03.1990, **el control represivo por parte de los jefes del Ejecutivo** y del Legislativo (en el ámbito administrativo), que de esta manera pueden determinar la no aplicación de ley – o acto normativo con fuerza de ley – en vigor en el ordenamiento jurídico. Se verifica, entonces, que dicho entendimiento permite al Presidente de la República negarse a dar ejecución a la ley por él considerada inconstitucional si la Suprema Corte aún no se ha manifestado sobre su constitucionalidad.

### 2.3.2.2 Intervención Federal:

La intervención federal en los Estados (o la estatal, en los Municipios), es una medida de extrema excepcionalidad que impone interpretación restrictiva<sup>334</sup>, no

---

*Art. 1º. A Medida Provisória n. 153, de 15 de março de 1990, que define os crimes de abuso do poder econômico e dá outras providências, e a Medida Provisória n. 156, de 15 de março de 1990, que define crimes contra a Fazenda Nacional, estabelecendo penalidades aplicáveis a contribuintes, servidores e terceiros que os pratiquem, publicadas no Diário Oficial da União do dia 16 de março de 1990, e submetidas de imediato ao Congresso Nacional, são declaradas nulas e de nenhuma eficácia” (subrayamos).*

332 Cf. página 20 del voto del Relator em la ADIn 221-0/DF.

333 Cf. página 21 do voto do Relator e ementa do acórdão, publicado no Diário da Justiça 22.10.93.

334 Cf. página 20 del voto del Relator en la ADIn 221-0/DF.

admitiéndose un entendimiento simplificado, al igual que tampoco sus fundamentos o requisitos, tanto materiales como formales, pueden recibir caracterización incierta.

Entre los requisitos materiales, enumerados en el artículo 34, encontramos una hipótesis de fiscalización de obediencia a la Constitución, que debe ser ejercida por el Poder Ejecutivo por medio del proceso de intervención. Observemos sus términos:

*Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:*

*I (...)*

***VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:***

*a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;*

*b) direitos da pessoa humana;*

*c) autonomia municipal;*

*d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.*

*e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000\)](#)*

Sin embargo, en el caso de inobservancia de cualquiera de los principios constitucionales enumerados en el art. 34, VII, la expedición de Decreto por el Presidente de la República dependerá de la representación del Procurador- General de la República, admitida por el Supremo Tribunal Federal (artículo, 36, III)<sup>335</sup>.

Con respecto a la inobservancia de los derechos de la persona humana, se anota precedente del STF:

*EMENTA: - Intervenção Federal. 2. Representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos "direitos da pessoa humana", em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de "condição mínima", no Estado, "para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida". Fato ocorrido em Matupá, localidade distante cerca de 700 km de Cuiabá. 3. Constituição, arts. 34, VII, letra "b", e 36, III. 4. Representação que merece conhecida, por seu fundamento: alegação de inobservância pelo Estado-membro do princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, alínea "b", da Constituição de 1988, quanto aos "direitos da pessoa humana". Legitimidade ativa do Procurador-Geral da República (Constituição, art. 36, III). 5. Hipótese em que estão em causa "direitos da pessoa humana", em sua compreensão mais ampla, revelando-se impotentes as autoridades policiais locais para manter a segurança de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade. 6. Intervenção Federal e restrição à autonomia do Estado-membro. Princípio federativo. Excepcionalidade da medida interventiva. 7. No caso concreto, o Estado de Mato Grosso, segundo as informações, está procedendo à apuração do crime. Instaurou-se, de imediato, inquérito policial, cujos autos foram encaminhados à autoridade judiciária estadual competente que os devolveu, a pedido do Delegado de Polícia, para o prosseguimento das diligências e averiguações. 8. Embora a extrema gravidade dos fatos e o repúdio que sempre merecem atos de violência e crueldade, não se trata, porém, de situação concreta que, por si só, possa configurar causa bastante a*

335 En el caso de que haya incumplimiento de ley federal, será necesaria la representación del Procurador-General de la República, propuesta en el Superior Tribunal de Justicia -STJ (artículo 36, IV ).

decretar-se intervenção federal no Estado, tendo em conta, também, as providências já adotadas pelas autoridades locais para a apuração do ilícito. 9. Hipótese em que não é, por igual, de determinar-se intervenha a Polícia Federal, na apuração dos fatos, em substituição à Polícia Civil de Mato Grosso. Autonomia do Estado-membro na organização dos serviços de justiça e segurança, de sua competência (Constituição, arts. 25, § 1º; 125 e 144, § 4º). 10. Representação conhecida mas julgada improcedente. (IF 114, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/1991, DJ 27-09-1996 PP-36154 EMENT VOL-01843-01 PP-00001).

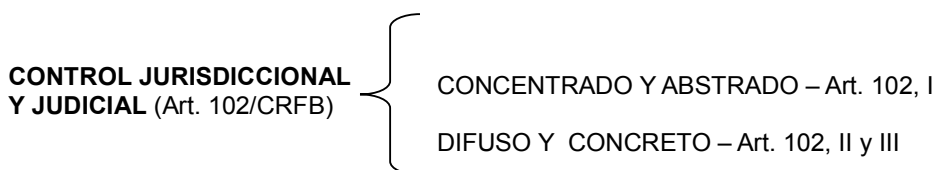
Una vez cesada la situación de inconstitucionalidad a causa de la no observancia de los principios constitucionales, cesa la propia intervención.

## 2.4. ESQUEMA

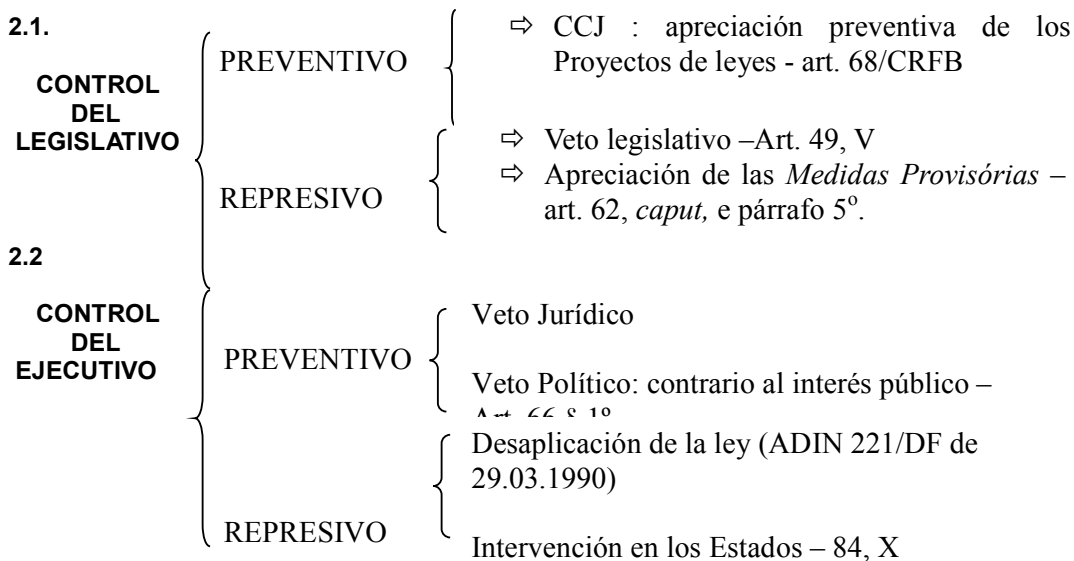
Lo que hasta aquí expusimos puede ser visualizado mejor a través del siguiente esquema:

### CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEÑO

#### 1. CONTROL PREPONDERANTE:



#### 2. CONTROL POLÍTICO:



Como ya vimos, la existencia de dichos mecanismos de control político de la constitucionalidad no descaracterizará la clasificación del ordenamiento brasileño en el control de las normas como “**jurisdiccional**”, que combina elementos del control



difuso-concreto con otros del sistema concentrado-abstracto, según los prototipos nacidos en Estados Unidos y en Austria. De este asunto nos ocuparemos a continuación.

### 3. CONTROL JURISDIONAL EN EL SISTEMA BRASILEÑO

Como en la mayoría de los países, la construcción de la jurisdicción constitucional brasileña se realizó sobre las bases de los dos modelos clásicos de Justicia Constitucional: **el primero**, difuso, incidental y en especie, influenciado por el modelo norteamericano, que se originó de los ideales federalistas y republicanos emergidos con el inicio de la República y materializados en la Constitución de 1891; **el segundo**, concentrado, principal y abstracto, influenciado por el modelo kelseniano, introducido gradual y lentamente desde la Constitución de 1934. A partir de este momento, el sistema brasileño podría ser caracterizado como un sistema **híbrido**<sup>336</sup> de control de la constitucionalidad de las leyes<sup>337</sup>.

Mientras el Derecho Comparado se ocupa de la clasificación de los estilos de hacerse la Justicia Constitucional, que cada día se transforma y se extiende por el mundo a través de formas cada vez más variadas y complicadas, la mayoría de la doctrina brasileña acepta pacíficamente la convivencia de los dos modelos clásicos, y clasificando como **mixto** el sistema jurisdiccional sin preocuparse por la preponderancia de uno sobre el otro<sup>338</sup>.

Claro que esta clasificación, abrigada de forma simplista por la doctrina

336 A propósito de la hibridación de los modelos, *cf.* PEGORARO, Lucio. *A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional*. Traducción al portugués de Maria Auxiliadora Castro e Camargo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Ano 42, n.º. 165, jan-mar 2005, pp. 59-76.

337 Resaltamos que gran parte de la doctrina brasileña admite la introducción del modelo concentrado de jurisdicción constitucional con el advenimiento de la Enmienda Constitucional n.º 16, de 1965, que instituyó la acción directa de inconstitucionalidad con el nombre de representación de inconstitucionalidad. Otros, con quienes estamos de acuerdo, entienden que fue el constituyente de 1934 quien, con la representación interventiva, introdujo en Brasil el control concentrado, lo cual, hasta hoy, permanece a nivel constitucional (art. 34, VII e 36, III § 3.º da CF/88). A propósito, *cf.* las palabras de Nilson Vital (NAVES, Nilson Vital. O Superior Tribunal e a Questão Constitucional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 797, ano 91, p. 28-42, mar. 2002) para quien: *“as primeiras sementes foram as disposições constitucionais de 1934 acerca da representação interventiva (ou seja, editada pelo Senado lei sobre a intervenção federal, esta só se efetivava depois que o Supremo, mediante a provocação do Procurador-Geral da República, tomasse conhecimento da lei do Senado e lhe declarasse a constitucionalidade, conforme rezavam os arts. 41, § 3.º, e 12, § 2.º. “Cuidava-se”, nas palavras de Gilmar F. Mendes, “de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos”). Eis aí o que se denominou de sistema misto, que só se converteu em plena realidade quando se introduziu, no ano de 1965, em nosso sistema jurídico, por obra e graça da EC 16, a ação de inconstitucionalidade, competindo então ao Supremo Tribunal processar e julgar, originariamente, “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República” (redação dada à alínea k do art. 101, I, da Constituição de 1946).”* – [Los fragmentos resaltados en negrita no están resaltados en el documento original].

338 En este sentido, veáse la obra colectiva de: ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac M. *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. También en la obra colectiva: RAMOS TAVARES, André; ROTEMBURG, Walter Claudius. (coord). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: Recurso extraordinário e arguição de preceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, *cf.* los artículos de André RAMOS TAVARES: “Perfil constitucional do recurso extraordinário” p. 6 e Marcelo FIGUEREDO. “O controle de constitucionalidade: algumas notas e preocupações”, p. 180. En los manuales: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 607; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 53. etc., etc.

brasileña, no impide que otras clasificaciones, elaboradas según los métodos de Derecho Comparado<sup>339</sup>, incorporen el peculiar modelo brasileño de jurisdicción constitucional dentro del panorama general del constitucionalismo en el mundo contemporáneo. Sin embargo, la inserción del ordenamiento brasileño dentro de un macro cuadro comparativo, considera las semejanzas y diferencias con otros ordenamientos, específicamente en lo que se refiere a la estructura del órgano judicial encargado de controlar las leyes, a las fases del control, técnicas de juicio, efectos de la decisión, etc., lo cual no es el objetivo de este trabajo.

Así, preferimos delimitar nuestras consideraciones demostrando la influencia que los modelos clásicos de control difuso-incidental (norte americano) y concentrado-principal (austríaco) ejercieron en el marco de la construcción de la jurisdicción constitucional brasileña y cómo su propagación y adaptación determinaron la preponderancia de un sistema sobre el otro a lo largo de la historia, conduciendo a la crisis a la clasificación tradicional.

Para alcanzar este objetivo nos serviremos de los conceptos contrapuestos de **sistema difuso versus sistema concentrado**; de **control concreto versus control abstracto** y de control **principal versus incidental**, teniendo en cuenta que los dos primeros (difuso-concreto y incidental) expresan la influencia recibida de los sistemas anglosajones y los segundos (concentrado-abstracto y principal) representan la influencia sufrida por el sistema kelseniano-europeo.

### 3.1. LA FORMACIÓN DEL MODELO BRASILEÑO

La formación del constitucionalismo brasileño, en su origen, acogió el pensamiento constitucionalista predominante en Europa durante el inicio del siglo XIX. Es obligado, entonces, verificar que la influencia europea continental sobre el constitucionalismo brasileño es un trazo marcado desde la primera Carta Política brasileña.

La primera Constitución, otorgada en marzo de 1824 por el Emperador Don Pedro I (que también otorgaría, con contenido semejante, la Carta portuguesa de 1826, como Don Pedro IV de Portugal<sup>340</sup>) estaba inspirada en la Constitución real

339 A propósito, véase en idioma portugués: CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed., reimp. Traducción de Aroldo Plínio Gonçalves y revisión de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999; PEGORARO, Lúcio. “A Justiça Constitucional no quadro do constitucionalismo contemporâneo”. Traducción para el portugués de Maria Auxiliadora Castro e Camargo in: ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac M. *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Del mismo autor, en lengua italiana: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Torino: G. Giappichelli, 1998; en castellano cf. GARCÍA BELAUNDE, Domingo; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La jurisdicción constitucional em Iberoamérica*. Madrid: Dykison, 1997, y en italiano y español: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La giustizia costituzionale nel XXI secolo (il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano) – La justicia constitucional ante el siglo XXI (la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano)*, n. 5 della Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series, Bologna: Libreria Bonomo editrice, 2003.

340 A propósito, consúltese la obra *O constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal* (Arinos, Afonso, Introdução; prefacio de Fernández Mathias de Souza, Carlos, Ed. Fac-similar – Coleção História Constitucional brasileira, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2003), las anotaciones hechas en el texto constitucional brasileño por el Emperador Don Pedro I, así como por el Consejero Francisco Gomes da Silva – el *Chalaca* –, sobre las adaptaciones y alteraciones de los dispositivos de la Constitución brasileña de 1824 que deberían ser transmutados a la Constitución de la Monarquía portuguesa de 1826.

francesa de 1814 que, a su vez, sufrió una innegable influencia de Montesquieu en la organización de la justicia francesa.

Pero, además de la influencia de la doctrina de la separación de poderes de Montesquieu en la forma en la que fue adaptada de la doctrina francesa, la Constitución de 1824 creó un cuarto poder denominado “poder moderador”, concebido por el pensador y político francés de origen suizo Benjamin Constant<sup>341</sup>, que por primera vez en el mundo de las constituciones sería positivado en una Carta Política<sup>342</sup>.

No existía, entonces, un control de constitucionalidad de las leyes debido a que el sistema constitucional vigente no era favorable a la creación de una justicia constitucional. Esto era así, **primero**, porque toda posibilidad de interferencia de los jueces en la esfera del Poder Legislativo era incompatible con el principio de la división de poderes; **segundo**, porque era en el Poder Moderador donde reposaba la defensa de la Constitución<sup>343</sup>. Este Poder Moderador era privativamente delegado al Emperador<sup>344</sup>, y solo a él competía, por imposición natural, el control de la legalidad, la “suprema inspección”, como supra poder<sup>345</sup>. Su principal objetivo era el

---

341 Para Constant, “El defecto de casi todas las constituciones ha sido no haber creado un poder neutral, y haber colocado la suma total de autoridad que debía corresponder en uno de los poderes activos”. Según su tradicional teoría: “El Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial son tres resortes que deben cooperar, cada uno en su campo, al movimiento general; pero cuando estos resortes se descomponen y se cruzan, colisionan y se estorban, se necesita una fuerza que les ponga en su lugar. Esta fuerza no puede estar en ninguno de esos resortes, pues la utilizaría para destruir a los otros. Es preciso que esté fuera, que de alguna forma sea neutral para que su acción se pueda aplicar allí donde sea necesaria y para que sea preservadora, reparadora, sin ser hostil. La monarquía constitucional crea este poder neutral en la persona del Jefe del Estado. El verdadero interés del Jefe del Estado no está en que uno de los poderes derroque al otro, sino en que todos se apoyen mutuamente, se escuchen y actúen en armonía”. (CONSTANT, Benjamin. *Escritos políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 21-22. Estudio preliminar, traducción y notas de María Luisa Sánchez Mejía). También: *Escritos de Política*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005. Cf. ainda MENEZES DUARTE, Leila. *Direitos Políticos na formação do Estado Brasileiro. A influência do pensamento de Benjamin Constant na Constituição de 1824*. Disponible en: <http://www.rj.anpuh.org/resources/rj/Anais/2006/conferencias/Leila%20Menezes%20Duarte.pdf>, Última fecha de consulta: 06.05.2010). CRUZ aclara el pensamiento de Benjamin Constant, que veía límites necesarios a la autoridad de la ley y al ejercicio de la soberanía popular a través del Parlamento, porque entendía que los ciudadanos poseen derechos independientes del reconocimiento estatal, derechos éstos que constituyen el soporte para la verificación de la legitimidad del ejercicio del poder político. Así, la representación del pueblo no legitima lo que es ilegítimo, ya que un pueblo no puede delegar a nadie una autoridad de la cual no es detenedor. Entonces, una de las limitaciones a la autoridad de la ley sería el ejercicio del Poder Moderador, concebido como un elemento superior a las pasiones políticas de la sociedad. “*O monarca cumpriria uma função claramente contramajoritária garantidora das liberdades individuais da cidadania*”. (Cf. SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 273).

342 La afirmativa es de Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. *A evolução constitucional do Brasil*. Disponible en: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-4014200000300016](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-4014200000300016), última fecha de consulta: 08.02.08).

343 Cf. SILVA, José Afonso da. *O controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. En: GARCÍA BELAUNDE, Domingo, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykison, 1997, pp 389-407.

344 El Poder Moderador era ejercido por el Emperador acumulado con el Poder Ejecutivo, sobreponiéndose a los demás en abragentes atribuciones. A tenor del artículo 15, VIII competía al Poder Legislativo “*Fazer as leis, interpretá-las, suspende-las e revogá-las*”. Sin embargo, toda y cualquier proposición del Legislativo solo adquiriría “fuerza de Ley” tras la sanción del Poder Moderador.

345 Opinión de OTHON SIDOU, José Maria. *Hábeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, hábeas data, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 44.

de *equilibrar*<sup>346</sup> la acción de los demás poderes, interviniendo en ellos cuando hubiese rotura o desequilibrio, lo que justificaba su inviolabilidad. La llave del sistema era entonces simbolizada por el poder real. La influencia, a la sazón recibida de Francia, no permitía al Judiciario, por las razones históricas conocidas, examinar la constitucionalidad de los actos legislativos, sino que le cabía apenas la aplicación de las leyes.

Sin embargo, los brasileños adoptarían otro esquema: se alejarían de la doctrina francesa para adoptar la posición de deber ejercitar el control judicial de las leyes. Esto aconteció en la última década del siglo XIX, con el surgimiento de la República. Era la doctrina americana la que entonces se incorporaba al sistema constitucional brasileño.

Hasta finales del siglo XIX, mientras predominó en Brasil la influencia del pensamiento político-constitucional europeo, la influencia norte-americana era prácticamente inexistente. Después, con la proclamación de la República que abandonó la calidad francesa de organización política, se hizo sentir una fuerte influencia norte-americana en cuanto a la forma de Estado Federal, la República y el Presidencialismo. Incluso el nombre era exacto: *Estados Unidos Brasil*.

La creación republicana del Supremo Tribunal Federal<sup>347</sup> también se basó en la Corte Suprema Americana, tanto en las capacidades como en la composición, forma de investidura, seguridades e impedimentos. Igualmente, bajo la clara influencia del sistema constitucional norteamericano, la Constitución republicana de 1891 inaugura el sistema de control de constitucionalidad difuso o incidental, típico del sistema del *Common Law*, de la jurisdicción universal (*judicial review*), que también había influenciado otros países latinoamericanos como el México de 1847 y la Argentina de 1860.

Sin embargo, mientras en Estados Unidos el control de constitucionalidad surge por medio de la jurisprudencia de la Corte Suprema, en Brasil surge positivado en el artículo 59 de la Constitución de 1891, que cuidaba de la

---

346 Observamos que el referido objetivo de equilibrio entre los poderes era combatido dentro de la Asamblea Constituyente de 1823, disuelta por el Emperador precisamente por intentar limitar los poderes del monarca. Según las palabras del diputado José J. Carnero de Campos, al comentar sobre el derecho de sanción del Emperador, explana sobre un poder político del monarca: el poder moderador. Se trataría de un poder exclusivo del monarca, que le cabría para vigiar los demás poderes políticos. Cf. ANNAES do Parlamento Brasileiro, Assembléa Constituinte de 1823, Rio de Janeiro: Hyppolito José Pinto & Cia., 1876, pp. 161-171, *sessão de 26 de junho de 1823*.

347 El Supremo Tribunal Federal fue creado y organizado por el Decreto n° 848, del 11 de octubre de 1890, editado por el Gobierno republicano provisional. No obstante, ya era inspiración monárquica, pues como destaca Lêda Boechat Rodrigues: "*em julho de 1889, indo Salvador de Mendonça, acompanhado de Lafayette Rodrigues Pereira, despedir-se de D. Pedro II, a fim de cumprir missão oficial nos Estados Unidos, ouviu do Imperador as seguintes palavras: 'Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem toda a atenção a este ponto'*". Cf. BOECHAT RODRIGUES, Lêda. *História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 1. *Apud* MORAES, Alexandre. *Jurisdição constitucional: breves notas comparativas sobre a estrutura do supremo tribunal federal e a corte suprema norte-americana*. Disponible en: <http://www.justicavirtual.com.br/artigos/art60.htm>, última fecha de consulta: 19.02.2008.

competencia del Supremo Tribunal Federal. No obstante, el derecho positivo se abstuvo de introducir también mecanismos jurídicos que permitiesen a los tribunales – y principalmente al STF – la plena efectividad de la función de controlar la constitucionalidad de las leyes

Aunque la Constitución de 1891 haya previsto el *habeas corpus* como instrumento de protección del ciudadano contra violencia o coacción, por ilegalidad o abuso de poder, este no tenía el alcance de controlar la constitucionalidad de la ley. Ya México, inspirado en el *hábeas corpus* del *common law*, creó el juicio de amparo<sup>348</sup> con el fin de proteger los derechos constitucionalmente garantizados a los ciudadanos contra los actos administrativos y jurisdiccionales, permitiendo expresamente la no aplicación de la ley refutada no constitucional.

Debido a lo arraigada que estaba en Brasil la influencia del sistema europeo-continental de la *civil law*, resultaba difícil la implantación de un control efectivo de constitucionalidad de las leyes, ya que la importación de un nuevo modelo constitucional exigía una profunda transformación en la cultura jurídica<sup>349</sup>. De esta forma, a pesar del intento de la doctrina brasileña por defender la teoría de la nulidad de la ley declarada inconstitucional y el deber de los órganos estatales de abstenerse de aplicar disposiciones que tuviesen su inconstitucionalidad declarada por el Supremo Tribunal Federal<sup>350</sup>, los propios jueces, de formación privatista, rehuían controlar los actos de los demás poderes<sup>351</sup>.

348 Cf. artículos 101-102 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, que influenciaron, entre otros, la creación del recurso de amparo por el artículo 36 de la República de El Salvador de 1886 y que también sería *constitucionalizado* en España en 1931. En Brasil, aún hoy, no existe un instrumento defensivo **directo** de los derechos fundamentales previstos en la Constitución.

349 LIMA LOPES aclara que la importación del modelo constitucional norteamericano se da para una cultura saturada de *familiaridades* con instituciones europeas, citando ejemplos como el Derecho Administrativo inspirado en Francia, el Derecho Civil de larga inspiración alemana y el proceso claramente inhumano, escrito y *cartorario* a ejemplo del viejo proceso romano-canónico europeo. A pesar de reconocer la influencia inglesa inspiradora de nuestros liberales en la creación del Tribunal del Júri en los crímenes contra la vida, cita que la institución del expediente policial demuestra cuán lejos estábamos del modelo del *common law* (Cf. LIMA LOPES, José Reinaldo. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 368).

350 Cf., en ese sentido: BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997 (Edição fac-simile de: 2. ed. - Rio de Janeiro : Forense, 1968, p. 144. y CERQUEIRA, Marcelo. *A Constituição e o direito anterior: o fenômeno da recepção*. Brasília: Câmara dos Deputados. Coordenação de Publicações, 1995, p. 40, para quien el preámbulo del Decreto 848, del 11 de noviembre de 1890 -cuya autoría se atribuye a Rui Barbosa- dejaba bien claro la inspiración americana en la organización del Poder Judicial: “*O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano* [letra en cursiva correspondiente al original. Referencia al Chief Justice Marshall y al imortal caso *Marbury v. Madison*], *envolve necessariamente o Direito de verificar se elas estão conforme ou não a Constituição, e neste último caso cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito. Por esse engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade de interpretação [Referencia expresa al citado artículo 15, VII de la Constitución del Imperio], venha a colocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa*”. Aún era el mismo preámbulo el que definía el papel del nuevo Poder Judicial afirmando que: “*...a Magistratura que agora se instala no país, não é um instrumento cego ou mero intérprete dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o Direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica*” [...] *Aí está a profunda diversidade de índole, que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído e naquele que agora se inaugura, calcado sobre os modelos democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano*”.

351 La resistencia del propio Supremo Tribunal Federal a controlar la constitucionalidad de los *actos privativos* de los demás poderes puede ser verificada a través de sus juicios históricos, disponibles en: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico>. Como ejemplo: STF/ HC 3.527, juzgado el 14.04.1914. Rel. Ministro Amaro Cavalcanti, que expresa el siguiente argumento: “*relativamente ao exercício dos poderes públicos, armados de igual independência quanto às suas*

En Estados Unidos, el sistema de control de constitucionalidad, fundamentalmente basado en el *common law*, tuvo fuerza institucional suficiente para dar eficacia a las decisiones de la Corte Suprema, basada en la regla del *stare decisis*. Aunque esa regla allí no fuese dotada con el mismo rigor con el que era aplicada en Inglaterra, sirvió para dar estabilidad al control de constitucionalidad norteamericana. Mientras, en Brasil el *stare decisis* no tuvo condiciones para sedimentarse, considerando que un sistema jurídico centrado en el derecho positivo no era propicio para el surgimiento de forma espontánea de una jurisprudencia más rígidamente vinculante. Este antagonismo natural obstaculiza la aceptación de una vinculación imperativa de los jueces a los precedentes superiores, aunque sea del Supremo Tribunal Federal. Por este motivo, aunque la Constitución republicana haya adoptado el control difuso o incidental en su forma pura, la importación del modelo norteamericano no tuvo fuerza suficiente para ser completamente implantada en Brasil.

Asimismo, las alteraciones referentes al control constitucional irán abandonando paulatinamente el modelo norteamericano, que inicialmente les inspiraron, para volver su atención a los países europeos que adoptaron el modelo concentrado-abstracto, aun cuando la doctrina brasileña, a través del genio de Rui Barbosa<sup>352</sup>, insistiera en importar los preceptos teóricos y jurisprudenciales del derecho norteamericano, defendiendo la teoría de la inexistencia jurídica o de la amplia ineficacia de la ley declarada inconstitucional<sup>353</sup>.

Frente a la ausencia de la regla del *stare decisis* y sin una herramienta procesal que prestase la “fuerza de ley” del derecho alemán, (*Gesetzeskraft*) era necesario buscar otras soluciones para generalizar la decisión con una eficacia *erga omnes* efectivamente vinculadora que envolviese incluso los agentes del Estado, a fin de dar estabilidad al control mediante la formación de un modelo de constitucionalidad. Esa fuerza vinculadora comenzaría, aunque tímidamente, a ser introducida con la Constitución de 1934. Sin embargo, y a diferencia de Estados Unidos, no se dará por medio de la vinculación de la jurisprudencia (realmente

---

*funções privativas, que, uma vez expressamente conferida a um deles uma atribuição para a prática de dado ato ou para o uso de dada faculdade, é ele o único juiz competente da oportunidade e das razões determinantes do respectivo ato, ou do uso da sua faculdade; porque o contrário seria a negação completa da sua independência”.*

352 “Coube a Rui um grande papel na evolução do pensamento jurisprudencial da nossa Suprema Corte. Quando um dia se escrever a história do Supremo Tribunal Federal desde os seus primórdios indecisos e vacilantes em face da declaração de inconstitucionalidade de uma lei do Congresso, será preciso reservar à obra de doutrinação do insigne constitucionalista um lugar de honra. ‘Seria ele, com idêntica atuação e cultura incomparavelmente maior, o Marshall brasileiro’ (Cf. CASTRO NUNES, José de. *Poder Judiciário*, Rio, 1943, pp. 168 e ss. *apud* BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Ésse Outro Desconhecido*. Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 59).

353 Véase la mención de Ruy Barbosa invocando el derecho americano: “(...) *E se o julgamento foi pronunciado pelos mais altos tribunais de recurso, a todos os cidadãos se estende, imperativo e sem apêlo, no tocante aos princípios constitucionais sobre o que versa*. *Nem a legislação tentará contrariá-lo, porquanto a regra stare decisis exige que todos os tribunais daí em diante o respeitem como res judicata; e, enquanto a Constituição não sofrer reforma que lhe altere os fundamentos, nenhuma autoridade judiciária o infringe*”. Cf. *Comentários à Constituição Federal Brasileira, coligidos por Homero Pires*, vol IV, p. 268, *apud*: BITTENCOURT. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*, cit. p.142, que, a propósito del sentido de la regla del *stare decisis*, en la página 143, nota 27, afirma que ésta no tenía el poder atribuido por Ruy -nuestro mayor constitucionalista-, no constituyendo un comando rígido que pudiese expulsar de inmediato la ley del ordenamiento jurídico.

extraña a la tradición jurídica brasileña), sino en el reto de transformar la Suprema Corte brasileña en un tribunal casi exclusivamente constitucional<sup>354</sup>, lo que, de hecho, ocurrirá únicamente con la Constitución de 1988.

No obstante, antes de 1988 ya se había recorrido un largo camino por los Constituyentes brasileños, que varias veces intentaron implantar el modelo concentrado de influencia austríaca. En 1934 ya se defendía la implantación del modelo concentrado de jurisdicción constitucional con la creación de una Corte exclusiva de Justicia Constitucional<sup>355</sup>, pero, ante la resistencia de la mayoría, no quedó otra alternativa que la de crear nuevos mecanismos que, aunque inicialmente inspirados en el modelo norteamericano en la forma en la que fueron introducidos en el derecho brasileño, de una forma o de otra, acabaron atendiendo más al modelo concentrado, donde un órgano decide sobre la constitucionalidad de la ley en abstracto.

#### 4. LA CONSTITUCIÓN DE 1934: LA REGLA DEL *FULL BENCH* Y EL CONTROL EN ABSTRACTO

Es interesante observar que, desde 1934, la mayoría de los mecanismos introducidos en el derecho constitucional brasileño por influencia de los países del *commom law*, al estar adaptados al derecho brasileño, se convirtieron en instrumentos de concentración de la jurisdicción, permitiendo la verificación de la constitucionalidad en abstracto. Un ejemplo bien marcado de este hecho es la regla del *full bench*, que, aunque importada de Estados Unidos en la forma en la que fue introducida en el derecho brasileño, permite el control de la constitucionalidad separada del caso concreto y vincula los órganos fraccionados de los Tribunales.

La regla del *full bench*, también conocida como *full cort* o *in banc*, consiste en la exigencia de que el reconocimiento de inconstitucionalidad de ley o acto normativo del Poder Público solamente pueda ser declarado por la mayoría absoluta de los miembros de un tribunal. Es una creación de la jurisprudencia americana que desde el siglo XIX condicionó el juicio de las cuestiones constitucionales en presencia de todos sus miembros. Allí se consensuó postergar la apreciación de materias constitucionales hasta que se lograra la presencia de la totalidad de los miembros, pero la prórroga ocurría no por imposición constitucional, sino por una

354 Cf., a propósito: BASTOS ARNATES, Rogério. *O sistema híbrido de controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. Disponible en: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero1/prodaca3.htm>. Última fecha de consulta: 17.02.2008.

355 En este sentido, la Enmienda 1.107 (cf. Sesión de 20.12.1933 en: [http://imagem.camara.gov.br/constituente\\_principal.asp](http://imagem.camara.gov.br/constituente_principal.asp)) presentada por el Diputado Nilo Alvarenga justifica su implantación en los siguientes términos: “*Os mais belos e generosos princípios de direito público consagrados nos textos constitucionais, de nada valerão, sem as necessárias garantias de sua efetividade. Essas garantias são dadas pelo controle da constitucionalidade das leis. Nos Estados Unidos, onde essa atribuição é conferida à Justiça comum, o controle é falho, imperfeito e incompleto. Por isso que a Justiça comum só cabe decidir das questões entre as partes, os efeitos de suas decisões se restringem a casos sub judice. A lei anulada para o litigante continua em vigor em toda sua plenitude*”. No obstante, había apasionados defensores del sistema americano, como el Constituyente Cunha Melo, para quien el sistema de Estados Unidos es lo que mejor copiamos.

regla de conveniencia justificada por la importancia de los temas constitucionales<sup>356</sup>. A pesar de no ser una regla absoluta, en Brasil aparecerá positivada en la Constitución de 1934 con una rigidez que no poseía en los EUA<sup>357</sup>. Sin embargo, será ablandada en las constituciones posteriores, estando prevista actualmente en el artículo 97 de la Constitución de 1988.

También conocida en Brasil como *cláusula de reserva o per saltum*, la regla del *full bench* es de obligada observancia tanto en el control concentrado de las normas<sup>358</sup>, como en el control difuso. En este caso, es procesada incidentalmente a través de un instrumento denominado *incidente de arguição de inconstitucionalidade*, que se aproxima mucho al modelo incidental europeo, sobre todo al alemán, el italiano y el español.

Lo curioso es observar que, mientras en Europa las cuestiones de inconstitucionalidad, suscitadas incidentalmente en el curso de acciones ordinarias, son consideradas como inclinaciones mitigadoras del control concentrado y abstracto<sup>359</sup>, en Brasil ocurre exactamente lo contrario. Nos explicamos: el incidente de *arguição de inconstitucionalidade* permite el control en abstracto y concentrado, atenuando el control difuso en el segundo grado de jurisdicción. Sin embargo, se verifica que ambas formas son causas de hibridación de los modelos jurisdiccionales clásicos.

Según las disposiciones procesales brasileñas, la *turma* juzgadora de un tribunal, al encontrarse con una preliminar de inconstitucionalidad que entienda procedente o por lo menos admisible, debe elaborar un *acórdão* remetiéndolo a la prejudicial de inconstitucionalidad para la decisión del plenario<sup>360</sup>. Ese *acórdão* no representa la decisión de un incidente, pero sí un pronunciamiento de la *turma* a través del cual se procede a la valoración de una situación procesal, partiendo de la cual será posible afirmar o negar la existencia de una relación de prejudicialidad entre la cuestión constitucional y las materias a ser enfrentadas para la decisión del caso concreto. A través de ese *acórdão* será instaurado el incidente, que después

356 En ese sentido: BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997 (Edição fac-simile de: 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1968) p. 44, que atribuye la observación a Cooley, que aún consideraba la regla acordada como una orientación prudente y adecuada a causa de la delicadeza de los asuntos constitucionales (COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Law*, 6ª ed., 1890, p. 194).

357 Lúcio Bittencourt, quien refiriéndose a Black cita como ejemplo el conocido caso “*Chicago Lake Front Case*”, en el que la decisión fue tomada apenas por cuatro de los nueve jueces que integraban la Corte Suprema en razón del impedimento de dos de ellos y de la opinión contraria de otros tres. (Cf. BLACK, Henry Campbell. *Handbook on American Constitutional Law* 2ª ed., 1897, p. 57, *apud* BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. En contramos otros ejemplos con José Levi, que en una excelente monografía agota el tema del incidente. (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002).

358 Cf. art. 23 da Lei 9.868/99 c/c artigo 97 da CRFB.

359 “A introdução, em um primeiro momento na Alemanha e Itália, depois na Espanha, do controle incidental de constitucionalidade, fez surgir a discussão da hibridação dos modelos jurisdicionais. Entretanto, até bem pouco tempo, não havia sido colocada em crise a dicotomia originária, já que na antiga literatura o sistema em questão vinha sendo considerado como uma mescla dos outros dois, de modo que não o elevou à categoria de “modelo” (embora hoje não são poucos a considerá-lo como um próprio e verdadeiro *tertium genus*)”. Cf. PEGORARO, Lucio. *A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. Traducción al portugués de Maria Auxiliadora Castro e Camargo. Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Ano 42, nº. 165, jan-mar 2005, p. 60.

360 Cf. artigo 481, *in fine* del Código de Processo Civil.



de ser decidido por el Pleno del Tribunal o por el órgano especial<sup>361</sup>, vuelve a la *turma* juzgadora para la decisión del caso concreto.

Se verifica, pues, que el procesamiento del incidente dentro de los órganos colegiados brasileños guarda cierta semejanza con los incidentes europeos de inconstitucionalidad, que también son establecidos desde una prejudicialidad que se considera existente desde el momento en el que debe ser aplicada una disposición cuya constitucionalidad resulta controvertida.

Así, al encontrarse un órgano fraccionario de un tribunal brasileño frente a una situación de posible inconstitucionalidad, debe suspender el juicio, y después de oído, el Ministerio Público debe, necesariamente, deliberar sobre la cuestión constitucional. Habiéndose decidido sobre la constitucionalidad del acto se proseguirá con el juicio, pero, en el caso de que los juzgadores se muestren favorables a la *arguição* de inconstitucionalidad, deben someter la materia a la apreciación del Plenario, que solo podrá declarar la inconstitucionalidad por la mayoría absoluta de los miembros del tribunal o del órgano especial.

A diferencia de lo que ocurre en el incidente de constitucionalidad europeo, la declaración no producirá efectos *erga omnes*. Sin embargo, “trascenderá” el caso concreto del cual se originó el incidente, vinculando los órganos fraccionarios de aquel tribunal en todos los casos subsiguientes. Otro trazo distintivo del incidente europeo es que en Brasil la regla solo se aplica en los órganos colegiados, permitiéndose a los jueces de primera instancia el pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de las normas<sup>362</sup>.

En verdad, las semejanzas son más perceptibles en el campo procesal. De todas formas, no se puede negar que aún tratándose del control difuso, o por vía de excepción, la declaración de inconstitucionalidad en el incidente de *arguição* de inconstitucionalidad brasileño se trata de una decisión autónoma, proferida en un procedimiento sin partes<sup>363</sup> y completamente desvinculada del caso concreto.

---

361 Destaca que, desde la Enmienda Constitucional n.º. 07 de 13.04.1977 (art. 144), se admitió la creación de un órgano especial, creados en los tribunales con números superiores a 25 juzgadores, para ejercitar ciertas competencias del Pleno, incluyendo aquellas de carácter constitucional. En la Constitución de 1988, tal permiso está contenido en el artículo 93, inciso XI.

362 Sustitutivo del Diputado Jair Carnero al Proyecto de Enmienda 96/92 e informe del Diputado Aloysio Nunes Ferreira, sugerían una mayor aproximación con el modelo europeo permitiendo el procesamiento del incidente en la primera instancia y su remesa, solo para los Tribunales ordinarios, pero directamente para el STF. (Cf. <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>). Mientras, tales proposiciones no fueron acatadas en la transformación del Proyecto en la Enmienda Constitucional 45/2004.

363 “*A rigor não há partes no incidente de argüição de inconstitucionalidade –como é da índole dos processos objetivos de aferição em abstrato da constitucionalidade-, dado que não há direitos subjetivos contrapostos, mas um interesse maior do ordenamento jurídico em espancar as dúvidas quanto à constitucionalidade de determinado ato normativo*” (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de argüição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 47).

## 5. INSTRUMENTOS BRASILEÑOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

### 5.1 LAS ACCIONES DIRECTAS Y EL CONTROL EN ABSTRACTO

Bajo la clara influencia del derecho europeo, la Constitución de 1988 previó en su texto varias acciones directas, típicas del control concentrado y en abstracto, de competencia originaria del Supremo Tribunal Federal y que, en los términos de la CRFB, comprende: a) la acción declaratoria de constitucionalidad de ley o acto normativo federal - ADC<sup>364</sup>; b) la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal o estadual - ADI<sup>365</sup>; c) la acción de inconstitucionalidad por omisión - ADO<sup>366</sup>; d) el cuestionamiento (*arguição*) de incumplimiento de precepto

364 La introducción de la Acción Declaratoria de Constitucionalidad en el derecho constitucional brasileño fue considerada por algunos como una innovación. Para otros, sin embargo, apuntaba significativas similitudes con la representación *contra* inconstitucionalidad de ley o acto de naturaleza normativa, federal o estadual, encaminada por el Procurador-General, introducida en el derecho brasileño por la Enmienda Constitucional n.º 16/65 a la Constitución de 1946, que poseía naturaleza doble. (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 26. ed. atual. e compl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 306). En razón de la naturaleza doble, es considerada como una acción directa de inconstitucionalidad con señal trocado. Como en la ADI, el parámetro es la constitución vigente. Su proposición supone una situación hábil a afectar la presunción de constitucionalidad, no siendo admitida en los casos de que no haya duda o controversia relevante con respecto a la legitimidad de la norma.

365 Las decisiones proferidas en las acciones directas de inconstitucionalidad poseen eficacia *ex tunc*, *erga omnes* y efecto vinculante para todo el Poder Judicial y para todos los órganos de la Administración Pública directa e indirecta, no alcanzando al Poder Legislativo. Resáltese que la legislación que reglamenta la acción directa de inconstitucionalidad admite la posibilidad del Peno del STF de modular los efectos de las decisiones en el ámbito del control abstracto de normas, permitiendo al Tribunal declarar la inconstitucionalidad de la norma: A) a partir de que la sentencia sea firme (declaración *ex nunc*); B) a partir de algún momento posterior a la decisión firme a ser fijado por el STF (declaración de inconstitucionalidad con eficacia pro futuro); C) sin la pronuncia de nulidad de la norma; y D) con efectos retroactivos, pero preservando determinadas situaciones.

366 Cabe decir que el inciso I del artículo 102 de la CRFB, al listar las competencias originarias de la Suprema Corte en dieciséis líneas, no incluyó la *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*. No obstante, el artículo 103, tras ampliar considerablemente el rol de los legitimados para proponer las acciones directas (es decir, los legitimados a iniciar el control en abstracto) hace expresa referencia a la declaración de inconstitucionalidad por omisión. Dicha ausencia en el art. 102 hizo que la doctrina brasileña se dividiera sobre la autonomía de la acción de inconstitucionalidad. Por nuestra parte no vemos ninguna imprecisión en el análisis sistemático de la Sección II, Capítulo III, Título IV de la CRFB. Entendemos que la *Ação Direta de Inconstitucionalidade* es el género del cual son especies distintas y autónomas la acción positiva y la omisiva. Tampoco nos parece una contradicción que el Legislativo (a través de sus *mesas-cf.* incisos II, III, y IV) posea la titularidad de la acción por omisión, ya que la omisión puede ser del Ejecutivo en cuanto a materias de su iniciativa exclusiva y también “*quanto à adoção de providência de índole administrativa*”. Cf. a propósito La Ley 12.063 de 27.10.09 que “*acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão*” y también la jurisprudencia del STF: **EMENTA: DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstenendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do**

fundamental<sup>367</sup> ADPF; y e) la representación interventiva-IF.

Además de crear mecanismos hasta entonces inexistentes en el derecho brasileño, la Constitución también amplió considerablemente la legitimación para proponer las referidas acciones declaratorias que, de acuerdo con el artículo 103, pueden ser propuestas por: I - el Presidente de la República; II - la Mesa del Senado Federal; III - la Mesa de la Cámara de los Diputados; IV - la Mesa de Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa de Distrito Federal; V - el Gobernador de Estado o de Distrito Federal; VI - el Procurador-General de la República; VII - el Consejo Federal del Orden de los Abogados de Brasil; VIII - partido político con representación en el Congreso Nacional; IX - confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional.

La expresiva ampliación de los mecanismos de control abstracto y de los legitimados para provocar la jurisdicción concentrada tuvo como consecuencia lógica la debilitación del control difuso, ya que tornó admisible que prácticamente todas las polémicas constitucionales fuesen solucionadas a través del control concentrado.

Una especie de control de constitucionalidad que ha ganado protagonismo en el escenario nacional brasileño se trata del control por omisión<sup>368</sup> (ya sea en el modelo concentrado o en el modelo difuso). Por eso nos parece importante dedicar algunas líneas a dicho tema, empezando por el control en abstracto y su evolución en el Derecho Constitucional brasileño.

---

*texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a **inconstitucionalidade por omissão**, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público". (ADI 1439 MC, de 22/05/1996).*

367 Se reglamentó el cuestionamiento (*arguição*) de incumplimiento de precepto fundamental para suplir en el ordenamiento jurídico brasileño algunas lagunas en el sistema de control concentrado de constitucionalidad, visando así la posibilidad de apreciación por el Supremo Tribunal Federal de algunas materias, como las normas pre-constitucionales y las normas municipales, que antes solo era posible por otras acciones de control difuso (ejemplos: Recurso Extraordinario y Reclamación). En el derecho comparado encontramos algunos tipos de institutos que sirven de parámetros a los autores brasileños para escribir sobre la *arguição* de incumplimiento de precepto fundamental. Los dos institutos más importantes son el recurso constitucional alemán y el recurso de amparo español. Sin embargo, no vislumbramos grandes semejanzas con tales institutos considerando que la *arguição* no se limita a los casos de afrenta a los derechos fundamentales, aunque éstos estén contenidos dentro de la amplia definición de “preceptos fundamentales” que les da la Constitución brasileña. Debemos añadir que tramita por la Cámara de los Diputados, proyecto de ley (PL 6543/06) ya aprobado por el Plenario el 04.08.2009, que permitirá que la acción sea propuesta por quienquiera que se sienta amenazado o lesionado por acto del poder público. Esta previsión constaba del proyecto que se transformó en la Ley 9.882/99, que reglamenta la acción por incumplimiento de precepto fundamental, pero fue vetada por el entonces presidente Fernando Henrique Cardoso. Con el veto, la posibilidad de proponer la acción se limitó a las mismas personas y órganos que pueden proponer acción directa de inconstitucionalidad, tales como el presidente de la República, el procurador-general de la República y entidades de clase de ámbito nacional, como el Orden de los Abogados de Brasil (OAB). No obstante, el proyecto determina que el STF solo juzgará los casos en los que si probar existir la repercusión (ESTA FRASE NO TIENE NINGÚN SENTIDO, TIENES QUE CONJUGAR BIEN LOS VERBOS) general de las cuestiones constitucionales levantadas - o sea, que interesen la todo el sociedad, y no apenas a las partes. Sin embargo, la comisión especial entiende que, con la reducción de la posibilidad de proponer la acción a los casos en los que el autor apruebe la repercusión general del asunto, con la ampliación del número de personas que podrán presentar las propuestas no habrá crecimiento en el número de procesos de ese tipo.

368 Hay que poner de manifiesto que pocos brasileños han profundizado tanto en el estudio del tema como el profesor español Francisco FERNÁNDEZ SEGADO en su obra *La justicia constitucional, una visión de derecho comparado*, Madrid: Dykinson, 2009, pp. 888-1101.

### 5.1.1 Sobre el Control de Inconstitucionalidad por omisión

Como se sabe, la Constitución portuguesa de 1911, por influencia de la brasileña de 1891, fue pionera en toda Europa al introducir en su cuerpo la previsión de un control (difuso) de constitucionalidad<sup>369</sup>. Asimismo, debemos mencionar que la CRP/76, además de la previsión del control de constitucionalidad por acción o actuación; fue también la pionera en prever expresamente la figura del control de **constitucionalidad por omisión** (aunque algunos entiendan que fuera por influencia de la Jurisprudencia Constitucional alemana e italiana<sup>370</sup> y por la Constitución de Yugoslavia del 1974).

La Constitución portuguesa de 1976, en la versión original, previó en el artículo 279 para los casos de verificación de omisión legislativa una **recomendación** dirigida por el Consejo de la Revolución a los órganos legislativos competentes, para que, en plazo razonable, supliesen la omisión elaborando las medidas legislativas pertinentes. Con la creación del Tribunal Constitucional, en la primera revisión de la Carta portuguesa, referida competencia ha sido a éste transferida en los términos del artículo 283 del texto revisado, que prevé lo siguiente:

*2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.*

Como es posible verificar, en ninguna de las dos hipótesis previstas por la CRP hubo un comando imperativo dirigido al legislador, de lo cual pudiera surgir el

369 Con respecto al tema cf. CASTRO E CAMARGO, Maria Auxiliadora. “A influência da Constituição da República Portuguesa de 1976 sobre a Constituição da República Federativa do Brasil”. En: PEGORARO, Lucio. (organizador) *I trent'anni della Costituzione portoghese. Originalità, recezioni, circolazione del modello. Os trinta anos da Constituição Portuguesa. Originalidade, circulação e recepção do modelo*. Bologna: Libreria Bonomo, 2006, pp. 181-231.

370 En el caso italiano, son bastante conocidas las “sentencias aditivas” que solucionaron el problema que se presenta cuando la inconstitucionalidad deriva de la ausencia de la norma, es decir, de la omisión del legislador, o bien cuando la remoción de una norma ilegítima requiere una doble actividad, de anulación y de integración, porque el vacío a ser instaurado sería tan inconstitucional como la norma que se quiere anular. En ese sentido, véase el muy bien elaborado artículo de TANIA GROPPPI, donde aclara que “Cuando a la corte se le requieren decisiones de este tipo, aditivas o sustitutivas, son frecuentes los pronunciamientos de inadmisibilidad por discrecionalidad del legislador (que se configuran como verdaderas declaraciones de inconstitucionalidad afirmada pero no declarada), en el sentido del artículo 28 de la ley número 87 de 1953, según el cual “el control de legitimidad de la Corte Constitucional sobre una ley o acto con valor de ley excluye toda valoración de naturaleza política o control sobre el uso del poder discrecional del Parlamento”. Con frecuencia tales decisiones son acompañadas de una admonición, es decir, de una invitación del legislador a proveer, privada desde luego de cualquier carácter vinculante. Con el fin de evitar la invasión de la esfera del legislador, la corte, desde los primeros años de su actividad, ha elegido la solución de adoptar pronunciamientos aditivos sólo cuando son “un remedio obligado” (Para esta expresión, véase CRISAFULLI, Vezio. *Lineamenti di diritto costituzionale*. Padua, vol. II, parte 2, 1984, p. 408.): es decir, solamente cuando alcanza a demostrar la presencia de una única solución constitucionalmente admisible, por lo cual la discrecionalidad del legislador no sería invadida por la sentencia sencillamente porque... no existiría. En caso contrario, frente por tanto a la presencia de una pluralidad de soluciones para colmar la laguna, la decisión es de inadmisibilidad.” - GROPPPI, Tania. “¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”. Traducción de Miguel Carbonell. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie Año XXXVI. Número 107 Mayo-Agosto. Año 2003, pp. 481-504. También disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/107/pr/pr0.pdf>, última fecha de consulta: 20.08.2009.

deber de elaborar la norma de su competencia. Dar el conocimiento al órgano legislativo competente no significa siquiera una amonestación para que el Legislativo supla la omisión, pues no vincula al legislador.

En Brasil, la influencia portuguesa ha sido muy sentida, teniendo en cuenta que el texto de la Constitución de 1988 es muy parecido al de la CRP/76, aunque la intención del Constituyente de 87/88 hubiera sido la de ampliar el alcance del control de inconstitucionalidad por omisión, como es posible observar en su trayectoria, registrada en los Anales de la ANC. Destaca que, justo antes de la instalación de la ANC, el Anteproyecto de la Comisión Afonso Arinos<sup>371</sup> ya preveía la competencia del STF para “**recomendar**”<sup>372</sup> al Poder competente la elaboración de norma para suplir la falta.

Ya el proyecto de Fábio Konder Comparato<sup>373</sup> poseía mayor alcance: preveía en el artículo 165 que si en el plazo de tres años contados de la promulgación de la Constitución eran editadas las normas necesarias para la aplicación de sus dispositivos, cualquier interesado -además del Ministerio Público- estaría legitimado a pedir del Poder Judicial la aplicación directa de los dispositivos a los casos concretos.

En los trabajos de la ANC verificamos la existencia de varias propuestas que, en el mismo sentido, también fijaban plazo (reducido a un año) para que fuesen editadas las medidas necesarias para tornar efectiva la norma constitucional, bajo pena de caracterizarse la inconstitucionalidad por omisión<sup>374</sup>. Otras varias propuestas posponían la fijación de plazo solamente para después de la declaración de la inconstitucionalidad por parte del Supremo Tribunal Federal<sup>375</sup>, que también debía fijar el plazo para que el Poder Competente supliese la omisión.

---

371 Al contrario de lo que ocurrió en Portugal en 1975, una de las características metodológicas que marcó la Constituyente de 1987 fue el inicio del proceso sin ningún texto básico preliminar, ya que el fuerte sentimiento democrático que dominó el país en la época de la elaboración de la Constitución no recomendaba que los Constituyentes se valiesen, al menos formalmente, de los estudios realizados por la Comisión de Estudios Constitucionales (instituida por fuerza de Decreto del Presidente Sarney) publicados en lo DOU de 26 de septiembre de 1986, que quedó conocido como **Anteproyecto Afonso Arinos**. Aún así, muchos otros estudios o proyectos doctrinarios también fueron divulgados por aquel entonces mereciendo destaque, entre otros de igual valor, los de: Fábio Konder Comparato: *Muda Brasil- Uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático*, 1987; Paulo Bonavides: *Política e Constituição*, 1985; Miguel Reale: *Como deverá ser a nova Constituição*, 1985; Dalmo de Abreu Dallari: *Constituição e Constituinte*, 1984; Oscar Dias Corrêa: *A Crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*, 1986 etc.

372 El verbo **recomendar** ha sido igualmente utilizado en las propuestas ofrecidas dentro das Comisiones Temáticas de la ANC que adoptaron esa misma redacción: *Vide* Enmiendas presentadas el 09.06.1987, por los Constituyentes JOSÉ CARLOS GRECCO del PMDB/SP (Enmienda 00118) y VIVALDO BARBOSA (Enmienda 00961) al Substitutivo do relator da Comissão, *in* Anales de la ANC, Fase “G”.

373 *Cf. Muda Brasil- Uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático*, 1987, *apud*: BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 5ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 167.

374 *Cf.* Enmienda: 00010 presentada el 09.06.1987 por el Constituyente Alfredo Campos DO PMDB/MG al Substitutivo del relator de la Comisión en: Anales de la ANC, Fase “G” acervo electrónico del Senado Federal: base histórica APEM, disponible en: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/>, última fecha de consulta: 03.11.2005.

375 O del Tribunal Constitucional en los términos de la propuesta del Constituyente NELTON FRIEDRICH, Enmienda 00547, en Anales de la ANC, Fase “G”, acervo electrónico del Senado Federal: base histórica APEM, disponible en: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/>, última fecha de consulta: 03.11.2005.

En el caso de que transcurriese el plazo sin que se hubiese suplido la omisión, varias fueron las sugerencias de los Constituyentes para solucionar el problema. Veamos algunas:

1) Propuestas de cierre de la pauta del Legislativo<sup>376</sup>, impidiendo la votación de cualquiera otra materia<sup>377</sup>:

*§ 2o. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de ato legislativo necessário à eficácia de norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal assinará prazo aos órgãos competentes para o seu suprimento.*

*§ 3o. Decorrido o prazo, sem que seja suprida a omissão, o Presidente do Supremo Tribunal Federal determinará ao Legislativo que aprove proposição a respeito, em noventa dias. Ultrapassado este prazo, nenhuma outra matéria poderá ser votada, antes que se ultime a aprovação do ato legislativo omitido.*

2) Propuestas estableciendo la iniciativa del STF para elaborar **Proyecto de Ley**, encaminándolos al Poder Legislativo<sup>378</sup>. Tales propuestas, sin embargo, no preveían la hipótesis de que referido **proyecto de ley** no fuese votado, o que una vez votado fuese rechazado por el Legislativo. Sus términos:

*§ 3o.- Sendo declarada a inconstitucionalidade por omissão fixar-se-à prazo para o legislativo supri-la; se este não o fizer, o Supremo Tribunal Federal encaminhará projeto de lei ao Congresso nacional disciplinando a matéria.*

3) Propuestas que preveían la elaboración, por el Judicialio, de **Resolución, con fuerza de ley**<sup>379</sup>:

*§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade, por omissão, de medida para tornar efetiva norma constitucional, será assinado prazo ao órgão do poder competente, para a adoção das providências necessárias, sob pena de responsabilidade e suprimento pelo Supremo Tribunal Federal.*

*§ 3º - Decorrido o prazo aludido no parágrafo anterior sem que seja sanada a omissão, poderá o Supremo Tribunal Federal editar resolução, a qual, com força de lei, vigorará supletivamente.*

Ésta fue la redacción que prevaleció en la Comisión de Sistematización en el Anteproyecto y en el primero Sustitutivo del Relator (fase "F"), que preveía en el art. 149:

376 Como ocurre hoy con las *Medidas Provisórias* no apreciadas en el plazo por el Congreso.

377 Cf. Enmienda ES33098, presentada por el Constituyente EGÍDIO FERREIRA LIMA del PMDB-PE. El 05.09.1987 al primero substitutivo do relator. In Anales de la ANC, vol. 239, p. 3009. En el mismo sentido: Enmienda 2P01847, presentada el 13.01.1988 por el Constituyente ROBERTO BRANDI del PMDB-MG en Plenario.

378 Redacción del artículo 16, del Anteproyecto de la Comisión III: COMISSÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES E SISTEMA DE GOVERNO, SUBCOMISSÃO DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Fase "H". acervo electrónico del Senado Federal: base histórica APEM, disponible en: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/>, última fecha de consulta: 03.11.2005. Cf. también, Enmienda ES30322 presentada el 04.09.87 por el Constituyente PLÍNIO ARRUDA SAMPAIO do PT/SP en Anales de la ANC v. 238, p. 2316.

379 Cf. Enmienda 00729 presentada el 09.06.1987 por el Constituyente CARLOS SANT'ANNA del PMDB-BA al *Substitutivo do Relator da Comissão*, Fase "G", aprobada parcialmente como consta en el texto del Anteproyecto de la comisión III COMISSÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES E SISTEMA DE GOVERNO, Fase "H" acervo electrónico del Senado Federal: base histórica APEM, disponible en: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/>, última fecha de consulta: 03.11.2005. La Enmienda sugería la competencia del STF para fijar los límites y la extensión de los efectos que advinieran de la declaración.

*§ 4º - Nos casos de inconstitucionalidade por inexistência ou omissão de atos de administração, se o Poder Público demonstrar, comprovadamente, a atual impossibilidade da prestação, o Tribunal consignará prazo máximo para que se estabeleçam os programas indispensáveis à eliminação dos obstáculos ao cumprimento do preceito constitucional.*

Asimismo, se registra la existencia de otras propuestas, según las cuales la fijación del plazo para suplir la omisión se quedaba a cargo del propio Poder competente<sup>380</sup>, cabiendo al STF apenas **dar ciencia** de la omisión. Sin embargo, el texto aprobado no acogió ninguna de esas propuestas.

En el 1º Turno de votación<sup>381</sup>, el Plenario aprobó la Enmienda del Constituyente Bonifácio de Andrada del PMDB/MG, que modificó el Proyecto argumentando que al STF cabría apenas **comunicar** al Poder Legislativo el “*problema para que este, com sua responsabilidade pudesse resolvê-lo*”

En lo que se refiere al Poder Ejecutivo, argumentaba lo siguiente:

*Agora, no que diz respeito aos órgãos administrativos, o Supremo de fato, pode exigir, dentro de 30 dias, que seja cumprida a exigência e superada a omissão constitucional.*

Asimismo, justificaba:

*Quer dizer, nossa Emenda visa a dar ao texto constitucional um relacionamento melhor entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo.*

Vencieron tales argumentos, tal como se verifica de la redacción del § 2º del artículo 103 de la Carta brasileña:

*§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.*

Es cierto que en el dispositivo hay un avance comparado con el artículo 283 de la Carta portuguesa, que solo admite la comunicación del órgano legislativo, mientras que la Carta brasileña prevé, también, la hipótesis de ciencia a órgano

---

380 Es el que consta de la Enmienda 30.655 del Constituyente RENATO VIANNA del o PMDB/SC presentada el 04.09.1987: § 2o. - Declarada la inconstitucionalidad por omisión de medida para tornar efectiva norma constitucional será dado ciencia al órgano competente, que fijará plazo para este adoptar las providencias que necesarias. Justificaba la propuesta de modificación del Substitutivo del relator que entendía ser “*embarazosa*” (Vide Anales de la ANC, vol. 238, p. 2393). Este, a su vez, rechazó la propuesta, aunque afirmase haber repensado el texto impugnado corrigiendo las imperfecciones apuntadas.

381 Vide 336ª votación in DANC de 27.01.1988, p. 1806 y siguientes, cuya votación del Destaque 6331-87 a la Enmienda 2P 32434 modificó el § 2º del art. 122 del Substitutivo nº 2 do Relator. En Plenario el Constituyente defendió el argumento de que era “chocante” y “conflitante” que el STF pudiese imponer al Poder Legislativo una “*obrigação de fazer*”.

administrativo<sup>382</sup>, permitiendo una futura responsabilización caso la omisión permanezca<sup>383</sup>.

Sin embargo, la doctrina siempre se manifestó en el sentido de una acción más efectiva del STF:

*A mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais<sup>384</sup>.*

Por su parte, la actuación de la Suprema Corte tras la promulgación de la nueva Carta ha sido muy cautelosa y los fallos en las acciones directas de inconstitucionalidad por omisión se resumían solo a la comunicación:

*A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente. (STF- ADIn 1.439/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 30/05/2003).*

No obstante, el Legislativo brasileño, mismo cliente de su mora, no se preocupó por cumplir con su obligación de legislar de forma a suplir la omisión declarada por la Suprema Corte. En la página Web del STF<sup>385</sup> verificamos que el Legislativo no disciplinó materias que desde 1992 han sido declaradas, por Corte Suprema, en mora legislativa. La persistente mora legislativa hizo que el Supremo cambiara de actitud hacia el Legislativo recalcitrante, pasando, entonces, a fijar plazos para la elaboración de la norma de su competencia<sup>386</sup>.

382 No se trata, sin embargo, de omisión en la práctica de acto administrativo conforme decidió el Supremo: *“A ação direta de inconstitucionalidade por omissão e que trata o parágrafo 2º do art. 103 da nova CF, não é de ser proposta para que seja praticado determinado ato administrativo em concreto, mas sim, visa que seja expedido ato normativo que se torne necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado.”* (ADIn 19/AI, rel. Min. ALDIR PASSARINHO, publicado no DJU de 14.08.1989, p. 5456).

383 En lo que dice respecto a la legitimidad activa para proponer las acciones directas, la Carta brasileña admite un rol mayor que la Carta portuguesa, que apenas acoge petición del Presidente de la República, del Provedor de Justicia o de los Presidentes de las Asambleas Legislativas regionales. Por su parte, la Constitución brasileña, además conferir legitimidad al Presidente de la República y al Procurador –General de la República, admite también: la Mesa del Senado Federal, Mesa de la Cámara de los Diputados, Mesa de Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa de Distrito Federal, Gobernador de Estado o de Distrito Federal, Consejo Federal del Orden de los Abogados de Brasil, partidos políticos con representación en el Congreso Nacional y confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional. El ciudadano no fue autorizado a denunciar omisión a través de acción directa en el control concentrado dirigido a la defensa integral del texto constitucional (se anota que existieron algunas propuestas que incluían el ciudadano, bien como personas jurídicas de derecho privado, pero siempre y cuando sufriese violación de derecho, por inercia del Poder Público - Cf. Enmienda 00160 del Constituyente SAULO QUEIROZ do PFL-MS presentada el 01.05.1987).

384 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17ª ed. rev. e atualizada. Malheiros: São Paulo, 2000, p.50.

385 Cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>, acceso el 06.07.09.

386 En cierta medida, la fijación de plazo por parte del STF puede ser comparada a las **sentencias aditivas**



Así la cosas, el STF, por unanimidad, juzgó procedente pedido formulado en acción directa de inconstitucionalidad por omisión, ajuiciada por la Asamblea Legislativa del Estado de *Mato Grosso*, para reconocer la mora del Congreso Nacional en elaborar la *lei complementar federal* a que se refiere el § 4º del art. 18 de la CRFB (con la redacción dada por la EC 15/1996), que establece que la creación, la incorporación, la fusión y el desmembramiento de Municipios se hará por *lei estadual*, pero dentro del período determinado por la *Lei Complementar Federal*, teniendo en cuenta que esta no existía y por consecuencia tampoco existía período determinado dentro del cual fuera posible elaborar la *lei estadual*.

De esta forma, el *Legislativo Estadual* alegó que estaba prohibido legislar en materia de su competencia una vez que el Congreso Nacional no había dictado Ley complementaria estableciendo el período de tiempo en el cual podría legislar. Por esta razón, el Estado de Mato Grosso, en franco desarrollo, sufría perjuicios una vez que se veía impedido a emancipar muchas comunidades que atendían a todos los requisitos para se tornasen municipios. El fallo del Tribunal, además de reconocer la mora legislativa superior a una década, por mayoría, estableció el plazo de 18 meses para que el Poder Competente adoptara todas las providencias legislativas al cumplimiento de la referida norma constitucional. Véase el texto de la *ementa*:

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. **Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n****

**de principios** del Derecho Constitucional Corte italiano, donde en la motivación de estas sentencias la corte indica el plazo dentro del cual el legislador debe intervenir. La diferencia fundamental entre las decisiones del STF y referidas sentencias reside en el hecho de que dentro del plazo fijado el STF no estableció ningún “principio” de orientación a la conducta de legislador. Para más detalles sobre el contenido de referidas sentencias en Italia, véanse núms. 185/1998, 26/1999, 32/1999, 61/1999; 179/1999, 270/1999 y 526/2000; véase Amoroso G., Groppi T., Parodi G. *Anuario di giurisprudenza costituzionale*, Milán: Giuffrè, 1998, 1999, 1999 y 2000.

°s 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.

#### DECISÃO

O Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa do Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. **Por unanimidade, o Tribunal julgou procedente ação para reconhecer a mora do Congresso Nacional, e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 (dezoito) meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da norma constitucional imposta pelo artigo 18, § 4º, da Constituição Federal, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que não fixavam prazo.**

Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 09.05.2007.

(ADO 3682, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-02 PP-00277 RTJ VOL-00202-02 PP-00583)

Por su importancia, merece la pena transcribir trechos del voto del Ministro Relator, Gilmar Mendes:

*... apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4.º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A **inertia deliberandi** das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4.º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal".(...) "Assim sendo, voto no sentido de declarar o estado de mora do Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, §4, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerada pela omissão<sup>387</sup>.*

Se nota el carácter progresista<sup>388</sup> y poco tolerante con la eternizable mora del

387 Como podemos deducir del fallo, la decisión no ha sido unánime en el punto que establecía plazo. En el voto vencido, el Ministro Marco Aurélio registró su coincidencia con la antigua orientación de la Corte: *"penso que a constituição contempla dualidade. Em se tratando de omissão de autoridade administrativa, é possível fixar-se o prazo de 30 dias para a pratica do ato, não ocorrendo o mesmo em relação ao Poder Legislativo"*.

388 Esta novedosa y visible percepción activista de la Corte brasileña con decisiones destinadas a acabar con la mora del legislativo, orientada para una visión progresista de los intérpretes de la Carta Mayor, también se está utilizando en el *"mandado de injunção"*, que visa a suplir la falta de norma reglamentaria siempre que se torne inviable el ejercicio de derechos y libertades individuales, especialmente los relativos a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía, y se verifique el compromiso del Poder Legislativo que siendo omiso llevaría el Poder Judicial a suplir la demanda. En ese sentido, el fundamento del voto del Min. Gilmar Mendes en el citado fallo: *"o princípio do Estado de Direito (art. 1.º), a cláusula que assegura a imediata aplicação dos direitos fundamentais (art. 5.º, § 1.º) e o disposto no art. 5.º, LXXI, que, ao conceder o mandado de injunção para garantir os direitos e liberdades constitucionais, impõe ao legislador o dever de agir para a concretização desses direitos, exigem ação imediata para eliminar o estado de inconstitucionalidade"* (ADO 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 09.05.2007, DJ, 06.09.2007). Ya en el MI 708: *"... ênfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle*

Congreso Nacional. La noticia ha sido bien recibida por gran parte de los publicistas, a pesar de que la decisión de la Corte, como era de esperar, causó un cierto “enfrentamiento” entre Poder Judicial y Legislativo que hasta hoy no ha elaborado referida norma, porque entiende que no está obligado a hacerlo. Dicho enfrentamiento no llega a ser preocupante, pero no deja de provocar cierto “malestar”<sup>389</sup>.

Al alejarse de la orientación antes perfilada, cuyas decisiones producían solamente efectos “declaratorios”, y pasando a dictar fallos dotados de “*eficácia mandamental*”<sup>390</sup>, el STF provoca la crítica de que se estaría entrometiendo inoportunamente en el Legislativo y, por ende, de que estaría practicando un “*ativismo judicial*” que ofende al Estado Democrático de Derecho.

El entonces Presidente del STF, el Ministro Gilmar Mendes, rebatió las críticas afirmando que:

*O Supremo não está participativo demais nem participativo de menos. Está participativo na forma adequada, Agora, eu diria, em caso de omissão constitucional sistêmica, recalcitrante, o tribunal tem que assumir uma posição ativa ou mais enfática.*<sup>391</sup>

Está reconocido, incluso por ministros de la propia Corte<sup>392</sup> que forman parte del STF, que se ha asumido una posición *activista*, y las razones, según

---

*judicial sobre a atividade do legislador; é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do legislativo*". No obstante, el *mandado de injunção* es un tema que trataremos a continuación.

389 Sin embargo, dicha situación instaurada ya se nota saldo positivo. Actualmente, tramita en la Cámara el Proyecto de Resolución (PRC) 153/09, del diputado Flávio Dino (PCdoB-MA), que define las medidas que deben ser tomadas por la Cámara después de que el Supremo Tribunal Federal (STF) reconozca la inconstitucionalidad por omisión. La propuesta que altera el Regimiento Interno de la Casa está justificada por su autor bajo el argumento de que es necesario crear un diálogo institucional entre la Cámara y la Corte Suprema y agilizar la reglamentación de la Constitución. Destaca que la demora de la Cámara en reglamentar dispositivos constitucionales ha llevado al STF a actuar como un "legislador positivo", depreciando el papel del Legislativo. (Noticia extraída del sitio de la Cámara de los Diputados [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br), última fecha de consulta: 23.06.09).

390 Antes, la doctrina ya admitía “efectos mandamentales”, pero en relación al Ejecutivo. Sobre el tema, CARRAZZA afirmaba que la procedencia del pedido en acciones directas de inconstitucionalidad por omisión surte efectos “básicamente”, pero no “exclusivamente declaratorios”, ya que con relación al Ejecutivo hay una “*eficácia mandamental media*”, pues le concita a practicar el acto bajo pena de responsabilidad. En relación al Legislativo, produciría *eficácia mandamental mínima*, ya que, como vemos, aunque no lo obligue a editar la ley, testifica públicamente su omisión, aplicándole una sanción de naturaleza política. Para CARRAZZA, sin embargo, siempre que lo Legislativo resulte omiso, incluso después de haber sido comunicado de la mora por el STF, la cuestión podrá ser resuelta en pérdidas y daños, con fundamento en la inercia del Poder Público (Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 259-231)

391 “Para Mendes, STF está ‘participativo na forma adequada’” noticia extraída del periódico *O Estadão* (versión *on line*) de 23 de marzo de 2009, Disponible en: [http://www.estadao.com.br/nacional/not\\_nac343412.0.htm](http://www.estadao.com.br/nacional/not_nac343412.0.htm).

392 Al discursar en la toma de posesión del actual Ministro del STF (23.04.2008), el Ministro Celso Mello rebatió las censuras realizadas en contra del “activismo” del STF de forma taxativa: “*Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.*” (Cf. [http://www.direitodoestado.com/noticias/noticias\\_detail.asp?cod=5909](http://www.direitodoestado.com/noticias/noticias_detail.asp?cod=5909), última fecha de consulta: 24.04.2008.

BARROSO<sup>393</sup>, serían al menos dos: (a) nueva composición del STF (por Ministros bastantes preocupados con la concretización de los valores y principios constitucionales) y (b) crisis de funcionalidad del Poder Legislativo (que estimula tanto la emisión de Medidas Provisorias por el Ejecutivo como el activismo judicial del Judiciario).

Todo poder, cuando no ejercido (o cuando no es bien ejercido), deja un vacío que debe ser rellenado. Los Poderes Legislativo y Ejecutivo, que están a frente del proceso democrático y de la representatividad popular, están sufriendo notablemente una crisis de legitimidad. Así, el Poder Judicial en Brasil ha rellenado el vacío dejado por el Legislativo (y aún por el Ejecutivo) en los casos de omisión constitucional. Además de la función propiamente jurisdiccional, el STF pasó a ocupar una posición en el sistema gubernativo del país al ser llamado para garantizar a los ciudadanos los derechos conferidos por la Constitución y que todavía no habían sido reglamentados por el Poder competente. Se aprecia, no obstante, que el Poder Judicial no actúa de oficio, hecho que por sí solo muestra que la actitud activista se ha dado más en virtud de la inercia de los demás Poderes en lugar de caracterizar un fuerte intervencionismo del Poder Judicial, como acusan algunos.

## 5.2. LOS INSTRUMENTOS DEL CONTROL DIFUSO

Al igual que el modelo norteamericano, hay un amplio poder conferido a los jueces para el ejercicio del control de la constitucionalidad de los actos del poder público, permitiendo que cualquier juez o tribunal declare la inconstitucionalidad de leyes o actos normativos sin que exista restricción en cuanto al tipo de proceso.

En el ámbito del control difuso, antes de la Constitución de 1988, la estrella del STF era el Recurso Extraordinario<sup>394</sup>. Además de ser el instrumento más importante entre las competencias de la Corte, era también el remedio constitucional más utilizado en la fiscalización de constitucionalidad concreta. Sin embargo, el Recurso Extraordinario se convirtió, en los días actuales, en el mayor problema del STF en razón de la cantidad de procesos de esta naturaleza<sup>395</sup>.

Procurando limitar la interposición de los Recursos Extraordinarios y reducir dramáticamente el volumen numérico de procesos que llegan a la Corte (así como limitar el objeto de los juicios a cuestiones constitucionales de índole objetiva), la Enmienda Constitucional 45/2004 creó una especie de “reductor” de dichos recursos que denominó “*Repercussão Geral*”. El nuevo instituto permite al STF dejar de apreciar recursos que no tengan mayores implicaciones para el conjunto de la sociedad.

393 Cf. BARROSO, Luis Carlos. En: publicación en el periódico *O Globo* de 22.03.09, p. 4.

394 Inspirado en el *writ of error* norte-americano, el Recurso Extraordinario puede ser interpuesto por la parte vencida, en el caso de ofensa directa a la Constitución, declaración de inconstitucionalidad de tratado o ley federal o declaración de constitucionalidad de ley estatal expresamente impugnada en faz de la Constitución Federal o cuando la decisión recurrida juzgue válida ley o acto de gobierno local en faz de la Constitución (Cf. art. 102, III/CRFB).

395 Según se extrae de las estadísticas en Internet, solo en el año 2008 el Supremo Tribunal Federal juzgó 45.136 Recursos Extraordinarios; en el 2007 juzgó 73.258 y en el 2006 juzgó 45.588 (Cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>, última fecha de consulta: 05.08.2009).

Con el filtrador, la Corte pasa a analizar únicamente procesos que sean de reconocida relevancia social, económica, política o jurídica<sup>396</sup>. Al mismo tiempo, determina que las demás instancias judiciales observen el entendimiento de la Suprema Corte, evitando el encaminamiento de millares de procesos idénticos al STF<sup>397</sup>.

Todos los recursos extraordinarios que llegan al STF deben contener una preliminar de Repercusión General. La ausencia de dicho presupuesto puede llevar al rechazo del recurso por la Corte. En votación electrónica, los ministros analizan si la causa traída al STF posee los requisitos de la repercusión general: relevancia social, económica, política o jurídica. Son necesarios ocho votos, por lo menos, para reconocer la Repercusión General a un recurso extraordinario.

La adopción de ese nuevo instituto deberá resaltar el aspecto objetivo del recurso extraordinario. Según entienden algunos, la nueva exigencia de la repercusión general en el recurso extraordinario abre prometedoras perspectivas para la jurisdicción constitucional en Brasil, especialmente en cuanto a la asunción por el Supremo Tribunal Federal del típico papel de un verdadero Tribunal Constitucional.

Ahora bien, el alargamiento del control concentrado no impidió que la Constitución de 1988 también previese otras acciones constitucionales típicas del control concreto<sup>398</sup>. Sin embargo, al contrario de otros modelos del derecho comparado, el sistema brasileño no reserva a un único tipo de acción o de recurso la función primordial de protección de derechos fundamentales. No obstante, todas las acciones constitucionales cumplen esta finalidad, mereciendo destacarse: a) el ***habeas corpus***, cuya influencia es atribuida a los *writs* del derecho inglés, incorporada en la Constitución de 1981; b) el ***mandado de segurança***, invención típicamente brasileña inspirada en el juicio de amparo<sup>399</sup> *introducido por la Constitución de 1934*; c) el ***mandado de segurança coletivo***, novedad traída por la Constitución de 1988; d) el ***habeas data***, cuyos orígenes se remontan a la legislación ordinaria en Estados Unidos de América del Norte, más precisamente en el *Freedom of Information Act. 1974*, alterado por el *Freedom of Information Reform*

396 Habrá también repercusión general siempre que el recurso impugne decisión contraria a *súmula* o jurisprudencia dominante del Tribunal. Si el Tribunal niega la existencia de la repercusión general, la decisión valdrá para todos los recursos sobre materia idéntica, quiénes serán rechazados liminarmente.

397 Para evitar la avalancha de procesos que llega al Supremo Tribunal sobre el mismo tema, los Tribunales de origen podrán seleccionar uno o más recursos representativos de la controversia y encaminarlos – solamente éstos – al Supremo Tribunal Federal, suspendiendo los demás. Negada la existencia de repercusión general, los recursos suspendidos serán considerados automáticamente no admitidos. Por otro lado, declarada la existencia de la repercusión general y así juzgado el mérito del recurso extraordinario, los recursos suspendidos serán apreciados por los Tribunales de origen, que podrán declararlos perjudicados o retractarse (Cf. Ley 11.418/04). Aún buscando agilizar el procedimiento la legislación, pasó a permitir la utilización de medios electrónicos para encaminar los Recursos Extraordinarios al STF de manera virtual (e-RE), eliminando las etapas físicas burocráticas. La tecnología conocida como e-STF es un medio electrónico de tramitación de procesos judiciales, comunicación de actos y transmisión peticiones procesales instituido por la Resolución nº 344, del 25 de mayo de 2007, en los términos previstos en la Ley nº 11.419, de 19 de diciembre de 2006. (Cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estf&pagina=WSProcessoEletronico>).

398 Aunque también puedan ser de competencia originaria del STF en los casos que prevé el artículo 102, I/CRFB.

399 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e responsabilidades da Constituição Brasileira*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 188.

*Act de 1978*<sup>400</sup>; e) la **acción popular** implantada por la Constitución de 1934, cuya inspiración se remonta al Derecho Romano; y f) el **mandado de injunção**, cuyo origen más remoto se encuentra en las *injunctio* del derecho anglosajón y, más recientemente, en el *mandado de segurança* brasileño y en el instituto de la inconstitucionalidad por omisión del derecho portugués (Constitución Portuguesa, art. 283)<sup>401</sup>. Se trata de un instrumento para combatir la inconstitucionalidad por omisión en el sistema difuso-concreto con efectos *inter partes*.

### 5.2.1. Control Colectivo de la Constitucionalidad

El nuevo orden constitucional, instaurado con la Constitución de 1988, permitió el **control colectivo de la constitucionalidad** mediante acción civil pública<sup>402</sup>. En ese sentido, el STF entendió que es legítima la utilización de la acción civil pública como instrumento de fiscalización incidental de constitucionalidad, por la vía difusa, de cualesquiera leyes o actos del Poder Público, desde que la controversia constitucional no se identifique como objeto único de la demanda, pero sí como simple cuestión prejudicial indispensable a la resolución del litigio principal<sup>403</sup>. No obstante, se resalta que en las acciones colectivas la sentencia podrá hacer cosa juzgada *erga omnes* y *ultra partes*<sup>404</sup>. De esta forma, no es posible

400 El *habeas data* fue insertado en la Constitución de 1988, en el artículo 5º, LXXII, para asegurar al ciudadano "garantía de acceso a informaciones de carácter personal, registradas en órganos del Estado", pudiendo el interesado rectificar tales informes. La inclusión de este instituto constitucional en la Carta Magna brasileña fue por sugerencia del Profesor José Afonso da Silva en la Comisión Provisoria de Estudios Constitucionales, y posteriormente formalizada a través de propuesta por el entonces Senador Mário Covas, que quedó como su autor legislativo. Otros países también poseen instrumentos semejantes, tales como Portugal (art. 35), España (art. 105, "b"), Gran Bretaña (*Official Secrets Act*) y EEUU (*Freedom Of Information Act*).

401 No obstante, algunos entienden que la acción es una invención brasileña. Así: "*A origem do mandado de injunção, apesar de alguns autores atribuírem sua inspiração no writ of injunction do direito inglês, que foi posteriormente incorporado ao direito norte-americano, é, na verdade, uma criação nacional, que merece uma maior atenção por parte dos estudiosos do tema e aplicadores do direito. A injunction inglesa não tem a finalidade de suprir omissões inconstitucionais, haja vista que seu sistema normativo não permite, pois não há supremacia formal constitucional. A mesma expressão utilizada no direito constitucional norte-americano visa obstar a interferência do poder público na ordem privada, ou seja, é uma ordem judicial dirigida à abstenção de fazer ou de continuar a fazer algo causador de dano irreparável. Manifesta, assim, a distinção de objetivos do injunction e do mandado de injunção, uma vez que este propicia o exercício de direitos constitucionais inviabilizados por falta de regulamentação. Situação semelhante é a do injuncione do direito italiano, que está inserido no regime processual como instituto voltado à decisão condenatória mais célere do que o estabelecido para o procedimento ordinário*" (letra en negrita destacada expresamente para el presente documento). MACHADO CAMPINHO, Lúcio. *Efetividade constitucional via mandado de injunção*. En: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/LucioCampinho.pdf>.

402 El paradigma aquí es norteamericano, encontrado en la *Class Action*. En Brasil, la Constitución en el art. 129, III de la CRFB establece que es función institucional del Ministerio Público "*promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*". Pero el párrafo 1º aclara que "*a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei*". Así, la Ley 7.374/85 ya legitimaba la *Defensoria Pública* para proponer la Acción. Ya con la edición de la Ley nº 11.448, de 2007, se incluyeron entre los legitimados los entes federativos; las asociaciones; las autarquías, sociedades de economía mixtas, fundaciones y empresas públicas (Cf. art. 5º de la Ley 7.374/85).

403 STF/RE 424993/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 12.9.2007.

404 Conforme dispuesto en el Código de Defensa del Consumidor (artículo 103 c/c art. 81) y en la Ley 7.347/85 que disciplina la acción civil pública, se puede concluir que en las acciones colectivas que envuelvan

negar que, aunque tratándose de control difuso, la naturaleza de la sentencia atiende más a los propósitos del control concentrado<sup>405</sup>.

Otra acción colectiva importante introducida por la Constitución de 1988 es el *mandado de segurança* colectivo previsto en el art. 5º, LXX que permite su utilización por los Partidos Políticos<sup>406</sup> y organizaciones sindicales o de clase, que pueden postular en favor de sus miembros o asociados, no careciendo de autorización especial para su ejercicio<sup>407</sup>. Aun tratándose de acción colectiva, los efectos de la sentencia pueden trascender el proceso donde fue proferida. El *mandado de segurança* colectivo es una derivación del *mandado de segurança individual* de creación genuinamente brasileña.

### 5.2.2. Mandado de Segurança individual

El *mandado de segurança* (individual) fue el primer instrumento que, en el derecho constitucional brasileño, permitió el cuestionamiento de inconstitucionalidad de actos de autoridad pública. Su creación por el artículo 113, párrafo 33 de la Constitución de 1934, dio margen a la intensificación del control de conformidad de la ley con la Constitución al vincular su concesión a la “defensa de derecho cierto e incontestable, amenazado o violado por acto **manifiestamente inconstitucional** o ilegal de cualquier autoridad”.

La doctrina comparatista, al buscar las raíces del *mandado de segurança*, afirma que se trata de “un instituto que se asemeja al *mandamus* de los ingleses, al *writ* de Estados Unidos y al juicio de amparo del México”<sup>408</sup>. Sin embargo, parece ser

---

intereses o derechos difusos, o intereses o derechos individuales homogéneos, la cosa juzgada tendrá efecto *erga omnes*; ya en las acciones colectivas que envuelvan intereses o derechos colectivos, la cosa juzgada tendrá efecto *ultra partes*, abarcando a todos los miembros de la colectividad o de determinado grupo que se encuentran frente a la misma situación jurídica.

405 Se observa, también, que en la acción civil pública, la eficacia *erga omnes* de la cosa juzgada material no alcanza la cuestión prejudicial de la inconstitucionalidad (la alegación de inconstitucionalidad no es el objeto de la acción, pero sí la *causa de pedir*). Las acciones colectivas pueden ser de ámbito nacional, regional o local, conforme a la extensión y la indivisibilidad del daño o amenaza de daño. En la acción directa, la declaración de inconstitucionalidad hace cosa juzgada material *erga omnes* en el ámbito de vigencia espacial de la ley o acto normativo impugnado (nacional o estatal). Además, las acciones civiles públicas están sujetas a toda la cadena recursal prevista en las leyes procesales, donde se incluye el Recurso Extraordinario para el Supremo Tribunal Federal, mientras que las acciones directas son juzgadas en grado único de jurisdicción (Cf. STF - RCL n.º 1733, disponible en el informativo del STF n.º 212, que puede consultarse en: <http://www.stf.gov.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=RCL%20602&numero=212&pagina=3&base=INFO> ).

406 En lo que se refiere a los Partidos Políticos, no solo la legitimación para proponer el *mandado de segurança* colectivo, sino también la legitimación para proponer la acción directa (esta restringida apenas a los Partidos con representación en el Congreso Nacional), reafirma la idea de defensa de las minorías, considerando que permite la *arguição* de inconstitucionalidad incluso a las menores fracciones parlamentares (Cf., a propósito, FERREIRA MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional: O controle abstrato no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 90.).

407 En ese sentido, el STF decidió que “*Na disciplina constitucional do mandado de segurança coletivo, inconfundível com a relativa à ação direta de inconstitucionalidade, não se tem, quanto à legitimação ativa, a exigência de tratar-se de entidade de classe que congregue categoria única. Constatada a abrangência, a ponto de alcançar os titulares do direito substancial em questão, mister é concluir pela configuração de hipótese ensejadora da substituição processual que distingue a espécie de mandado de segurança que é o coletivo.*” (Cf. STF, RMS 21.514, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento el 27-4-93, DJ de 18-6-93).

408 PICANÇO, Melchiades. *Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1937, p. 21.

el juicio de amparo mejicano el que, con las debidas adaptaciones, en verdad es la fuente más próxima del remedio constitucional brasileño<sup>409</sup>, cuya construcción tuvo como base la experiencia mejicana.

Observamos que, desde la década del 20 del siglo XX, los juristas brasileños ya reivindicaban la creación de un instrumento jurídico en los moldes del amparo mejicano. Esa reivindicación fue exteriorizada en el Congreso Jurídico de 1922, Sección de Derecho Judicial, presidida por el Ministro Muniz Barreto, de la Suprema Corte, que en aquella ocasión afirmó que lo que necesitaba Brasil era:

...un instituto semejante al recurso de amparo, creado en México, con procedimiento todavía más sumario, y que comprenda tanto el agravio al derecho, que provenga de la autoridad pública, como del proveniente del acto privado<sup>410</sup>.

Sin embargo, a diferencia del amparo mejicano, el *Mandado de Segurança* visó la protección apenas contra los actos de autoridad pública (o a ella equiparadas<sup>411</sup>). La principal semejanza entre los dos institutos era entonces la de ser un instrumento para combatir leyes inconstitucionales, manifestándose como una forma de impugnación de los actos inconstitucionales o ilegales<sup>412</sup>.

En los términos del artículo 107 (c/c artículo 103) de la Constitución mejicana de 1917, las bases de reglamentación del *juicio de amparo* ratificadas por la Ley de Amparo influenciaron mucho el procedimiento del *mandado de segurança* brasileño. Esa influencia se sintió principalmente en la vigencia de la Constitución de 1946, cuando fue restaurado el Estado de Derecho, ultrajado por la Carta institucional de 1937. Fue en 1951 cuando se editó la Ley del *Mandado de Segurança*<sup>413</sup>, cuyo procedimiento, en ella previsto, guarda semejanza con las bases orgánicas establecidas en el artículo 107 de la Constitución mejicana.

Actualmente, el amparo mejicano guarda diferencias procedimentales importantes con relación al *mandado de segurança* brasileño. Sin embargo, el *mandado de segurança*, tal como hoy lo conocemos, solamente tiene lugar en razón de la influencia extraída de la experiencia mejicana. Todavía no se desprecia que los

409 Cf. OTHON SIDOU, José Maria. *Do mandado de segurança: sua gênese - sua posição no quadro jurídico brasileiro - seu novo processo*. Recife: Cambio, 1952.

410 Apud: OTHON SIDOU, José Maria. "Habeas corpus", *mandado de segurança, mandado de injunção, "habeas data", ação popular - As garantias ativas dos direitos coletivos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 129. Aun: CASTRO NUNES, José de. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980 (edição atualizada por José de Aguiar Dias), p. 2-3.

411 La construcción jurisprudencial es, en el sentido de permitirse la interposición contra el acto practicado por autoridad, en el ejercicio de competencia delegada (*Súmula 510/STF*).

412 El juicio de amparo presenta funciones de: I. Instrumento protector de derechos fundamentales; II. Medio de combatir leyes inconstitucionales; III. Recurso de casación; IV. Forma de impugnación de los actos de la administración activa.

413 En su origen, el *mandado de segurança* fue conferido en el mismo proceso del *habeas corpus*. Así, tan pronto fue *promulgada* la Carta de 1934, los tribunales empezaron a procesar las acciones mandamentales aunque la ley que regulaba su procedimiento fuese editada apenas un año y medio después de la Constitución (Ley 191). En la vigencia de la Constitución de 1937 -que no previó el *mandado de segurança*- la ley infraconstitucional excluía de la apreciación judicial los actos practicados por el Presidente de la República, ministros de Estado, Gobernadores, e Interventores. En este sentido, en 1939 fue editado el Código de Proceso Civil que regulaba el *mandado de segurança* como uno de los procesos especiales. Ya la Constitución de 1946 definió el *mandado de segurança* por exclusión del *habeas corpus* para abarcar los casos que no pudiesen ser protegidos por este. Esa exclusión permaneció en el texto de 1988, que también añadió el *habeas data* como hipótesis de exclusión del *mandado de segurança* (art. 5º inciso LXIX).



anglosajones<sup>414</sup> con sus *writ's* también contribuyeron a la creación y perfeccionamiento de un sistema que visase la restricción o el impedimento de la practica de actos, por el ente público, que fuesen violadores de los derechos del ciudadano.

En el sistema constitucional de 1988, el *mandado de segurança* es uno de los instrumentos más eficaces para alejar los efectos concretos de la ley inconstitucional. Aunque no sea admitida su interposición contra ley en tesis (súmula 166/STF), la doctrina entiende que “la edición de nueva legislación tributaria trae en sí la presunción de que la autoridad competente irá a aplicarla”<sup>415</sup>. De esta forma, la posición firme de la jurisprudencia brasileña admite cabida del *mandado de segurança* preventivo si el contribuyente se encuentra en la hipótesis de incidencia tributaria y las informaciones demuestran el propósito de la autoridad en recaudar el tributo, cuya cobranza el autor afirma ser inconstitucional o ilícita<sup>416</sup>.

Esta posición de la jurisprudencia no significa que las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de ley en las acciones mandamentales puedan ser proferidas separadas del caso concreto. A pesar de ser un instrumento ágil en el control de constitucionalidad de las leyes, las declaraciones de inconstitucionalidades dictadas en los *mandados de segurança* individuales tienen la única función de desconsiderar la norma en la que se basa el acto o la omisión lesiva, con efectos *inter partes*.

Tales hechos no alejan la importancia del *mandado de segurança* en el derecho brasileño, que, a ejemplo de los amparos mejicano y español, constituye uno de los instrumentos más eficaces contra actos del Estado contra particulares que puedan violar derechos de éstos, constituyendo una garantía constitucional capaz de impedir abusos y arbitrariedades. Es, así, un instrumento del mantenimiento del Estado Democrático de Derecho.

### 5.2.3. El Mandado de Injunção

Como pudimos percibir, en Brasil existe una inclinación de flexibilización del control difuso que también sucedió con relación al instituto del *mandado de injunção*, que es un instrumento del control por omisión dentro del sistema difuso.

414 Del pragmatismo norteamericano surgieron los llamados *writs*, que poseen, sin embargo, origen inglés. Se prestan a la *protección* de derechos lesionados para cuya reparación no haya, en la ley, otros medios más adecuados. Obsérvese que desempeñan un papel aún más amplio que el *mandado de segurança*, pues no se oponen tan sólo a actos del Poder Público, sino también la violación de derechos por particulares. Cf. MELCHIADES PICANÇO. *Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1937, p. 19. Es el mismo autor que nos da idea de la correlación del mandado de segurança con los *writ's* en Estados Unidos y con el *mandamus* en Inglaterra, afirmando que: “O mandado de segurança do direito brasileiro se aproxima mais do mandamus inglês, instituído para proteger os funcionários demitidos ou removidos ilegalmente. O mandamus visa atos administrativos. O mandado de segurança também, criado pela Constituição brasileira, se dirige contra atos de autoridades. O writ, ao contrário disso, é medida geral de proteção contra atos públicos e particulares. O mandado de segurança poderá equivaler a certo e determinado writ, mas não a qualquer deles. O writ of mandamus não se confunde com o quo warranto, nem com o writ os certioari.” (*Op.cit.*, p. 19-20).

415 Cf. LOPES MEIRELLES, Hely. *MANDADO DE SEGURANÇA. Ação Popular; Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Hábeas Data”, Ação direta de inconstitucionalidade, Ação declaratória de constitucionalidade e Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, 26ª edição, 2ª tiragem. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes São Paulo: Malheiros, 2004, p. 24.

416 En el STJ confieren, entre otros: Recurso Especial -REsp 20.308/RN, Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, juzgado el 13.12.1993, DJ 21.02.1994 p. 2122.

En razón del espacio y de la importancia que el instituto viene ganando dentro del control de la constitucionalidad en el modelo brasileño, y por cuestiones didácticas, nos parece oportuno mostrar su trayectoria y evolución.

Al crear el *mandado de injunção*, la Constitución de 1988 ha concedido al ciudadano el derecho de denunciar eventuales omisiones “*sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”.

Era evidente que la intención del Constituyente brasileño ha sido la de conferir al ciudadano medios eficaces para aplicación inmediata de las normas constitucionales y no simplemente crear una especie de acción subsidiaria de la acción directa objetivando solamente comunicar el órgano competente de la omisión.

Para elaborar el *mandado de injunção*, el Constituyente se inspiró en la experiencia portuguesa de control de la constitucionalidad por omisión, aunque esa especie de remedio constitucional no tuviera precedentes en las constituciones lusitanas. En los anales de la ANC están registradas las palabras del constituyente Alfredo Campos – PMDM/MG que justificaba la influencia del instituto<sup>417</sup>:

*De onde surgiu e qual o fundamento do mandado de injunção?  
Encontra-se, essa ação constitucional, em sua origem mais remota, nas ‘injunctioes’ do direito anglo-saxônico e, mais recentemente, no mandado de segurança brasileiro e no instituto da inconstitucionalidade por omissão do direito português (Constituição Portuguesa, art. 283).*

Afirmaba el Constituyente, entonces, que el objetivo del *mandado de injunção* era la observancia de la Constitución: darle cumplimiento y, por consecuencia, concretar la defensa de los derechos, no solo individuales, “*mas eminentemente sociais, contidos no texto constitucional, instando e obrigando o Governo a agir no cumprimento da Lei Maior*”. Asimismo, añadía:

*Desta forma, será a ação processual utilizada contra todas omissões do Governo (e entenda-se como tal os três Poderes –Legislativo, Executivo e Judiciário- em todos os níveis nos quais se manifestam: União, Estados, Distrito Federal e Municípios), atentatórios aos direitos do cidadão, individual ou coletivamente considerado<sup>418</sup>.*

Así, además de admitir amplia legitimación activa, el *mandado de injunção* aún ampliaba el sujeto pasivo de la acción, admitiendo también el Poder Judicial en el polo pasivo. Ésa era la interpretación auténtica del Constituyente que entendía el nuevo instituto, todavía “*interrompia em definitivo o ciclo das Constituições ‘mera folha de papel’, no dizer de Lassalle, para inaugurar a era da Carta Magna*”.

Aun cuando la doctrina brasileña comulgase de igual entendimiento defendiendo la idea de que el Poder Judicial debía suplir la falta de reglamentación

417 *Vide pronunciamento em Plenário e transcrição de artigo no DANC de 24.08.88 p. 12888.*

418 *Idem, ibidem.*

creando la norma para el caso concreto con efectos limitados a las partes del proceso, el *mandado de injunção* empezó a ser firmado en la jurisprudencia de la Suprema Corte. Inicialmente, el Tribunal rechazó ocasional competencia normativa de la Justicia, reduciendo el alcance del nuevo instituto a la simple declaración de la mora por parte del Poder competente.

Ya en el año siguiente a la promulgación de la Constitución (1989), en las primeras impetraciones del nuevo instituto el Supremo tuvo que enfrentar las alegaciones de que el *mandado de injunção* no sería auto aplicable una vez que el dispositivo constitucional que lo preveía (artículo 5º, LXXI de la CF/88, localizado en el Título II – De los Derechos y Seguridades Fundamentales) dependiese de reglamentación. A esta cuestión el STF decidió que sí, que el dispositivo era auto ejecutable no dependiendo de ninguna norma jurídica que lo reglamentara, ni en cuanto a su procedimiento, que debería entonces seguir -en lo que quepa- el mismo rito previsto para el *mandado de segurança*<sup>419</sup>.

No obstante, en cuanto a su alcance, la Corte era muy cautelosa, tal como se extrae de las primeras decisiones:

*O mandado de injunção não se destina a constituir direito novo, nem ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. (...) A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe a Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder*<sup>420</sup>.

Asimismo:

*O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra*<sup>421</sup>.

Se ve, por tanto, que la interpretación inicial del Supremo Tribunal disminuyó considerablemente el alcance que el Constituyente pretendió conferir al *Mandado de Injunção* en el control difuso una vez que se firmó en el sentido de que la naturaleza del mandado de injunção no era mandamental, reduciéndose a la declaración del Judicialio de la ocurrencia de omisión inconstitucional a ser comunicada al órgano legislativo moroso. Así, para utilizar las palabras del Constituyente, parte de los dispositivos de la Constitución brasileña aún seguía en el *ciclo das Constituições “mera folha de papel”*.

La interpretación inicial del STF, que ni siquiera admitía fijación de plazo para que la mora fuera suplida, cambió para ceder el paso a la interpretación que fijaba plazo<sup>422</sup> en los casos en los cuales se admitía otra providencia en favor del

419 Cf. MI 107 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, juzgado el 23/11/1989, DJ 21-09-1990 PP-09782 EMENT VOL-01595-01 PP-00001

420 Cf. MI 191-0, Rel. Min. Celso Mello, DJU, 01.02.90, p. 280.

421 MI 168, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20/04/90.

422 Cf. MI 323, MI 325, MI 330, MI332, MI 333, MI 335, MI 342 y los votos vencidos del Ministro Néri da Silveira, que en entendía que en todos los casos debería haber fijación de plazos.

interesado, como la de reconocer el derecho a obtener una indemnización por pérdidas y daños resultantes de la mora, pero a través de acción propia:

*... Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da Republica; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável<sup>423</sup>.*

No obstante, cuando en otro proceso anterior ya se hubiera notificado el Legislativo de la mora en reglamentar determinado dispositivo, el *Mandado de Injunção* era de casi ninguna utilidad, ya que la indemnización debería ser discutida con base en el Derecho Común en otro proceso distinto:

*Mandado de injunção. Omissão do Congresso Nacional no tocante a regulamentação do parágrafo 3. do artigo 8. do ADCT. - Alcance do mandado de injunção segundo o julgamento do Mandado de Injunção n. 107 com possibilidade de aplicação de providencias adicionais nele genericamente admitidas, e concretizadas no julgamento do Mandado de Injunção n. 283. - O prazo fixado, no julgamento do Mandado de Injunção n. 283, para o cumprimento do dever constitucional de editar essa regulamentação de há muito se escoou sem que a omissão tenha sido suprida. Não há, pois, razão para se conceder novo prazo ao Congresso Nacional para o adimplemento desse seu dever constitucional, impondo-se, desde logo, que se assegure aos impetrantes a possibilidade de ajuizarem, com base no direito comum, ação de perdas e danos para se ressarcirem do prejuízo que tenha sofrido. Mandado de injunção conhecido em parte, e nela deferido<sup>424</sup>.*

Sin embargo, el Legislativo seguía en mora y mientras tanto la interpretación de la Corte Suprema procuraba dar mas efectividad al instituto. Así la cosas, el STF pasó a admitir que la reparación era asegurada independientemente de otra sentencia judicial condenatoria en ese sentido:

*Ementa: Constitucional art. 8º, §3º do ADCT anistia. Reparação econômica àqueles que foram impedidos de exercerem, na vida civil, atividade profissional. Portarias reservadas do Ministério da Aeronáutica. Mora do Congresso Nacional. Projetos de lei vetados pelo Chefe do Poder Executivo. Writ pretende a mudança de orientação deste Tribunal, para que este fixe os limites da reparação e acompanhe a execução do acórdão. O Tribunal decidiu assegurar, de plano, o direito à indenização, sem constituir em mora o Congresso*

423 MI 283, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, TRIBUNAL PLENO, juzgado el 20/03/1991, DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882.

424 MI 447, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, TRIBUNAL PLENO, juzgado el 05/05/1994, DJ 01-07-1994 PP-17495 EMENT VOL-01751-01 PP-00038.

**Nacional, para, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, a fixar o valor da indenização. Mandado de injunção deferido em parte**<sup>425</sup>.

Ha sido un gran avance. Los Ministros encontraron una fórmula<sup>426</sup> para asegurar el derecho a una indemnización inmediata (sin necesidad de nueva y larga discusión en el primer grado de jurisdicción), pero sin fijar el *quantum* debido que sería apurado en *liquidação de sentença*<sup>427</sup>.

No obstante, ya en aquellas fechas, respecto a la decisión y los efectos de *Mandado de Injunção*, la composición del STF empezaría a dividirse en ministros que adoptaban la teoría **concretista** y ministros que adoptaban la teoría **não concretista**. La mayoría de los ministros seguían la teoría “no concretista” firmada a partir del primer fallo en *mandado de injunção* (el MI 107/1990), según la cual el STF no puede obligar al Legislativo a legislar, sino solo a apuntar la mora y a recomendar que la omisión sea suplida.

La teoría **concretista**, se divide en **general** e **individual**. **Concretista general** es la teoría que admite una amplia normatividad por parte del Poder Judicial, con efectos *erga omnes*, hasta que la omisión (administrativa o legislativa) sea suplida por el Poder competente. Esta teoría no encontraba adeptos en el STF ni entre los publicistas brasileños<sup>428</sup>.

425 MI 543, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, juzgado el 26/10/2000, DJ 24-05-2002 PP-00055 EMENT VOL-02070-01 PP-00035.

426 Las discusiones y los votos pueden ser leídos en la página web: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI%20543&base=baseAcordaos>.

427 La *liquidação de sentença* está tratada por el *Código de Processo Civil*, actualmente en el Capítulo IX del Título VIII – Do Procedimento Ordinário, arts. 475-”A” a 475-”H”, donde, evidentemente, no se permite discutir lo que se decidió en la sentencia. La Corte adoptaría seguidamente referida interpretación: “*Na marcha do delineamento pretoriano do instituto do Mandado de Injunção, assentou este Supremo Tribunal que ‘a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, hic et nunc, de uma situação de inatividade inconstitucional.’ (MI 543, voto do Ministro Celso de Mello, in DJ 24/05/2002). Logo, desnecessária a renovação de notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente na omissão do dever de legislar, passados quase quatorze anos da promulgação da regra que lhe criava tal obrigação, mas que, também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como resultado da decisão de outros mandados de injunção. Neste mesmo precedente, acolheu esta Corte proposição do eminente Ministro Nelson Jobim, e assegurou ‘aos impetrantes o imediato exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo § 3º do art. 8º do ADCT, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da indenização.’ Reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em editar a norma prevista no parágrafo 3º do art. 8º do ADCT, assegurando-se, aos impetrantes, o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão judicial. O pleito deverá ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada, portanto, a atividade judicial à fixação do quantum devido” (MI 562, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20/06/03).*

428 Excepción honrosa de GRECO FILHO, que entendía ser esta la mejor opción para que fuera ejercido el Derecho Constitucional. Cf. GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 184.

La **concretista individual**, aceptada por la mayor parte de los publicistas, defiende que los efectos de la decisión sean a penas *inter partes*, y se subdivide en: **concretista individual directa** y **concretista individual intermedia**. La **directa** sería la que, al decidir por la procedencia del mandado *de injunção*, inmediatamente implementaría la eficacia de la norma constitucional al autor. Defendían dicha posición los Ministros Marco Aurélio y Carlos Velloso<sup>429</sup>. La **intermedia**, defendida por el ministro Néri da Silveira<sup>430</sup>, entendía que después de decidir por la procedencia del mandado de injunção, el STF debe conceder plazo de 120 días para que sea elaborada la norma por el Poder competente, y solo en caso de persistir la mora, el STF determinaría las condiciones para el ejercicio del derecho del autor<sup>431</sup>.

No obstante, a pesar de todas las decisiones de la Suprema Corte, el Legislador ha permanecido inerte respecto a las comunicaciones que le constitúan en mora. Mientras tanto, la composición de la Suprema Corte se alteraba y a partir del nombramiento de la Ministra Ellen Gracie Northfleet el 23.11.2000 (la primera mujer en componer la Suprema Corte, nombrada por el Presidente Fernando Henrique Cardoso), hoy, de la composición del Tribunal en el año de 2000 solo quedan los Ministros Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (nombrado por Fernando Collor el 25.05.1990) y José Celso de Mello Filho (nombrado por José Sarney el 30.06.1989), lo que significa que todos los ministros que hoy componen el STF fueron nombrados ya en el período de redemocratización, es decir, después de la promulgación de la Constitución (siendo 8 nombrados en el gobierno Lula).

No obstante, a los plazos fijados en los procesos de *mandado de injunção* para que el Legislador legislara, seguía sin atender a las “recomendaciones” del STF, lo que provocaba la indignación de parte de los Ministros de la Corte. La conducta recalcitrante del Legislativo resultó, paulatinamente, en un cambio en la interpretación de la Suprema Corte que, de manera excepcional, pasó a adoptar, por mayoría, la teoría concretista. Los tres primeros fallos en ese sentido envolvían Sindicatos de Servidores Públicos y el derecho de Huelga<sup>432</sup> y representó una

429 Jubilado el 19.01.2006, ocupando su plaza el Ministro Enrique Ricardo Lewandowisk.

430 Jubilado el 24.04.2002, ocupando su plaza el Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

431 Una visión más amplia de dichas teorías puede ser encontrada en el voto-vista del Ministro Octavio Gallotti, en el MI 543-5/2000/D.F. *cit.* pp. 61-65, así como en el pronunciamiento del Ministro Néri Silveira. Acta de la 7ª (séptima) sesión extraordinaria del STF, realizada el 16 de marzo de 1995 y publicada en el Diario de la Justicia, 4 Abr. 1995, Sección 1, p. 8.625, *verbis*: "*Há, como sabemos, na Corte, nos julgamentos dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do Mandado de Injunção nº 107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento que a Constituição, por via de mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deva também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado ao cidadão. Compreendo, entretanto, que, se o Congresso não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal pode tomar conhecimento da reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto. (...)*".

432 Se trata de tres *mandados de injunção* colectivos, todos impetrados por Sindicatos de Servidores Públicos (uno del Estado del Espírito Santo-MI 670, otro del Pará -MI 712 y uno del Municipio de João Pessoa

completa reformulación sobre la materia y sobre lo que interpretaba la propia Corte (que por innumerables veces ya había declarado la mora legislativa respecto al dispositivo constitucional que asegura el derecho de huelga a los servidores públicos, recomendando que se legislara al respecto<sup>433</sup>).

Así las cosas, el posicionamiento anterior (el de que el *Mandado de Injunção* se limitaría a la certificación del Poder omiso con respecto a su demora para que tomase las medidas necesarias), ha sido completamente revisto. El Tribunal, por mayoría, conoció de los *mandados de injunção* y a la vez propuso la solución para la omisión legislativa con la aplicación, en lo que cupiese, de la Ley 7.783/89, que dispone sobre el ejercicio del derecho de huelga en la iniciativa privada.

En el MI 670/ES y en el MI 708/DF prevaleció el voto del Min. Gilmar Mendes. En él, inicialmente, han sido tejidas consideraciones respecto a la cuestión de la conformación constitucional del *mandado de injunção* en el Derecho brasileño y de la evolución de la interpretación que el Supremo le ha conferido. Resaltó que en determinados casos concretos las decisiones del STF ya habían dado señas de una nueva comprensión del instituto y de la admisión una solución “normativa” para la decisión judicial<sup>434</sup> y que, de seguir manteniendo una interpretación solamente

---

na Paraíba-MI 708)- en que se pretendía que fuese garantizado a sus asociados el ejercicio del derecho de huelga previsto en el art. 37, VII, de la CRFB (*Art. 37... VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica*). El STF concluyó el juicio el 25.10.2007, cuyos fallos están disponibles en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>.

433 Esta era la antigua interpretación del STF: *EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto- aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmouse no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina. (MI 20, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1994, DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-01 PP-00001)*

434 Como en el MI 232/RJ (Relator Min. Moreira Alves), donde el STF reconoció que pasados 6 meses sin que el Congreso Nacional editara ley para reglamentar el art. 195, párrafo 7º, el autor sería beneficiado con la inmunidad requerida en los autos. Gimmar Mendes apuntó también otras decisiones proferidas en los *Mandados de Injunção* n.ºs. 283 (Relator: Sepúlveda Pertence), 232 (Relator: Moreira Alves) y 284 (Relator: Celso de Mello), al contrario que la interpretación firmada en la Corte, admitían una decisión normativa al caso concreto

“declaratoria” de la mora en materia de derecho de huelga por funcionarios públicos, equivaldría en un último análisis en una “omisión” y una “mora” del propio Poder Judicial en asumir sus competencias constitucionales en términos de *mandado de injunção*.

Con fundamento en el derecho comparado, especialmente el alemán y el italiano, el Relator demostró que el caso del derecho de los funcionarios a la huelga exigía nuevas técnicas interpretativas, invocando experiencias del derecho alemán sobre la declaración de inconstitucionalidad sin pronuncia de nulidad (considerando especialmente las omisiones parciales) y las sentencias aditivas del derecho italiano, sugiriendo que quizá se debiese reflexionar sobre la adopción, como alternativa provisoria para el caso, de una moderada sentencia de perfil adictivo. Adujo, en lo que concierne a la aceptación de las sentencias aditivas o modificativas, que estas son en general aceptadas cuando integran o completan un régimen previamente adoptado por el legislador o, aún, cuando la solución adoptada por el Tribunal incorpora “solución constitucionalmente obligatoria”.

Así las cosas, considerando que al legislador no le sería dado escoger, se concede o no el derecho de huelga garantizado por la Constitución, pudiendo tan sólo disponer sobre la adecuada configuración de su disciplina, reconociendo la necesidad de una solución obligatoria de la perspectiva constitucional. El Tribunal, por mayoría, conoció del *mandado de injunção* y propuso la solución para la omisión legislativa con la aplicación, en lo que cupiese, de la Ley nº 7.783, de 28 de junio de 1989, que regula el derecho de huelga en la iniciativa privada que, a su vez, también garantiza la continuidad de la prestación de los servicios públicos esenciales.

Asimismo, se concluyó que, “bajo pena de injustificada e inadmisibles negativa de prestación jurisdiccional en los ámbitos federal, estatal y municipal”<sup>435</sup>, sería menester que en la decisión del *writ* fuesen fijados, también, los parámetros institucionales y constitucionales de definición de competencia, provisoria y ampliativa, para apreciación de los *dissídios de greve* instaurados entre el Poder Público y los servidores con vínculo estatutario. De esa forma, en el plano procedimental, se admitió la posibilidad de aplicación de la Ley 7.701/88, que cuida de la especialización de las Salas de los Tribunales del Trabajo en procesos colectivos.

En el MI 712/PA prevaleció el voto del Min. Eros Grado, relator, en esa misma línea. Se quedaron vencidos, en parte, en los tres *mandados de injunção*, los Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitaban la decisión a la categoría representada por los respectivos sindicatos y establecían condiciones específicas para el ejercicio de las paralizaciones. También quedó vencido, parcialmente, en el MI 670/ES, el Min. Maurício Corrêa, relator, que conocía del *writ* apenas para declarar la mora del Congreso Nacional<sup>436</sup>.

---

sin asumir compromiso con el ejercicio de una típica función legislativa. Seguía diciendo, el Ministro Gilmar Mendes, que: “*As decisões referidas indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano*” (Cf. Voto MI 670, cit. p.27).

435 Se observa que, confirmando la tendencia flexibilizadora del control difuso, curiosamente las decisiones en referidos *mandados de injunção* fueran proferidas con efectos *erga omnes*.

436 MI 670/ES, rel. Original: Min. Maurício Corrêa, relator para el acórdão: Min. Gilmar Mendes,



En la misma línea de la nueva orientación jurisprudencial fijada en el juicio del MI 721/DF<sup>437</sup>, el Tribunal juzgó procedente pedido formulado en *mandado de injunção* para, también de forma mandamental, asentar el derecho del autor a contar de forma diferenciada el tiempo de servicio prestado en trabajo insalubre, cuya actividad está prevista en el § 4º del art. 40 de la Constitución, adoptando como parámetro el sistema del Régimen General de Seguridad Social (Ley 8.213/1991, art. 57), que dispone sobre la jubilación especial en la iniciativa privada<sup>438</sup>, además de la comunicación al Congreso Nacional para que supla la omisión legislativa.

Lo cierto es que el cambio de la interpretación de la Suprema Corte consiguió atender las ansias de la mayor parte los publicistas que desde hace mucho clamaban por un adecuado tratamiento jurisprudencial del instituto dentro de la perspectiva del Estado Democrático de Derecho.

## 6. SOBRE LAS SÚMULAS Y SUS EFECTOS VINCULANTES EN EL DERECHO BRASILEÑO

El ordenamiento constitucional brasileño sufrió una significativa modificación con la promulgación de la Enmienda Constitucional número 45 de diciembre de 2004, especialmente por el hecho de haber introducido una “*súmula de efectos vinculantes*”, cuya aparición en la Constitución, a través de la introducción del artículo 103-A, provocó grandes polémicas y calurosos debates durante los años en que la reforma del Poder Judicial fue tramitada en el Congreso Nacional<sup>439</sup>. La mayoría de esos debates estaban inspirados en el derecho extranjero.

En los términos del artículo 103-A, el Supremo Tribunal Federal, de oficio o por provocación de las mismas personas legitimadas en el control directo de (in)constitucionalidad, mediante decisión de dos tercios de sus miembros y después de reiteradas decisiones sobre materia constitucional, podrá aprobar la “*súmula vinculante*”, así como proceder a su revisión o cancelación

25.10.2007. (MI-670) MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007. (MI-708)MI 712/PA, rel. Min. Eros Grado, 25.10.2007. (MI-712).

437 DJE publicado el 30.11.2007.

438 “*Se trataba, en la especie, de writ impetrado por servidor público federal, atestado en la función de tecnólogo, en la Fundación Oswaldo Cruz, que pleiteaba el suministro de la laguna normativa constante del aludido § 4º del art. 40, asentándose su derecho a la jubilación especial, en razón de trabajo, por 25 años, en actividad considerada insalubre, en que mantenía contacto con agentes nocivos, portadores de molestias humanas y con materiales y bártulos contaminados.*” (MI 758/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.7.2008).

439 Sobre el asunto, la propuesta de enmienda constitucional, cuyo autor fue el Senador Ronaldo Cunha Lima a fin de dar *sentido* uniforme a la prestación jurisdiccional en el País, “*a medida que as decisões da mais alta Corte de Justiça do País são de obediência compulsória pelos aplicadores da lei no Poder Executivo e pelos demais órgãos da magistratura nacional, seja em grau singular ou tribunal (Cf. Justificativa da PEC 54/95)*” *apud* discurso del Diputado Helio Picudo, DCD de 25 de julio de 1997, p. 21465). Con algunas modificaciones y adecuaciones hechas al proyecto primitivo, la “*súmula vinculante*” fue introducida en el ordenamiento constitucional brasileño como un mecanismo de concentración de la jurisdicción constitucional que ha sido objeto de grandes controversias. No obstante, su aprobación resultó del acuerdo entre los partidos PMDB, PSDB, PFL, PSB, PPS y PT para permitir la denominada reforma del Judicial (PEC 29/92) donde fue inserta. Apenas el PDT no se adhirió al acuerdo votando contra su institución.

Las **súmulas** ya eran viejas conocidas en el derecho brasileño<sup>440</sup> como breves enunciados que, de manera objetiva, reflejan el entendimiento reiterado por la mayoría de un Tribunal Superior con respecto a una determinada materia. Sin embargo, antes de la reforma de 2004 no poseían “efectos vinculantes”, sirviendo apenas de orientación para jueces y tribunales, sin ningún carácter obligatorio.

Ya el “**efecto vinculante**” de las decisiones, mismo que viniera expreso en el Reglamento Interno del STF<sup>441</sup>, solamente fue introducido en la Constitución a través de la Enmienda Constitucional 03/1993 y únicamente para el control abstracto. Se estableció, entonces, que las decisiones proferidas en acción declaratoria de **constitucionalidad** serían dotadas de eficacia *erga omnes* y “efecto vinculante” con relación a los demás órganos del Poder Judicial y de la Administración Pública<sup>442</sup>.

A pesar de esto, el “**efecto vinculante**” de decisiones proferidas en el control concreto o difuso era una novedad hasta entonces inexistente en la Constitución, introducido en el 2004<sup>443</sup>. Lo curioso es observar en los Anales del Congreso Nacional, que además de los opositores de la creación de la “súmula vinculante”, también sus defensores, en su mayoría, defendían el sistema de control difuso reflejado en la experiencia americana<sup>444</sup>. Del mismo modo, gran parte de la doctrina

440 Fue ideada por el Min. Victor Nunes Leal que, en 1963, junto con los demás integrantes del Supremo Tribunal Federal, promovieron la creación de la *Súmula* sin fuerza vinculante. Los demás tribunales trataron de copiar el ejemplo editando sus propias *súmulas*. En la época hubo fuertes críticas con relación a su implantación. Los que reprobaban la *súmula* temían por la petrificación de la jurisprudencia o que las *súmulas* se revistiesen de carácter imperativo, a ejemplo de la Ley. Victor Nunes Leal, entonces, recorrió diversos puntos del país profiriendo ponencias, explicando que la *súmula* no tenía carácter impositivo u obligatorio. Era apenas un pequeño enunciado del que el Supremo Tribunal se valía para uniformizar posicionamientos que se repetían en semejantes juzgados. Aclaró el Ministro que la *súmula* era materia puramente regimental y que podía ser alterada en cualquier momento. En su creación, nunca se pensó sobre la posibilidad de dotarla de poder vinculante. Cf. SILVEIRA NETO, Antonio. *Súmula de efecto vinculante*. Disponible en: <http://www.angelfire.com/ut/jurisnet/art64.html>, última fecha de consulta: 08.03.2008.

441 El Regimiento Interno del Supremo Tribunal Federal (cf. art. 187), al reglamentar la llamada *representación interpretativa*, introducida por la Enmienda n° 7 de 1977, establecía que la decisión proferida en la representación interpretativa fuese dotada de efecto vinculante

442 Cf. redacción dada al art. 102, § 2° de la CF/88 por la Enmienda Constitucional 03/1993, que al principio confería el efecto vinculante apenas de las decisiones proferidas en las acciones directas de constitucionalidad. Mientras, el STF extendió tales efectos también a la acción directa de inconstitucionalidad en razón de su doble naturaleza: “*Aceita a idéia de que a ação declaratória configura uma ADI com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente, afigura-se difícil admitir que a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade seria dotada de efeitos ou conseqüências diversos daqueles reconhecidos para a ação declaratória de constitucionalidade. Argumenta-se que, ao criar a ação declaratória de constitucionalidade de lei federal, estabeleceu o constituinte que a decisão definitiva de mérito nela proferida — incluída aqui, pois, aquela que, julgando improcedente a ação, proclamar a inconstitucionalidade da norma questionada — ‘produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo’ (Art. 102, § 2° da Constituição Federal de 1988). Portanto, sempre se me afigurou correta a posição de vozes autorizadas do Supremo Tribunal Federal, como a de Sepúlveda Pertence, segundo a qual, ‘quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade.’ (Rcl 2.256, voto del Ministro Gilmar Mendes, juzgado en 11-9-03, DJ de 30-4-04). Con el advenimiento de la Enmienda Constitucional n°. 45 se modificó la redacción del § 2° del art. 102 para conferir los efectos vinculantes también a las acciones directas de inconstitucionalidad.*

443 Observamos que la llamada *PEC PARALELA* de la Reforma del Judicial, en trámite en el Congreso Nacional (PEC 358/2005), prevé la edición de *súmulas* vinculantes en el ámbito de otros Tribunales Superiores, como el Superior Tribunal de Justicia y el Tribunal Superior del Trabajo.

444 En su voto, el Diputado Fernando Coruja, del PDT, manifestó su contrariedad a la creación de la *súmula vinculante* bajo la argumentación de que el modelo de control de constitucionalidad concentrado en una corte constitucional no es el modelo brasileño y el Partido defiende el control de constitucionalidad difuso (cf.

brasileña acepta la influencia del sistema norteamericano como génesis del nuevo instituto. Busca en el *stare decisis* el motivo para la implantación de este instituto en Brasil.

Incluso la propuesta de enmienda constitucional que introducía el concepto de “efectos vinculantes” en la **acción directa de constitucionalidad** (es decir, en el control abstracto) hacía referencia con el *stare decisis*: “*O traço vinculante dos precedentes dos tribunais superiores para futura atuação das demais cortes de justiça é conhecido como stare decisis*”<sup>445</sup>. Como ejemplo de país suramericano que adoptó el principio del *stare decisis*, el Diputado Roberto Campos, autor de la propuesta, citaba a Argentina, cuya Constitución, en el artículo 95, imponía a los jueces y tribunales nacionales la aplicación obligatoria de la interpretación que la Corte de Justicia hiciese de los artículos constitucionales, por medio de recursos. El autor de la propuesta de enmienda constitucional aclaraba:

*O precedente vinculativo, que se caracteriza pelo fato de a decisão de um alto tribunal ser obrigatória, como norma, para os tribunais inferiores, tem as nações anglo-americanas, a exemplo da Inglaterra, Canadá e Estados Unidos, como reputado ambiente natural, por serem elas de direito de criação predominantemente judicial. Isso, no entanto não impede de se ver o precedente vinculante também em países de tradição romanista, embora aí mais formalizado.*

Para justificar la existencia de una jurisprudencia vinculante en los países con el sistema llamado “derecho escrito”, el Diputado citaba el ejemplo de México, que a través de la reforma constitucional de 1951 (en el artículo 107, fracción VIII, hoy derogada) dejó a cargo de la ley el poder de determinar los casos de aplicación obligatoria de la jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial de la Federación<sup>446</sup>.

A pesar de todas las argumentaciones y justificaciones de la propuesta, quedó bien claro por parte del Diputado que la vinculación que pretendía introducir en el derecho brasileño tenía origen europeo, precisamente en el derecho alemán. Veamos sus palabras:

*Além de conferir eficácia erga omnes às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no Direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no direito alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados motivos determinantes (tragende Gründe).*

Y seguía explicando:

*A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua edição, ou seja, a repetição dos seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei*

DCD de 08/06/2000, P. 30862 30863. Por su parte, el Diputado Inocêncio de Oliveira do PFL, invocando la experiencia norteamericana, felicitaba a la entonces relatora – Diputada Zulaiê Cobra – por hacer lo mejor para el País, desahogando los trabajos del STF en materias repetidas. (DCD de 08/06/2000, P. 30864).

445 Cf. Justificación del Diputado Roberto Campos en la PEC N. 130, in DCN de 23 de septiembre de 1992, p. 21694.

446 Tarea realizada en la Ley de Amparo, especialmente en los artículos 193, 193bis y 195bis.

*(eficácia erga omnes) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (tragende Gründe) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição<sup>447</sup>.*

Se verifica, entonces, que el concepto de “**efecto vinculante**”, introducido en Brasil, primero en el control abstracto con la acción declaratoria de constitucionalidad (EC 03/1993) y después en el control concreto con la “*súmula vinculante*” (EC 45/2004), posee la misma base jurídica y sus orígenes se encuentran en el modelo alemán de jurisdicción concentrada y no en el *stare decisis*.

Se concluye, pues, que el precedente vinculante de la doctrina del *stare decisis*, perteneciente al sistema jurídico de la *common law*, no se relaciona en absoluto con el concepto de “efecto vinculante”, ni con la “*súmula vinculante*”, en los términos adaptados al derecho brasileño.

## 7. EL STARE DECISIS Y EL PAPEL DEL SENADO

Descartada la creación de un Tribunal Constitucional que en los moldes del Tribunal austríaco confiriese eficacia *erga omnes* a las decisiones proferidas en el control de normas, el Constituyente de 1933/34 intentó solucionar la ausencia de la regla del *stare decisis* -que se originaba en el hecho de que los jueces brasileños no estén obligados a aplicar la ley declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal- atribuyendo a un órgano del Poder Legislativo la suspensión de la ejecución de la ley declarada inconstitucional por el Supremo.

Con esto intentaba atenuar el problema de la quiebra de armonía y de equilibrio entre los poderes. Fue en aquel momento cuando surgió la competencia del Senado para “suspender la ejecución, en el todo o en parte, de cualquier ley o acto, deliberación o reglamento, cuando hayan sido declarados inconstitucionales por el Poder Judicial”, dispositivo previsto en el art. 91, IV de la Constitución de 1934 y repetido en las Constituciones subsiguientes<sup>448</sup>, estando previsto en la Constitución de 1988 en el inciso X del artículo 52.

Aunque la doctrina, inspirada en el modelo americano, pregonase la teoría de la nulidad o de la inexistencia de la ley inconstitucional, el Constituyente prefirió conferir a un órgano eminentemente político la suspensión de la ejecución de ley con efectos *erga omnes*. La propuesta del Constituyente Godofredo Mendes Vianna,

447 En DCN de 23 de septiembre de 1992, P. 21694. Cf. también: FERREIRA MENDES, Gilmar. *O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas*. (Disponible en: <http://br.geocities.com/profpito/oefeitovinculantegilmar.html>, última fecha de consulta: 18.02.2008), donde se aclara que: “*A própria justificativa da proposta apresentada pelo Deputado Roberto Campos não deixa dúvida de que se pretendia outorgar não só eficácia erga omnes, mas também efeito vinculante à decisão, deixando claro que estes não estariam limitados apenas à parte dispositiva. Embora a Emenda nº 3/93 não tenha incorporado a proposta na sua inteireza, é certo que o efeito vinculante, na parte que foi positivada, deve ser estudado à luz dos elementos contidos na proposta original*”.

448 El dispositivo se mantuvo en la Constitución de 1946 en el artículo 64; en la Constitución de 1967 en el artículo 41, VII; en la reforma de 1969 (Enmienda Constitucional, nº 1, art. 42, VII). Sin embargo, no constó en la Constitución de 1937, también llamada “la polaca”. Por otro lado, la Constitución de 1937 permitió que el Presidente de la República interfiriese en las decisiones del Judicial, pues le posibilitaba someter a la apreciación del Parlamento las leyes declaradas inconstitucionales, pudiendo el Parlamento desconstituir esta declaración de inconstitucionalidad a través de dos tercios de sus miembros (art. 96, párrafo único).

añadiendo un párrafo 4º al artículo 57 del entonces Proyecto establecía que: “siempre que el Supremo Tribunal Federal declarase, por más de una decisión, la inconstitucionalidad de una ley, ésta será considerada como inexistente”. No obstante, es el mismo Constituyente, en su Justificación, quien decía que la declaración del STF no anula la ley en su conjunto “de modo que debe la misma ser excluida del repertorio oficial respectivo; la declaran sin efecto, cual si nunca hubiese existido, con relación al caso especial sujeto al juicio”<sup>449</sup>.

Se percibe claramente que la opción del Constituyente del 34 fue la de no dotar al Judicial común de una competencia generalizadora, lo que ya, por aquel entonces, era conocido por algunas cortes europeas que ejercían con exclusividad la jurisdicción constitucional a través del control concentrado. Este hecho se confirma gracias a lo que alegó en Plenario el Constituyente José Eduardo Prado Kelly:

*Certas constituições modernas têm criado cortes jurisdicionais para defesa da Constituição. Nós continuamos a atribuir à Suprema Corte a palavra definitiva da defesa e guarda da Constituição da República. Entretanto permitimos a um órgão de supremacia política estender os efeitos dessa decisão, e estendê-los para o fim de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando o Poder Judiciário os declara inconstitucionais*<sup>450</sup>.

De esta forma, hacemos constar que el Constituyente que optó por no admitir el *stare decisis* del derecho norteamericano tampoco osó crear una Corte Constitucional que en el estilo europeo retirase la eficacia de la ley. Así atribuyó, a dos órganos distintos, una competencia sucesiva para realizar la tarea desempeñada por los Tribunales Constitucionales europeos: El órgano de cúpula del Poder Judicial declara la inconstitucionalidad de la ley, correspondiendo al Senado en una competencia generalizadora la suspensión de la ejecución de la ley declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal.

Las explicaciones para atribuir al Senado la referida misión de extender *erga omnes* las decisiones habidas *inter partes* en el modo difuso de control son dadas por los Constituyentes, en razón del respeto al principio de la división de los poderes, considerando que solamente el Poder que puede editar las leyes debe suspender su ejecución<sup>451</sup>.

449 Cf. AANC de 1933/1934, de 16/12/1933, Vol. III, p. 443-445. Cf. también la evolución histórica del instituto en el *constitucionalismo* brasileño en: ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. “O Senado na estrutura constitucional brasileira”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Ano 15, nº. 57, jan-mar 1978, pp 223-328.

450 AANC. Vol. IV, p. 242/245 (Cf. ALENCAR, Ana Valderez, *op. cit.*, p. 235). También en el discurso pronunciado el 23 de marzo de 1934, ése mismo Constituyente establecía que: “*Nós como a Islândia (Const., art. 16) e a Rumânia, (art. 59), adotamos o sistema americano. Era esse o regime da Constituição de 1981. É esse o regime do atual projeto.* [La letra resaltada en negrita se corresponde con el documento original, *op. cit.*, p 254.] *Nós outros aceitamos a teoria americana para o reconhecimento da inconstitucionalidade, quando argüida nos pleitos ordinários perante a Justiça. Mas também consultamos o interesse coletivo, dando ao Conselho Federal [se entienda Senado Federal], que é o poder coordenador, a atribuição de declarar a nulidade de qualquer lei ou ato e regulamento emanados do Executivo e que contrariem a Constituição: diretamente, por força de autoridade, ou na extensão erga omnes dos arestos lançados pela Suprema Corte, nas espécies sujeitas a seu julgamento*” (*Idem, idem*, p. 255 e 260).

451 “*Logicamente preso ao rigor da separação de poderes, o ato de suspender erga omnes a execução, embora esteja próximo, não é idêntico ao ato de revogação da lei, pois só a lei pode revogar a lei. Mas, mesmo admitindo isso, há quem entenda que o princípio da separação de poderes é mantido tão-só pelo fato de ser o Senado um órgão legislativo, não saindo assim do recinto do Poder Legislativo a decisão que esteriliza a lei*”.

Tampoco debe ser menospreciado el hecho de lo mucho que influyó en esa atribución el origen histórico y la posición institucional del Senado que, quizá por resquicio de la idea del Poder Moderador, estaba entonces como predestinado a promover la coordinación de los poderes. No fue por casualidad que las palabras del Diputado se referían a él como “poder controlador”. Así, no era de extrañar que el Senado fuese, de alguna forma, llamado a participar del control de constitucionalidad de las leyes<sup>452</sup>.

Sin embargo, el constituyente brasileño tampoco fue inmune a la influencia europea, de control concentrado, que permitiese la fiscalización de constitucionalidad *in abstracto*. No obstante, aunque la Enmienda 16/65 haya introducido la acción directa de inconstitucionalidad, por otro lado rechazó la propuesta de alteración de la competencia del Senado para suspender la ejecución de las leyes inconstitucionales en el control difuso, como preveía el anteproyecto. En la exposición de motivos al Proyecto de Enmienda, el entonces Ministro de la Justicia, Dr. Juracy Guimarães, justificó la necesidad de proteger al Senado del deber de suspender la ley, invocando la Constitución italiana como modelo:

Ao direito italiano pedimos, todavia, uma formulação mais singela e mais eficiente do que a do art. 64 da nossa Constituição, para tornar explícito, a partir da declaração de ilegitimidade, o efeito ‘*erga omnes*’ de decisões definitivas do Supremo Tribunal, poupando ao Senado o dever correlato de suspensão da lei ou do decreto -- expediente consentâneo com as teorias de direito público em 1934, quando ingressou em nossa legislação, mas presentemente suplantada pela formulação contida no art. 136 do estatuto de 1948: ‘*Quando la Corte dichiara l’illegitimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*’<sup>453</sup>.

Verificamos, de esta forma, que el Constituyente, aunque empezando a aceptar la influencia de la doctrina europea-kelseniana, según tradujo la Enmienda n°. 16/65, aún así prefirió mantener la competencia del Senado para suspender la ejecución de la ley en el control difuso.

---

Es lo que afirma: RESENDE DE BARROS, Sérgio. *O senado e o controle de constitucionalidade*. Disponible en: <http://www.academus.pro.br/professor/ivanclémentino/O%20senado%20e%20o%20controle%20de%20constitucionalidade.doc> . Última fecha de consulta: 19.02.2008. OTHON SIDOU, afirma que, en ese sentido, otras Constituciones también atribuyen al Congreso la capacidad para derogar o abrogar las leyes, “*numa reciprocidade lógica do dever e poder editá-las*”. Como ejemplo cita: Argentina (art. 52); Bolivia (Art. 140, 2º, y 59, 1º); Colombia (art. 150); Costa Rica (art. 121, 1); Ecuador (arts. 34,3; 48 10), Guatemala (arts. 164, 170 119); Nicaragua (arts. 138, 2); Perú (art. 123); Uruguay (arts. 256 259). Cf. OTHON SIDOU, José Maria. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”, ação popular. As garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 39.

452 Se registra también, en la Constitución de 1934, otra “competencia curiosa del Senado que consistía en fiscalizar la legalidad de los reglamentos expedidos por el Poder Ejecutivo, suspendiendo la ejecución de los dispositivos ilegales (art. 91, II). Ahí, la función era política, pero también jurisdiccional”. En: POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 50.

453 En: ALENCAR, Ana Valdevez Ayres Neves de. “O Senado na estrutura constitucional brasileira. *Revista de Informação Legislativa*”. Brasília: Senado Federal, ano 15, n. 57, jan-mar, 1978 p. 271-272 y en: FERREIRA MENDES, Gilmar. “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 41, n. 162 abr-jun 2004, p. 154.

La permanencia de tal dispositivo en el derecho constitucional brasileño engendró diversas discusiones en la doctrina y la jurisprudencia, entre las cuales se destacan aquéllas que debatían sobre el carácter vinculado o discrecional del acto del Senado y sobre la extensión de los efectos y la naturaleza de la resolución del Senado Federal que declara la suspensión de la ley o acto normativo. Aunque no sea unánime, las posiciones que defienden tratarse de un acto discrecional del Senado se pueden encontrar en la jurisprudencia del STF<sup>454</sup> y en la doctrina<sup>455</sup>. En cuanto a los efectos, también es controvertida la doctrina y la jurisprudencia. Es grande la corriente que afirma que la suspensión de la ley por el Senado posee efectos *ex tunc*, pues lo que es inconstitucional es nulo, y por ello jamás existió; así, anulará todo el pasado<sup>456</sup>. Mientras, otros, como Resende Barros, entienden que la Resolución del Senado apenas puede poseer efectos *ex nunc* bajo el argumento de que “la intervención del Senado, aunque complemente el sistema difuso, no consiste en el juicio de ningún caso concreto, en que la decisión, si no retrocede *ex tunc*, puede perjudicar una parte en beneficio de la otra. Al contrario, el acto del Senado es *erga omnes* y, por eso mismo, si retrocede al pasado, alcanzará otras partes, cuyos derechos y obligaciones no fueron cuestionados en los casos concretos, al final de los cuales el Supremo pidió al Senado la suspensión de la ley”.

No obstante, no cabe aquí adentrarse en el mérito de tales discusiones, mismamente porque, aunque el artículo 52, X de la Constitución de 1988 continúe en vigor, con el alargamiento del sistema concentrado en la jurisdicción constitucional brasileña y su aplicación en la práctica ya casi no atiende al objetivo para el cual fue creado. Al introducir la acción declaratoria de **constitucionalidad** (a través de la ya citada Enmienda Constitucional N. 03/1993), el Constituyente derivado fue claro, pretendiendo vincular a los jueces de primer grado a las decisiones del STF<sup>457</sup>. En aquella ocasión la propuesta de enmienda constitucional, cuyo autor fue el Diputado Roberto Campos<sup>458</sup>, también intentó suprimir el inciso X

454 Como en el voto del Ministro Victor Leal Nunes en el MS 16.512, disponible en: <http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado> (última fecha de consulta: 19.02.2008), juzgado el 25.05.66, donde afirma que el Senado tiene su propio criterio de conveniencia y oportunidad para practicar el acto de suspensión.

455 En ese sentido, *cf.* artículo de Sérgio Resende (RESENDE DE BARROS, Sérgio. *O senado e o controle de constitucionalidade*. Disponible en: <http://www.academus.pro.br/professor/ivanclementino/O%20senado%20e%20o%20controle%20de%20constitucionalidade.doc>, última fecha de consulta: 19.02.2008) que también afirma ser discrecionario el acto del Senado, pero reconoce ser grande la división de la doctrina y de la jurisprudencia del Supremo. En ese sentido apunta: VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme às Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 54 S. (Ver también: MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001. P. 581 S). Asimismo, afirma también que anteriormente, aún en cuanto senador, Paulo Brossard, que también fue Ministro del Supremo, listó diversas manifestaciones de la doctrina, bien como ministros del Supremo Tribunal Federal, en favor o en contra de discrecionalidad, concluyendo el propio por la discreción del Senado. Afirma – reiterando el Ministro Pedro Chaves – que el Senado no es mero notario de registro de actos del Supremo. (*Cf.* BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. In *Revista do Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, v.13, n.50, p.55-64, abr./jun., 1976).

456 En ese sentido: BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958; PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: Conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2001, p. 151.

457 Observen los argumentos del entonces Diputado Nelson Jobim defendiendo la implantación de la Acción Declaratoria de Constitucionalidad: “*O que se quer, Sr. Presidente, é que o Poder Judiciário de primeiro grau possa ser compelido a aplicar a lei constitucionalmente votada nesta Casa e no Senado Federal, para assegurar o direito aos órgãos da Federação (...) é preciso fazer tranquilizar esse País e haver segurança jurídica, através de uma decisão do Supremo Tribunal Federal*” Cf. DCN (Seção I) de 03/02/1993, p. 2675.

458 PEC 130/1992.

del artículo 52 de la Constitución de la República, “atribuyéndose eficacia *erga omnes* a la declaración de inconstitucionalidad proferida por el Supremo Tribunal en el caso concreto”<sup>459</sup>.

Sin embargo, a ejemplo del Constituyente originario, tampoco el Constituyente derivado, por opción de la mayoría, quiso excluir la regla del art. 52, X. Y, aun cuando la acción declaratoria de constitucionalidad (bastante controvertida y combatida en el escenario brasileño, repetimos) fue introducida en el ordenamiento constitucional en el año 1993, atendiendo los objetivos vinculatorios para los cuales fue idealizada, su procesamiento ocurrió a través de acción directa, por tanto en el control abstracto y concentrado<sup>460</sup>. Así, quedó inalterada la regla que confiere al Senado la atribución de extender *erga omnes* los efectos de las decisiones del STF proferidas en el control difuso.

Posteriormente, en el año 2004, tal como hemos visto, con la llamada Reforma del Judicial llevada a cabo por la Enmienda Constitucional n°. 45, se permitió al Supremo Tribunal Federal editar súmulas de carácter vinculante, sin cualquier intervención del Senado Federal. Ya aquí tratamos de la vinculación de las decisiones reiteradas proferidas en el control difuso. La introducción del referido instituto logró fortalecer la idea de superación del artículo 52, X de la Constitución Federal de 1988.

Sin embargo, la Enmienda 45 tampoco suprimió el artículo 52, X. De igual forma, la llamada PEC paralela a la Reforma del Judiciario (PEC 358/2005) no prevé en su redacción original ninguna supresión del dispositivo.

La tesis de la superación del artículo 52, X/CRFB tiene como su gran defensor el Ministro Gilmar Mendes do STF, que en ese sentido profirió un importante voto, como relator de la Reclamación 4335-5/AC, pendiente de juicio por el Supremo<sup>461</sup>. Su voto, que contiene alegaciones completas sobre toda la evolución en la interpretación del dispositivo constitucional, viene a consagrar la tesis defendida por Lúcio Bittencourt desde 1948 de que el objetivo de la actuación del

---

459 Cf. DCN (Seção I) de 23/09/1992, p. 21693, donde el Diputado, en sus justificaciones, clamaba por la introducción de mecanismos más avanzados argumentando: “*Se se admite que a declaração de Inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato tem eficácia erga omnes, como razoavelmente, justificar que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso concreto deva somente ter eficácia entre as partes. Se se admite possa o Supremo Tribunal Federal suspender liminarmente a eficácia de qualquer ato normativo, inclusive de uma emenda constitucional no controle abstrato de normas, por que condicionar a eficácia geral de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle incidental a um ato do Senado Federal*”.

460 En los anales del Congreso vemos que en ocasiones se aprovechaban oportunidades en las cuales se proponían reformas tributarias para introducir mecanismos de concentración de la jurisdicción, como la **acción declaratoria de constitucionalidad** que fue introducida en la propuesta de enmienda constitucional 00048/1991 de autoría del Diputado Luiz Carlos Hauly. Sin embargo, fue en la propuesta de Enmienda Constitucional 130/92 presentada por el Diputado Roberto Campos donde se percibe la influencia del derecho alemán, cuya Corte Constitucional hasta hoy puede ser accionada tanto para declarar la inconstitucionalidad, como la constitucionalidad de actos y leyes de la federación germánica.

461 Conforme a la información extraída de la página Web del STF el 22.01.2009, después del voto-vista del Señor Ministro Eros Grau (que juzgó procedente la reclamación, acompañando al Relator) votaron los Ministros Sepúlveda Pertence (juzgándola improcedente) y el Ministro Joaquim Barbosa (que no conoció la reclamación). Actualmente, los autos están con vistas al Señor Ministro Ricardo Lewandowski desde 19.04.2007. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>.



Senado siempre fue lo de “*solamente hacer pública la decisión del tribunal llevándola al conocimiento de todos los ciudadanos*”<sup>462</sup>.

Esa tesis, que hasta entonces no había recibido la adhesión de la doctrina brasileña (ni del Constituyente), en el caso de ser victoriosa en el Supremo Tribunal Federal motivará grandes y radicales transformaciones del sistema jurisdiccional brasileño de constitucionalidad. Su ilustre defensor justifica la superación de la norma invocando el concepto de “Mutación constitucional”. Dice él<sup>463</sup>:

*É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica **mutação constitucional** em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.*

(...)

*a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.*

De esta forma, firme en sus argumentos de considerar sobrepasado el artículo 52 X, el Ministro Gilmar Mendes votó en el sentido de conferirse efectos *erga omnes* a la decisión proferida por el Pleno del STF en el control difuso. Para él solo puede ser uno el sentido actual de la norma, el de dar publicidad, es decir: el acto a ser practicado por el Senado iba a tratarse del simple deber de publicación, comparable con aquéllos reconocidos a otros órganos políticos en algunos sistemas constitucionales (Constitución austríaca, art. 140,5 – publicación a cargo del Canciller Federal, y Ley Orgánica de la Corte Constitucional Alemana, art.31, (2), publicación a cargo del Ministro de la Justicia)<sup>464</sup>. Así, sería la propia decisión del Supremo la que contendría fuerza normativa suficiente para suspender la ejecución de la ley declarada inconstitucional.

Esta manera de entenderlo por el Relator fue asumida por el Ministro Eros Grau, que también consideró “obsoleto” el dispositivo. Sin embargo, fue más lejos. Reconociendo que el relator -Ministro Gilmar Mendes- no se habría limitado apenas a interpretar el texto para extraer de él la norma que le correspondiese, habría avanzado hasta el punto de proponer la sustitución de un texto normativo por otro. En verdad, el Ministro Eros Grau acabó por extender también el concepto de mutación constitucional, concluyendo que “no hubo ninguna anomalía de cuño interpretativo, pues, el Ministro Gilmar, habría hecho solamente una ‘auténtica mutación constitucional’”. Justificó:

462 Cf. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdiccional constitucionalidade das leis*. (actualizado por José Aguiar Dias) Brasília: Ministério da Justiça, 1997 (Edição fac-simile de: 2ª. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1968), p. 145. Para Lúcio Bittencourt: “Dizer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente uma impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo ‘inexistente ou ‘inefcaz’, não pode ter suspensa sua execução”.

463 Relatorio y voto disponibles en: <http://www.esdc.com.br/decisoes/RCL4335gm.pdf>, última fecha de consulta: 22.01.2009. Véase también el artículo del mismo Ministro titulado: “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 41, n. 162 abr-jun 2004, pp 149-168.

464 Cf. a propósito, p. 55 del *Relatório*.

*Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado. O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto [compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal] a outro texto [compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo]. (...) na mutação constitucional não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro*<sup>465</sup>.

Evidentemente, la novedad no sería indiferente a la oposición de la doctrina, según previó el propio Ministro Eros Grau<sup>466</sup>. Los primeros cuestionamientos surgieron a través de las habilidades de tres constitucionalistas representantes de universidades de los Estados brasileños del *Rio Grande do Sul*, *Minas Gerais* y *Ceará*<sup>467</sup>, que, en oposición a los entendimientos manifestados en los referidos votos, juntos buscaron demostrar que no es posible admitir que la interpretación de la Constitución pueda conducir a un permiso para que el STF produzca (nuevos) textos, distintos de lo que fue elegido por el Constituyente:

*a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia*<sup>468</sup>.

Recordamos que en Brasil la jurisdicción constitucional es ejercida en el modelo de Suprema Corte y no por un órgano *ad hoc* separado de los Poderes constituidos. Asimismo, si incluso en los sistemas de Tribunales Constitucionales la actividad jurisdiccional no puede ser legislativa o constituyente, no es difícil comprender el espanto producido por el hecho de que el Judiciario pretenda ejercer actividades propias del Constituyente o del legislador positivo<sup>469</sup>.

465 Cf. la íntegra del voto-vista, también disponible en: <http://www.esdc.com.br/decisoes/RCL4335eg.pdf>, última fecha de consulta: 22.01.2009.

466 Destacamos que, aunque previendo una reacción contraria de la doctrina, el eminente Ministro justificó: “*Sucedo que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [=discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso*”.

467 Son ellos, respectivamente, los profesores: Lenio Luiz Streck; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira; y Martonio Mont’Alverne Barreto Lima.

468 STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponible en: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Última fecha de consulta: 28.03.2008, p. 19.

469 Por ello justifican los juristas: “*o processo histórico não pode, desse modo, delegar para o Judiciário a tarefa de alterar, por mutação ou ultrapassagem, a Constituição do País.*” [Cf. 17] *Afinal, cabe ao Supremo Tribunal Federal “corrigir” a Constituição? A resposta é não. Isso faria dele um poder constituinte permanente e ilegítimo*”. *Idem, idem*, p. 25.

El nuevo modelo, en los términos defendidos, tendrá la consecuencia de hacer obsoleta la propia “*súmula vinculante*”, que exige *quórum* calificado de dos tercios (ocho ministros) para su edición, al paso que la declaración de inconstitucionalidad en el control concreto ejercido por el STF exige únicamente que sea observada la regla del *full bench* (seis ministros). Claro que si las decisiones del STF pueden producir eficacia *erga omnes* en el control difuso, será innecesario editar súmulas para alcanzar la misma finalidad.

De esta forma, el sistema de control jurisdiccional brasileño de constitucionalidad se encuentra frente a una situación crucial de definición de su modelo. La votación de la materia por el STF se encuentra empatada. Es cierto, como admiten ambas corrientes, que al consagrarse victoriosa la tesis defendida por los Ministros Gilmar Mendes y Eros Grau, no podremos hablar más de la coexistencia de los modelos difuso y concentrado, pues la difusión resultará prácticamente aniquilada con la atribución de los efectos *erga omnes* a las decisiones del STF en el control de constitucionalidad. Es la llamada “*abstrativização*” del control difuso en Brasil, término de cuyo empleo disentimos vehementemente.

En este caso, o el control difuso será concreto, incidental y principal, **o no será control difuso**. Lo que tendríamos, entonces, no sería la “*abstrativização*” del control difuso, pero sí la “*abstrativização*” del propio sistema de control de constitucionalidad brasileño como género.

De esta forma, el control de constitucionalidad en Brasil ya no podría presentarse como un sistema mixto o híbrido, pues estaríamos ante una nueva forma de controlar la constitucionalidad a través de una especie distinta. Esa nueva especie jamás podría ser clasificada dentro del control difuso-concreto (aunque “*abstractivizado*”), una vez que pretende alcanzar a aquellos que no han garantizado su derecho constitucional de participación en los procesos cuya decisión les afecte. Estamos hablando de un control concentrado y abstracto, aunque se presente con otra vestimenta.

## 8. CODA

Según demuestran los momentos históricos que dieron base a la construcción del sistema brasileño de justicia constitucional, se verifica que, a pesar de la importancia de la influencia norte-americana en la Construcción de la República y del Federalismo brasileño, todas las tentativas de implantar una jurisdicción constitucional que privilegiase el *stare decisis* resultaron, de alguna forma, en la concentración de la jurisdicción homenajando al sistema europeo.

Es cierto que existen algunas diferencias, tales como en la generalidad de los países en los que la declaración de no inconstitucionalidad no produce ninguna eficacia<sup>470</sup>, mientras que en Brasil produce efectos *erga omnes* y eficacia *ex tunc*, como es el caso de la naturaleza dúplice en las acciones directas de inconstitucionalidad y de constitucionalidad, esta incluso muy criticada en la doctrina nacional y extranjera<sup>471</sup>.

470 Por comparar, véanse, por ejemplo, las sentencias interpretativas de rechazo del modelo europeo.

471 JORGE MIRANDA, por ejemplo, afirma que: “*Voltado para a certeza do Direito e a economia*

Otra diferencia en cuanto al alcance de la decisión de inconstitucionalidad es que en Brasil, a no ser que así lo diga expresamente el STF, no hay posibilidad de revivencia de la ley anterior. Ya en Portugal, MIRANDA esclarece que se trata de “*uma alcance positivo, quando haja inconstitucionalidade originária: a reprivatização da norma anterior, mesmo se ao Tribunal Constitucional possa não caber determiná-la*”<sup>472</sup>

Asimismo, se observa que, mientras los Tribunales constitucionales se esfuerzan por desarrollar instrumentos que minimicen los enfrentamientos con el legislador<sup>473</sup>, en Brasil el STF, actualmente, empieza a imponerse como el verdadero guardián de la Constitución ejerciendo un papel más activista. No obstante, vimos también que la estructura judicial del STF, su forma composición y nombramiento de sus miembros difiere radicalmente de la forma adoptada por los Tribunales constitucionales europeos, quedando al libre arbitrio del Presidente de la República.

Por otro lado, la comparación entre los modelos europeos evidencia el hecho de que cada día Brasil se aproxima más a los modelos de controlar la ley en el viejo continente, asumiendo competencias de una verdadera Corte Constitucional a través de mecanismos y técnicas de decisión que prestigian más y más el control concentrado.

Curiosamente, percibimos que en el sistema europeo, y concretamente en Italia, ha sido la necesidad de minimizar las intensas consecuencias de los efectos *erga omnes* de las decisiones dictadas por la *Corte costituzionale* la que ha dado vida a técnicas decisorias en plan del control incidental, que incluso llegó a proponer a los jueces una interpretación propia al caso concreto<sup>474</sup>. Inversamente, podemos percibir de lo que ha sido expuesto que en Brasil lo que se busca es extender los efectos *erga omnes* a procedimientos típicos del control difuso, que a cada día se debilita más y más.

---

*processual, o instituto brasileiro apresenta-se bastante vulnerável: desde logo, porque, para tanto, bastaria atribuir força obrigatória geral à não declaração de inconstitucionalidade ; depois, porque o seu sentido útil acaba por se traduzir num acréscimo de legitimidade, numa espécie de sanção judiciária, a medidas legislativas provenientes dos órgãos (salvo o Procurador-Geral da República) a quem se reserva a iniciativa. Não admira que seja controvertido. Mas, ainda mais, foi-se ao ponto de, por lei ordinária (a Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999), estatuir que, em caso de não procedência de acção directa de inconstitucionalidade, seria proclamada a constitucionalidade da disposição ou da norma impugnada (arts. 23 e 24) – quer dizer, foi-se ao ponto de, assim, uma acção proposta com certa finalidade converter-se em acção com resultado oposto”. (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 738-739).*

472 *Idem, ibidem*, p. 732.

473 “Finalmente, son los tribunales mismos, a través de la propia jurisprudencia, los que han desarrollado técnicas para aumentar su "soportabilidad" para el sistema político. A esta exigencia pueden adscribirse algunas técnicas de decisión que hacen "medible" el juicio de razonabilidad (*ragionevolezza*), como la ponderación, la atención demostrada en la motivación de las sentencias y, en general, por la transparencia de la motivación, también a través del uso de opiniones disidentes, el self-restraint judicial y la doctrina de las political questions, así como la creación de tipos de sentencias que hagan más circunscrito (en el tiempo o en el espacio) el impacto de las decisiones de inconstitucionalidad” GROPPPI, *¿Hacia una justicia.... cit.* pp 486-487.

474 En ese sentido: “Frecuentes han sido los casos en los que la corte ha propuesto a los jueces una interpretación propia, que permita salvar la norma de la inconstitucionalidad: con las sentencias interpretativas de rechazo, la corte afronta la cuestión de que se trata, declarándola no fundada, en cuanto a que es posible atribuir a la disposición impugnada un significado normativo diferente del acogido por el juez o por el recurrente, optando por el que considera compatible con la Constitución, desechando los que podrían estar en contraste con la Constitución”. GROPPPI, *¿Hacia una justicia.... cit.* p 496.

Aunque reconozcamos la existencia, hasta el presente, de un sistema mixto edificado por la convergencia del sistema difuso-concreto con el concentrado-abstracto, debemos verificar que, si antes de la Constitución de 1988 la verificación de conformidad de las normas con la Constitución se daba primordialmente a través del control difuso-concreto, hoy, al contrario, podemos afirmar que en el nuevo orden constitucional prima el control concentrado-abstracto, a pesar de continuar permitiendo que el juez de primera instancia pueda negar la aplicación de la ley por entenderla inconstitucional. No obstante, como hemos visto, ese permiso puede ser excluido del derecho brasileño conforme a lo decidido por el STF en la Reclamación 4335/AC.

Asimismo, también podemos verificar que, mientras en Brasil el énfasis ahora está colocado en el control principal y abstracto, en Europa el peso de la vía incidental va creciendo cada año. En Italia, por ejemplo, el juicio de legitimidad constitucional en la vía incidental se confirma claramente preponderante: representó en el 2007 cerca del 86% de las actividades de la Corte Constitucional, lo que significa un consistente incremento porcentual con relación a 2006<sup>475</sup>. Por otra parte, aunque en el 2008 hubiera una retracción respecto al 2007, la vía incidental sigue siendo la predominante en la Corte, representando 74,16% de las actividades de la Corte<sup>476</sup>. Por consecuencia, se reduce correlativamente el peso del juicio de la vía principal.

En España no es distinto. Según los datos comparados de asuntos ingresados en el Tribunal Constitucional entre 2004 a 2008<sup>477</sup>, cada día crece más la proporción de las cuestiones de inconstitucionales frente a los recursos de inconstitucionalidad<sup>478</sup>. Como nos recuerda FERRERES COMELLA<sup>479</sup>, el Tribunal Constitucional empieza a perder espacio institucional como juez de la ley a causa del exceso de cuestiones de inconstitucionalidad y recursos de amparo que deben ser resueltos y por el hecho de que se tarda hasta diez años para declarar la inconstitucionalidad de una ley atacada por la oposición parlamentaria.

Aun cuando algunos autores entiendan que el sistema brasileño, conforme a

475 Cf. estadísticas constantes del sitio de la *Corte Costituzionale*: [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Prospetti\\_statistici\\_2007.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Prospetti_statistici_2007.pdf), última fecha de consulta: 19.03.2008.

476 Cf. amplia estadística en: [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Prospetti\\_statistici\\_2008.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Prospetti_statistici_2008.pdf), última fecha de consulta: 08.08.2009.

477 Cf. estadísticas jurisdiccionales disponibles en la página del Tribunal Constitucional en internet en el Cuadro 16: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias/Documents/estadisticas2008.pdf>, última fecha de consulta: 07.08.2009.

478 Conforme a las estadísticas del TC de asuntos ingresados durante el año de 2008 clasificados según el tipo de proceso, 93 procesos se trataban de cuestiones de inconstitucionalidad, 24 de recursos de inconstitucionalidad y 14 de conflictos positivos de competencia. De los 10.410 procesos ingresados en el TC el año de 2008, 10.279 se trataba de recurso de amparo. Con relación a las sentencias dictadas (+ asuntos acumulados) vemos que 16 (+ 114 asuntos resueltos) han sido en procesos de cuestiones de inconstitucionalidad, contra 3 (+ 4 asuntos resueltos) fallos en recursos de inconstitucionalidad. Véanse cuadros de números 2 y 4, disponibles en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias/Documents/estadisticas2008.pdf>, última fecha de consulta: 07.08.2009.

479 Cf. FERRERES COMELLA, Victor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

la opción hecha por el Constituyente de 1988, iba a tratarse de un sistema *sui generis* de control mixto con clara preponderancia del control concentrado-abstracto de origen europeo kelseniano (una especie de *quartum genus* donde subsiste una vertiente difusa). Sin embargo, debemos resaltar, que la construcción de la jurisdicción constitucional en Brasil aún no está acabada y que hay todavía mucho que hacer en el sentido de perfeccionar el modelo, aunque a veces surjan propuestas de implantación del control exclusivamente concentrado como opción apta para evitar el colapso del STF<sup>480</sup>, donde existen cerca de 12.000 procesos anuales bajo la responsabilidad de cada uno de sus 11 Ministros<sup>481</sup>.

Si comparamos ese número, absurdamente excesivo, con los números de otras Cortes europeas, como la italiana, verificaremos que el número de procesos bajo la responsabilidad de cada Ministro es infinitamente mayor que el número total de decisiones proferidas por la *Corte Costituzionale* en el 2007, que fue el equivalente a 464, en el 2008 de 449 y en el 2009 de 342<sup>482</sup>.

Las demandas que recibe el STF en solo un año equivalen, en números, a casi todas demandas recibidas por el Tribunal Constitucional español, que a lo largo de sus casi 30 años de existencia ha recibido la cifra de 125.000 demandas<sup>483</sup>.

Por lo que hemos mencionado anteriormente, no es difícil percibir el inminente colapso del STF. Sin embargo, una pregunta es inevitable: ¿todo eso es resultado de un más amplio acceso a la justicia ocurrido con la redemocratización del país?, ó ¿La culpa de tal anomalía será de la Constitución del 1988? ¿Será esta norma jurídica la culpable de toda crisis de la justicia constitucional brasileña?

La respuesta sólo puede ser negativa y para justificarla invocamos el pensamiento de Norberto Bobbio<sup>484</sup>, para quien únicamente un “gobierno de las

480 En ese sentido, *cf.* la Propuesta de Enmienda Constitucional PEC-252/2004 en el sitio Web de la Cámara de los Diputados: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/205510.pdf> de autoría del Diputado Almir Moura do PL/RJ (y aproximadamente más 100 coautores), que visaba la modificación de la Constitución Federal para crear un Tribunal Constitucional reglamentando todo su funcionamiento, composición y nombramiento de sus miembros, duración del mandato, competencia, proceso, juicio, medida cautelar, acción directa de inconstitucionalidad, acción declaratoria de constitucionalidad, leyes, etc, etc. También disponible en la página Web de la Cámara el parecer del relator manifestándose, en junio del 2005, por la inadmisibilidad : <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/402585.pdf>

481 En el año 2007 fueron 119.324 procesos protocolados. Ya en el 2008 descendió en 100.781 procesos protocolados y en 2010 disminuyó cerca del 19,5% el total de procesos protocolados, que ha sido de 81.081, conforme a la estadística disponible en la página Web del STF: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/principalDestaque/anexo/RELATORIO\\_STF\\_2009\\_18032010\\_QUALIDA\\_DE\\_WEB\\_ORCAMENTO.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/principalDestaque/anexo/RELATORIO_STF_2009_18032010_QUALIDA_DE_WEB_ORCAMENTO.pdf). Última fecha de consulta: 06.05.2010

482 *Cf.* [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Grafici\\_ConferenzaStampa\\_25022010.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Grafici_ConferenzaStampa_25022010.pdf) última fecha de consulta: 06.05.2010.

483 *Cf.* Los exactos términos de las informaciones del TC en su página web: “A lo largo de sus más de 27 años de existencia, el Tribunal Constitucional ha recibido 124.384 demandas de todo tipo; dictado casi 110.000 resoluciones definitivas, de las cuales 6.232 fueron en forma de sentencia, casi 12.000 en forma de Auto y más de 90.000 en forma de providencia de inadmisión o de terminación.”(a 31-12-2007). Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es/tribunal/datos.html>, última fecha de consulta: 22.01.2009. Los datos correspondientes al año 2008 se pueden consultar en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias/Documents/estadisticas2008.pdf> (última fecha de consulta: 06.05.2010) y muestran que hubo 311 casos resueltos y 187 sentencias dictadas.

484 *Cf. Il futuro della democrazia.* Torino: Einaudi, 1984, 1991 e 1995 (Saggi 281). Edición brasileña: Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992; e *As Ideologias e o Poder em Crise.* 4.a ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília,

leyes” (y no el “gobierno de los hombres”) celebra el triunfo de la democracia, definida magistralmente por él como un conjunto de reglas que indican **quién** (un elevado número de miembros) está autorizado a tomar decisiones colectivas, a través de procedimientos – el **cómo**- (regla de las mayorías) pero que exige, para el desarrollo del juego, una tercera condición: los derechos de libertad, las libertades civiles.

Así, la Constitución no puede ser la culpable de la crisis instalada, porque según las enseñanzas del gran filósofo italiano, utilizando como símil el fútbol, la función de la Constitución es establecer las reglas del juego. Serían entonces las normas constitucionales normas de procedimiento que sirven para fijar el camino de una decisión (o del gol), y no el modo con el cual se debe jugar, pues ese modo (de hacer goles) se encuentra en la habilidad de los jugadores. Por ello, la Constitución es condición necesaria pero no suficiente para el buen funcionamiento de la democracia.

Tratándose del modo en el cual el juego debe ser conducido, percibimos que el futuro del sistema de control de constitucionalidad brasileño -como instrumento de garantía de la Constitución- depende de la habilidad de los jugadores. En este caso, depende de la habilidad de los 11 ministros intérpretes de la Constitución, a quienes corresponderá, como hemos visto, definir los rumbos de la jurisdicción constitucional brasileña. Sin embargo, depende también de todos aquellos actores que participan del proceso de concretización del discurso constitucional, pues es sobre todos los actores constitucionales sobre quienes recaerá la tarea de definir los rumbos de la jurisdicción constitucional brasileña.

De todos modos, cualquiera que sea el resultado de este partido específico, lo que realmente importa es celebrar la victoria de la democracia, alcanzada a lo largo de las más de dos décadas amplias de vigencia de la Constitución brasileña.

# **PARTE ESPECIAL**



### III - LA LEGISLACIÓN DE URGENCIA EN BRASIL Y EN EUROPA

*Nel nuovo contesto politico e costituzionale è stato, ormai da tempo, sottolineato il carattere strumentale della legge rispetto ad una determinata politica. E pertanto ha trovato successo la formula secondo cui "governare significa legiferare", mentre secondo una più recente formulazione la legge è una "risorsa di governo".*

*(Giovanni Pitruzzella<sup>485</sup>)*

**SUMARIO:** 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 1.1. UBICACIÓN DIACRÓNICA Y SINCRÓNICA DEL TEMA OBJETO DE COMPARACIÓN. 1.2. DETERMINACIÓN DE LOS LÍMITES CONCEPTUALES DE LOS PRESUPUESTOS DE NECESIDAD Y URGENCIA PARA EFECTOS DE LA COMPARACIÓN. 2. EXPERIENCIAS DE PODERES NORMATIVOS CONCEDIDOS AL EJECUTIVO EN EL DERECHO COMPARADO. 2.1. ALEMANIA Y EL ESTADO DE NECESIDAD LEGISLATIVA. 2.2. FRANCIA Y SUS *ORDENNANCES*. 3. TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGISLACIÓN DE URGENCIA. 3.1. TEORÍAS ITALIANAS: 3.1.1 HECHOS CONSENTIDOS POR LA CONSTITUCIÓN. 3.1.2 PODER DELEGADO AL EJECUTIVO. 3.1.3 PODER PROPIO OTORGADO AL EJECUTIVO. 3.2. DOCTRINAS BRASILEÑAS: 3.2.1 PODER CAUTELAR DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA O SIMPLE PROYECTO CON FUERZA DE LEY. 3.2.2 LEYES ESPECIALES. 3.2.3 ACTO ADMINISTRATIVO CON FUERZA DE LEY. 3.2.4 ACTOS DE GOBIERNO. 3.2.5 A TÍTULO DE SÍNTESIS. 4. LA LEGISLACIÓN DE URGENCIA EN LAS DISTINTAS FORMAS Y SISTEMAS DE GOBIERNO. 4. 1. LA RELACIÓN ENTRE EJECUTIVO Y LEGISLATIVO EN LOS SISTEMAS DE GOBIERNO EN LOS PAÍSES COMPARADOS (*PARLAMENTARISMO VERSUS PRESIDENCIALISMO*). 4.2. LA REPÚBLICA SEMIPRESIDENCIALISTA PORTUGUESA Y LOS *DECRETOS-LEIS*. 4.2.1. ANTECEDENTES. 4.3. EL PARLAMENTARISMO EN LA REPÚBLICA ITALIANA Y SUS *DECRETI-LEGGE*. 4.3.1. ANTECEDENTES EN EL DERECHO INTERNO. 4.4. LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA EN ESPAÑA Y LOS *DECRETOS-LEYES*. 4.4.1 ANTECEDENTES. 4.5. LA REPÚBLICA FEDERATIVA Y PRESIDENCIALISTA BRASILEÑA, LOS *DECRETOS-LEIS* Y LAS *MEDIDAS PROVISÓRIAS*. 4.5.1 ANTECEDENTES. 5. LAS *MEDIDAS PROVISÓRIAS* BRASILEÑAS FRENTE A LOS *DECRETOS-LEYES* EN ITALIA, ESPAÑA Y PORTUGAL. 5.1. *MEDIDAS PROVISÓRIAS* Y *DECRETOS-LEYES* COMO "LEGISLACIÓN DE URGENCIA". 5.2 *DECRETOS-LEYES* COMO LEGISLACIÓN ORDINARIA. 5.3. PRESUPUESTOS HABILITANTES DE LA LEGISLACIÓN DE URGENCIA. 5.3.1. "*RELEVÂNCIA E URGÊNCIA*". EL CASO BRASILEÑO. 5.4. LÍMITES MATERIALES. 5.5. LÍMITES TEMPORALES. 5.5.1. PLAZOS DEL GOBIERNO PARA REMITIR LOS *DECRETOS-LEYES* AL PARLAMENTO; 5.5.2. PLAZOS PARA LA APRECIACIÓN DEL PARLAMENTO. 5.6. PROVISIONALIDAD Y EFECTOS DE LA APRECIACIÓN DEL PARLAMENTO. 5.7 OTRAS CONSIDERACIONES. 6. *CODA*.

## 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

### 1.1. Ubicación diacrónica y sincrónica del tema objeto de comparación

Históricamente, la producción normativa de urgencia ponía de relieve una situación “excepcionalísima” porque, como ya hemos visto, la ley en el Estado Liberal era la propia representación del Derecho.

El principio de la división de poderes ha impuesto que las tres funciones soberanas fueran entregadas a órganos complejos y diferenciados, unitarios e independientes, puestos en situación de controlarse respectivamente de modo que se pudiera realizar un perfecto equilibrio y regular así el desarrollo de la vida pública. Por ello, la consagrada teoría (la de la separación de poderes) no podía admitir la cesión de poderes legislativos al Ejecutivo, una vez que esta era considerada como lo que se puede llamar el “límite interno” de la acción del Estado. De esta forma, la función legislativa quedó radicada en el Parlamento.

Sin embargo, aunque en el pasado la división de poderes pudiera presentarse de una forma incondicional, lo cierto es que ya no podemos hablar de una separación absoluta de los poderes. Este tema, ya más que debatido en la doctrina que hoy día acepta que el principio estaría técnicamente mejor denominado como *armonía entre los poderes* o aún como *separación orgánica de funciones*, puede caracterizarse como aquella en la que un único poder estatal se manifiesta a través de distintas funciones que se distribuyen de modo normal y prevalente -aunque no exclusivo- entre diferentes órganos estatales, independientes unos de otros, pero con las excepciones debidas, que permiten una adecuada coordinación mutua.

VIESTI<sup>486</sup>, aún reconociendo la procedencia de algunas críticas hechas al principio de la separación de poderes y de sus respectivas funciones, percibe con agudeza que, sin embargo, “el principio ha sido acogido por todos los ordenamientos democráticos y todavía representa, no obstante a las múltiples tentativas de eliminarlo -y de los claros temperamentos a los cuales ha sido sometido-, una garantía insustituible para la libertad de los ciudadanos y para el buen funcionamiento del aparato estatal”. A pesar de que también admite que los **actos típicos** de los Poderes pueden presentar caracterizaciones bastante variadas, no está de acuerdo con la doctrina que entiende que a las distinciones materiales de las funciones no corresponderían análogas distinciones de los actos (que se caracterizarían solo por sus caracteres formales). Afirma el jurista italiano que el **acto** es la expresión de la función y contiene, necesariamente, un mandato abstracto (norma) o un mandato concreto, que en este caso puede ser administrativo o jurisdiccional:

*Nel suo schema classico, applicazione di quel principio esige che la legislazione sia riservata a una o più assemblee rappresentative (Potere Legislativo), che la giurisdizione sia attribuita a un corpo di magistrati facenti capo a una Corte Suprema (Potere Giudiziario) e che all'attività amministrativa attendano il Capo dello Stato, i Ministri e i numerosi organi ad essi subordinati (cosiddetto Potere Esecutivo). Logici corollari de questa ripartizione sono l'autorganizzazione dei singoli Poteri, volta ad assicurare la loro indipendenza; la tipicità delle forma de richieste per l'esercizio di ciascuna funzione,*

*forme che identificano nella legge per l'atto normativo, nella sentenza per la pronuncia giurisdizionale e nel decreto e nell'ordinanza per l'atto amministrativo; nonché la speciale efficacia di ciascun tipo di atto, collegata alla forma (cosiddetta efficacia formale), corrisponde al fine pratico realizzato e consistente rispettivamente nella forza de legge, nell'autorità del giudicato e nell'esecutorietà dell'atto amministrativo. Per quanto riguarda in particolare la forza di legge, è da notare che la medesima si presenta sia come idoneità a modificare e travolgere ogni altra manifestazione di volontà (potenzialità attiva), sia come intangibilità da parte de atti che non siano legislativi (potenzialità passiva).*

Es cierto que existen razones que avalan las críticas del principio de la división de poderes en razón de su rigidez y abstracción. La aplicación integral del mismo se arriesga a comprometer la funcionalidad del Estado, una vez que la experiencia ya ha demostrado que sí es necesaria la interferencia entre los poderes, especialmente entre el Legislativo y el Ejecutivo. No obstante, por otro lado, tampoco quedan dudas de que aún hoy una distribución del ejercicio del poder político que impida su concentración en una sola instancia – sea ésta una persona o un grupo de personas- sigue considerándose una de las mayores garantías de la libertad.

De esta forma, la única alternativa encontrada para poder admitir que el Poder Legislativo habilite al Poder Ejecutivo para practicar actos típicos de la competencia exclusiva del Legislativo y ejercer dichas potestades legislativas (aunque en materias precisas, por tiempo determinado y sujeto a control), solo ha sido posible concibiendo aquel principio – el de la división de poderes- de forma flexible. Se observa, todavía, que esta práctica de permitir al Ejecutivo dictar actos (atípicos) con rango y fuerza de ley solo ha sido admitida con carácter excepcional y en supuestos de urgencia, emergencia o de extrema necesidad, motivo por el cual pasó a conocerse, de una forma genérica, como legislación o *decretazione d'urgenza*.

La historia nos muestra que, desde la consagración de la teoría de la separación de poderes hasta la Primera Guerra Mundial, la implementación de la *legislación de urgencia*<sup>487</sup> por parte del Poder Ejecutivo ha sido bastante moderada en Europa, lo cual es fácil de entender debido a la fuerte aceptación del principio y a la carga dogmática que esto conlleva. Algunos países ni siquiera llegaron a adoptar esta forma anómala de legislar.

Sin embargo, con motivo de las Grandes Guerras, las *decretazioni d'urgenza* van a transformarse en un instrumento ordinario de establecer las leyes<sup>488</sup>. Era obvio

487 El término *legislación de urgencia* se emplea, en este caso, como género para expresar toda forma de intervención del Ejecutivo en el Legislativo, ya sea por decretos-leyes como a través de leyes delegadas, medidas constitucionales, etc.

488 **En Italia**, desde 1914 hasta 1925 se dictaron 5.217 Decretos-leyes (CELLOTO, Alfonso. *L' "abuso" del decreto legge*. Padova: Cedam. 1997, vol. I, p. 216). Afirma CERCIELLO que solo en 1919 se dictaminaron 1.043 *decreti-legge*. (Cf. CERCIELLO, Renato. *La questione dei D.L.* En: *Giur. it.*, 1922, IV, 114 sg. *Apud*: DI CIOLO, Vittorio, *Questione in tema di Decreti legge*. Milano: Giufrè, 1970, p. 10, nota al pié 10). **En Francia**, los Decretos-leyes fueron muy utilizados durante el conflicto mundial, pero pasado éste y a partir de 1919 y hasta 1939 el método más empujado para asegurar una rápida intervención del gobierno en la inminencia de graves conflictos internacionales fueron las *Lois d'habilitation*. Resulta curioso que ninguna de estas Constituciones, ni la Constitución de Francia, entonces la de la Tercera República -*Loi constitutionnelle* del 25 de febrero de 1875-, ni la de Italia -Estatuto Albertino-, preveían expresamente una delegación de poderes legislativos al Ejecutivo.

que se trataba de un período excepcional en el cual no era posible dejar de admitir que a veces se hacían necesarias intervenciones legislativas rápidas. Sin embargo, tampoco se puede negar que no se hiciera un uso abusivo de la *legislación de urgencia* en este período o en el período de entre-guerras, lo que incluso provocó el desmoronamiento de sistemas de gobiernos y el nacimiento de Estados autoritarios.

El Estado autoritario concentrará en manos de una sola persona o de un solo grupo político las potestades públicas y, en consecuencia, las Asambleas se limitarán a aprobar lo que decide o propone el Ejecutivo, cuyos órganos centrales están ampliamente dotados de poderes para dictar actos con fuerza legislativa, en general llamados *Decretos-leyes*<sup>489</sup>.

Ya el *Estado de Democracia progresiva* o marxista, conforme a la clasificación de BISCARETTI DE RUFFIA<sup>490</sup>, ha acogido la teoría de la dimensión de los poderes, según la cual la potestad soberana, independientemente de sus particulares manifestaciones, viene atribuida a diversos grupos de órganos, formados por un único partido dominante, para ejercer la función legislativa primaria. Las Constituciones de estos países también preveían que estos órganos o asambleas, en determinados casos y circunstancias, pudiesen ser sustituidos por los órganos gubernativos, los cuales están, por tanto, autorizados a adoptar actos con fuerza ley de la categoría *Decretos-leyes*<sup>491</sup>.

La *legislación de urgencia* ha sido admitida también por innumerables Estados modernos en las más diversas formas y sistemas de gobierno. Notable ha sido su difusión en los sistemas del tipo parlamentario, que en su forma clásica (monárquica o republicana) están caracterizados por la confianza y la colaboración entre Legislativo y Ejecutivo. No obstante, también tuvo gran difusión en las repúblicas presidenciales, aunque éstas aplicasen con mayor rigor el principio de la separación de poderes ignorando la relación fiduciaria del Ejecutivo hacia las Cámaras. En las repúblicas presidenciales, a las *legislaciones de urgencia* en general y al instituto de los *Decretos-leyes*<sup>492</sup> en especial, les ha sido otorgada una

489 Constitución portuguesa de 1933 (art. 81, n. 9 y 109, n. 3). En España: artículo 13 de la Ley Fundamental del 17 de julio de 1942. La Constitución brasileña de 1937 (art. 12, 13, 14, 38, 74 “b” y 180). En Brasil fueron otorgados amplios poderes legislativos al Presidente de la República por la Constitución de 1937, la cual, inspirada en el modelo fascista europeo, institucionaliza el régimen dictatorial del *Estado Novo*. Sus principales particularidades fueron las de establecer la pena de muerte, eliminar la libertad partidaria y anular la autonomía federal y la independencia de los Poderes, concentrando poderes ejecutivos y legislativos en manos del Presidente de la República. Asimismo, permitió la suspensión de la inmunidad parlamentaria, el encarcelamiento y el exilio de opositores. Igualmente, estableció la elección indirecta para la figura del presidente de la República, con el mandato de seis años.

490 Cf. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*, Madrid: Tecnos, 1973, p. 226-229, para quién las formas políticas de Estado están clasificadas en: *Estado Clásico*, *Estados Autoritarios* y *Estados de Democracia progresiva*, que parte del primado absoluto de los factores económicos y sociales, critica a la democracia clásica en el sentido de que la desigualdad económica-social hace ilusorias las libertades, pronunciándose por un nuevo Estado. Su derecho constitucional es una simple técnica para realizar la revolución social partiendo de la dictadura del proletariado, la cual debía ser superada por el socialismo, el que a su vez prepara el advenimiento de la sociedad comunista. En esa perspectiva no tiene cabida el Estado de Derecho y la separación de poderes se concibe como menoscabo de la soberanía del pueblo, desarrollándose el principio del centralismo político.

491 A propósito de esta época véanse las siguientes Constituciones: 1936: URSS (art. 49, “b”, “m” y “r”); 1940: Mongolia (art. 23, “c” y “k”); 1946: Albania (art. 53, n.º 4 e 11); 1947: Bulgaria (art. 35, n.º 5-10 y 11); 1949: Hungría (art. 20, n.º 4 y 5); 1952: Polonia (art. 26 e 28) y Rumanía (art. 37, “b” y “p”) etc.

492 En este caso entendido como el propio instrumento, es decir, como aquella norma dictada por los Ejecutivos con rango y fuerza de ley, que en general son denominadas como decretos-leyes, pero que pueden

estructuración peculiar, completamente distinta de aquella realizada en los sistemas parlamentarios.

Independiente de la forma y el sistema de gobierno, se nota que bajo la denominación genérica de **decretos-leyes** nos podemos encontrar con actos de diversa naturaleza y con distintos contenidos, fundamentos o presupuestos justificantes. Sin embargo, a pesar de las peculiaridades de cada situación individualizada, podemos afirmar que esos actos legislativos dictados por los Ejecutivos casi siempre van justificados por la presencia de los requisitos de **necesidad y urgencia**, lo que viene a confirmar su carácter de medida excepcional.

Ahora bien, con la llegada del Estado Social todavía será frecuente la cesión constitucional de atribución (originaria) al Ejecutivo del poder de legislar por medio de providencias urgentes con fuerza de ley. Sin embargo, la **urgencia** y la **necesidad** se presentarán revestidas de nuevos matices y estarán, entonces, justificadas – al menos en teoría- por la necesidad de conferir más eficiencia a las políticas públicas. En este sentido, el *Decreto-legge* italiano, la *Medida provisória* brasileña, el Decreto-ley español o incluso el *Decreto-lei* portugués serían más bien “instrumentos de gobernabilidad”, aunque se reconozca que no siempre será lo que ocurrirá en la práctica.

Con la consolidación del Estado Constitucional vemos que han crecido, por un lado, las exigencias de legitimidad en la producción legislativa y, por otro lado, la importancia de la función jurisdiccional. Entonces, ¿cómo explicar que aún hoy se le permite al Ejecutivo protagonizar las acciones del Gobierno dictando normas con rango de ley?

La propensión a la ampliación de los poderes del Ejecutivo en los sistemas políticos actuales viene a poner de manifiesto el tema del abuso de los instrumentos que tienen los gobiernos para dictar normas con rango y fuerza de ley, fundadas en la urgencia o en la extrema necesidad. Dicha constatación del abuso en la utilización de la legislación de urgencia por parte de los gobiernos democráticos, en opinión de SILVESTRI<sup>493</sup>, resalta la paradoja de que cuanto más se intensifican las críticas doctrinales y la monitorización sobre el abuso de las *decretazione d'urgenza*, más crece el número de *decretos-leyes* y, principalmente, el grado de distorsión respecto al modelo constitucional.

---

presentarse con otros nombres, como en Brasil, cuyo Constituyente de 1988 (a diferencia de la Constitución decretada en 1937 que instituyó los *Decretos-leis*) prefirió emplear el nombre de *Medidas Provisórias*, aunque en esencia se tratase de la misma institución. El cambio de la denominación fue justificado por los Constituyentes en los siguientes términos: “*Sr. Presidente, Srs. Constituintes, não há dúvida de que todos os que não desejam ir a contrapelo da realidade estão convencidos de que é um imperativo dotar-se o Governo da capacidade de expedir atos legislativos em determinadas circunstâncias. A partir desse pressuposto eu entenderia que, no nosso País, sem perdermos de vista a conjuntura atual e a imediatamente anterior, há de se fazer um trabalho primeiro de desmistificação dos atos legislativos expedidos pelo Governo. Não chamaríamos mais decretos-leis. Acolheríamos dispositivos de outros textos constitucionais que denominam e designam de atos legislativos a matéria expedida em forma de lei pelo Governo. Em segundo lugar, seria de extrema necessidade e urgência que se diminuísse sensivelmente o espaço para o decreto-lei. E a diminuição desse espaço estaria na criação de mecanismos de delegação legislativa, internamente, no Parlamento, e delegação externa, do Poder Legislativo, para que o Governo legislasse sobre determinadas matérias e em função dos parâmetros por ele estabelecidos*”. Cf. AANC (ATAS DAS COMISSÕES), Ata da 3ª Reunião Extraordinária de 28.04.1987, p.72.

493 SILVESTRE, Gaetano. “Alcuni profili problematici dell’attuale dibattito sui decreti-legge”, *Politica del Diritto*. Bologna: Il Mulino, 1996, pp. 421 a 444.

Por estos motivos, en este capítulo pretendemos analizar el *cómo* y el *por qué* algunas Constituciones europeas de la actualidad todavía conceden poderes legislativos al Ejecutivo. No obstante, el objetivo de esta investigación no es el de describir detalladamente los aspectos dinámicos de los métodos e instrumentos particulares de cada país o agotar el tema de los poderes normativos del Ejecutivo existentes en el ámbito de los ordenamientos estudiados. Al contrario, este estudio pretende, a través de una visión general, identificar las bases constitucionales para el ejercicio legítimo de la potestad legislativa en el ambiente democrático actual, comparando las formas de repartición de competencias entre los órganos dotados de autoridad constitucionalmente otorgadas, a fin de detectar los fundamentos a través de los cuales los poderes del Ejecutivo tienden a dilatarse en el ámbito de las Constituciones vigentes, asumiendo formas no previstas en sus propias normas supremas.

Tras explicar el motivo y los fundamentos de la aceptación de la *legislación de urgencia* en las Constituciones europeas que hoy la admiten -con principal énfasis en las Constituciones italiana y española- verificando sus usos y abusos; la finalidad de nuestra investigación se centrará en demostrar cómo su utilización por los gobiernos europeos ha influido en la configuración de la *legislación de urgencia* en Brasil.

Por ser Brasil una ex-colonia de Portugal que se alzó a la condición del Reino Unido, añadido al hecho de que durante más de seis décadas tras la independencia el Derecho Constitucional que imperaba a ambos lados del Atlántico ha sido prácticamente el mismo<sup>494</sup>, lo cual produjo influjos recíprocos en ambos países, la investigación no podría prescindir de verificar la configuración que la Constitución lusitana confiere al *decreto-lei*, aunque en Portugal estos actos normativos ya no estén clasificados como *legislación de urgencia*.

Por otra parte, debido a su origen excepcional, no es de extrañar que en los países comparados la *legislación de urgencia* o los *Decretos-leyes* -como género que designa la práctica de normas gubernamentales por los Ejecutivos- sean muy anteriores a las actuales Constituciones. No obstante, el objeto del presente estudio se centrará en la comparación de las Constituciones actuales, aunque para una mejor comprensión de los institutos sea necesario verificar su evolución en el tiempo, realizando un estudio diacrónico de los decretos-leyes en los distintos países y comparándolos con el fin de entender sus actuales configuraciones constitucionales.

---

494 Referencia a la Constitución brasileña de 1824 (que estuvo en vigor hasta 1891) y a la Constitución portuguesa de 1826 (que estuvo en vigor hasta 1911) las cuales fueron dictadas por el mismo Monarca: Dom Pedro I do Brasil e IV de Portugal. En verdad la Constitución portuguesa de 1826 significó una especie de “clonación” de la primera Constitución brasileña que data del año 1824. No obstante, las dos Cartas establecerían un estrecho vínculo entre Portugal y Brasil en lo que respecta a la interpretación y aplicación de sus institutos. Es exactamente el estrechamiento de dichos vínculos lo que nos permite afirmar que el derecho constitucional en ambos los países fue prácticamente el mismo durante aproximadamente las siete décadas durante las cuales estuvieron en vigor de forma casi simultánea.

## 1.2. Determinación de los límites conceptuales de los presupuestos de *necesidad y urgencia* para efectos de la comparación

Por ahora nos interesa resaltar que la **necesidad y urgencia** con las cuales pretendemos trabajar no son aquellas que habilitan al Ejecutivo con vastos poderes para suspender las garantías individuales de los ciudadanos en tiempos de crisis o en situaciones de grave comprometimiento de la seguridad del Estado, del orden público, de la independencia nacional, de la integridad del territorio u otros casos que puedan sacrificar las libertades constitucionales vía *decretos-leyes* sin que estos estén sometidos al Legislativo.

Las finalidades sociales del Estado contemporáneo han modificado la realidad histórica. Así, los conceptos de **necesidad y urgencia** a partir de los cuales pretendemos estudiar los actos con fuerza de ley dictadas por los gobiernos actuales, no son aquellos que se justificaban en los conflictos bélicos históricos ni aquellos que, en general, están calificados en la teoría de la Constitución como decreto de ejecución de los *parágrafos de la dictadura* (art. 16° de la Constitución de Weimar) o de las *cláusulas de plenos poderes* (art. 16 de la Constitución francesa de 1958) ni tampoco son aquellos que todavía hoy autorizan los estados de sitio, excepción o alarma.

A excepción de Portugal, donde los decretos leyes pueden resultar de una competencia legislativa propia y en algunos casos exclusiva del Gobierno<sup>495</sup>, los países en los cuales centramos nuestras atenciones siempre invocan como presupuesto habilitante, para que los Ejecutivos puedan dictar normas con rango de ley, alguna especie de **urgencia o necesidad**. Es el caso del artículo 77 de la Constitución italiana (*in casi straordinari di necessità e d'urgenza*), el art. 86 de la Constitución española (en caso de extraordinaria y urgente necesidad) y el art. 62 de la Constitución brasileña, en el caso de las *medidas provisórias (em caso de relevância e urgência)*.

No obstante, la *legislación de urgencia* que aquí nos interesa verificar, así como su necesidad, no es la misma que nace de las medidas constitucionales destinadas a la protección extraordinaria del Estado y que autorizan a los Ejecutivos a tomar medidas excepcionales en tiempos de crisis<sup>496</sup>. En realidad se trata de estados de excepción que no pueden ser confundidos con la *decretazione d'urgenza* que aquí queremos tratar y que autorizan la edición de decretos-leyes. En este sentido, es demostrativo el entendimiento realizado por el Tribunal Constitucional español: “La extraordinaria y urgente necesidad no ha de entenderse en el sentido extremo de confinar al Decreto-ley para ordenar situaciones - o intervenir en acontecimientos - de excepcional amenaza para la comunidad o el orden constitucional”<sup>497</sup>.

495 Así están previstos en la Constitución de la República Portuguesa (CRP/1976), en el artículo 198° (*Competência legislativa do Governo*).

496 Y que están previstas en la Constitución brasileña, en el Título V (*Da defesa do Estado e das Instituições Democráticas*): art. 136 (*estado de defesa*) y art. 137 (*estado de sítio*); en la Constitución española, en el Título V (De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales): art. 116: 1. estado de alarma, 2. estado de excepción, 3. estado de sitio; en la Constitución de Italia (art. 78: *stato di guerra*) y en Portugal (CRP/76, art. 134°, “d” y 138°: *estado de sítio ou do estado de emergência*).

497 Cf. Sentencia 111/ 1983, del 2 de diciembre, FJ 6.

Sobre la distinción entre unas y otras, CRUZ VILLALLÓN<sup>498</sup> al analizar la interpretación del Tribunal Constitucional afirma que no es solamente que el Decreto-ley no pueda ser concebido como un instituto integrante de la protección extraordinaria del Estado, sino que tampoco puede considerarse propiamente como un procedimiento legislativo **rigurosamente** (destacamos) excepcional. Esta afirmación también se adecua perfectamente a los ordenamientos constitucionales de Brasil e Italia, considerando la facilidad con la que se utilizan estos mecanismos de intervención del Ejecutivo en el procedimiento de la elaboración de las leyes.

Entonces, al no ser los *decretos-leyes* (únicamente) instrumentos de protección extraordinaria del Estado, lo que se puede percibir es que las **urgencias** o **necesidades** que, a su vez, caracterizarán a unos y otros son distintas. Mientras que la característica principal de los institutos de defensa extraordinaria del Estado destaca por la suspensión de los derechos fundamentales y se concretan en dichos países por motivos de agresión por fuerzas extranjeras (efectiva o inminente), graves amenazas o perturbación del orden constitucional democrático, o aún, en ciertos casos, de calamidad pública, los institutos de la *legislación de urgencia* están generalmente orientados hacia la morosidad del Estado y se centran en atender, a través de las vías legislativas normales, las necesidades del Estado (en gran parte justificadas por el advenimiento del Estado Social). De esta forma, y aunque pueda ocurrir, las *legislaciones de urgencia*, necesariamente, no van a implicar restricciones de los derechos individuales constitucionalmente garantizados a los ciudadanos.

Al contrario, sus fundamentos se orientan exactamente en el sentido opuesto. La **urgencia** o la **necesidad**, como presupuestos habilitantes de la *legislación de urgencia* de la que tratamos, están más bien justificadas –al menos en teoría- por la necesidad de otorgar más eficiencia a las políticas públicas<sup>499</sup>. En este sentido, los *decretos-leyes* serían instrumentos puestos a disposición de los gobiernos para hacer efectivas las acciones urgentes y necesarias en beneficio de la colectividad; aunque reconozcamos que, efectivamente, no es lo que ocurre en la práctica en los distintos países.

---

498 Cf. CRUZ VILLALLÓN, Pedro: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 55-57: “No ha sido esta, sin embargo, la interpretación que se ha impuesto. El Tribunal Constitucional, dando por buena la casi normalidad con la que, desde el primer momento de la entrada en vigor de la Constitución los Gobiernos (con el consentimiento del Congreso) han recurrido al Decreto-ley, ha rechazado, ante todo, la aproximación de este instituto al derecho de excepción: ‘La extraordinaria y urgente necesidad no ha de entenderse en el sentido extremo de confinar al Decreto-ley para ordenar situaciones - o intervenir en acontecimientos - de excepcional amenaza para la con unidad del orden constitucional’ (Sentencia 111/ 1983, de 2 de diciembre, FJ 6). Pero no es solamente que el Decreto-ley no pueda ser concebido como un instituto integrante de la protección extraordinaria del Estado, sino que tampoco puede considerarse propiamente como un procedimiento legislativo rigurosamente excepcional: ‘Nuestra Constitución ha contemplado el Decreto-ley como un instrumento normativo del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual’; La necesidad exigida por la Constitución no puede ser entendida como una necesidad absoluta” sino como una “necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes’ ” (Sentencia 6/ 1983 del 4 de febrero, FJ 5º)”.

499 Véase en ese sentido en España STC 6/ 1983 del 4 de febrero, FJ5: “Nuestra Constitución ha contemplado el Decreto-ley como un instrumento normativo del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual”.



Así, a efectos de nuestro estudio, no es posible admitir a día de hoy el mismo concepto de **necesidad**<sup>500</sup> que en el pasado fundamentó la *legislación de urgencia* por parte de los gobiernos, como aquella defendida en Italia en 1849 por el Diputado Urbano Rattazzi que afirmaba que existía una ley mas grande que cualquier Estatuto: la necesidad<sup>501</sup>; también sirve a estos efectos la fórmula de la doctrina alemana, según la cual “la necesidad no conoce principios”<sup>502</sup>.

No queremos decir aquí que las actuales medidas excepcionales previstas en las Constituciones para los tiempos de crisis no puedan, en absoluto, estar fundamentadas en los presupuestos de urgencia y necesidad. Lo que queremos afirmar es que, aunque los fundamentos para la *legislación de urgencia*, en su origen histórico, se presentaron revestidos de un carácter excepcional para atender a graves momentos de crisis, en los tiempos actuales se percibe que sus fundamentos han cambiado y que no pueden servir indistintamente a unos y a otros. Esto es lo que debe de quedar claro antes de proseguir con el planteamiento del tema que nos proponemos abordar.

Es cierto que, desde que existe el Estado de Derecho, tanto en Europa como en Latinoamérica se han previsto diversos modos de *legislación de urgencia* que han evolucionado para atender al Estado Social. Sin embargo, se nota que parte del significado original de este movimiento iniciado en Europa desaparece con la revisión del papel del Estado en este comienzo de siglo, a partir del agotamiento de la capacidad de financiación de prácticas distributivas. Aún así, el poder concedido acaba por posibilitar al Ejecutivo dictar de forma unilateral las políticas públicas, ejerciendo control sobre la dinámica parlamentaria. Así, aún con la reducción de los proyectos de bienestar social, la *legislación de urgencia* continuó siendo aplicada como señal de nueva forma de relación entre los poderes. Este es, concretamente, el enfoque que queremos mostrar.

## 2. EXPERIENCIAS DE PODERES NORMATIVOS CONCEDIDOS AL EJECUTIVO EN EL DERECHO COMPARADO

En general, las actuales Constituciones atribuyen al Ejecutivo el poder de dictar actos normativos únicamente cuando va precedido de una **ley de delegación** que autoriza y traza los parámetros (materia, bases, extensión y duración) del poder

500 Aún en el FJ 5 de la Sentencia 6/ 1983 del 4 de febrero está entendido que la necesidad exigida por la Constitución española para la *legislación de urgencia* no puede ser entendida como una “necesidad absoluta”, sino como una “necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes”.

501 Cf. CROSA, Emilio. *Corso di diritto costituzionale*. Parte II. Torino: Giappichelli, 1950, pp.258-259. Apud: AMARAL JÚNIOR. José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei. A emenda Constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: RT, 2004, pp. 46-47: “Na história italiana, uma das primeiras exposições da tese da necessidade como fonte do direito foi do Deputado Urbano Rattazzi, nas discussões havidas nos dias 19 e 20.03.1849. Na iminência de guerra contra a Áustria, Rattazzi defendeu haver uma lei superior a qualquer Statuto, qual seja, a lei da necessidade. Do contrário -afirmava- ter-se-ia que reconhecer faltar à sociedade os meios necessários à sua própria defesa”.

502 Véase en este sentido la información de AMARAL JÚNIOR (*Medidas Provisórias...op. cit.*, p. 46) sobre la fórmula alemana “*Not kennt kein Gebot*” que cita FERREIRA MENDES en notas taquigráficas de la *Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal* (Brasil, 2002).

delegado. Como vimos anteriormente, el fenómeno de la delegación legislativa, condicionada por el Parlamento, está igualmente presente tanto el constitucionalismo europeo de la post-guerra como en Brasil desde la Enmienda constitucional n.º. 4 de 1961. Asimismo, las Constituciones autorizan a sus gobiernos a expedir **reglamentos** sin fuerza de ley que, en general, son denominados *decretos*. El poder para dictar dichos actos (administrativos) no interesa a la investigación porque específicamente no expresa la “urgencia legislativa” que nos interesa estudiar y que aparece como una de las características del Estado Social surgido en el transcurso del siglo XX.

Sin embargo, debido a la gran diversidad con la que la “urgencia legislativa” se presenta en los diversos ordenamientos, no será posible tratar aquí - por lo menos en esta fase inicial de ubicación del tema a través de una macrocomparación- únicamente los actos normativos que correspondan exactamente a los decretos-leyes estudiados. Por este motivo, en este apartado realizaremos la comparación de la atribución del poder legislativo excepcional al Ejecutivo como técnica destinada a otorgar mayor eficiencia en la respuesta a las múltiples necesidades de la convivencia comunitaria exigida al Poder Público.

Bajo esta perspectiva, podemos percibir que, además de las Constituciones de los países latinos del occidente europeo como Italia, Francia, Portugal y España, también en Sudamérica Constituciones como las de Argentina, Colombia, Chile, Ecuador y Perú admiten providencias legislativas urgentes con vigencia inmediata, por iniciativa del Jefe del Ejecutivo<sup>503</sup>. También en Centroamérica, por ejemplo en Guatemala<sup>504</sup>, Honduras<sup>505</sup> o en Nicaragua<sup>506</sup>; Incluso en otros lugares como países africanos o de Europa del Este siempre encontraremos la legislación de urgencia.

Dicha “legislación” se presentará bajo distintas formas, ya sea como decretos legislativos (Colombia), decretos-leyes<sup>507</sup>, decretos de necesidad (Argentina), medidas o disposiciones provisionales (Brasil-Guatemala), medidas extraordinarias y/o decretos de urgencia (Perú), medidas excepcionales (Hungría), leyes de urgencia, ordenanzas u otras muchas denominaciones. Sin embargo, casi siempre con los mismos ámbitos y objetivos, presentando una configuración análoga que

---

503 No obstante, debemos señalar que en Latinoamérica no será solo el Estado del Bienestar lo que justificará la utilización de la legislación de urgencia para la concreción de las políticas públicas, aunque las motivaciones históricas internas sean diversas.

504 Sobre la legislación de urgencia, la Constitución guatemalteca la denomina “disposiciones”, tal y como se deduce de las atribuciones conferidas al Presidente de la República en el art. 183, “f”: “Dictar las disposiciones que sean necesarias en los casos de emergencia grave o de calamidad pública, debiendo dar cuenta al Congreso en sus sesiones inmediatas”. Véase el artículo 183, “e” y 16 de las Disposiciones transitorias que convalidan Decretos-leyes anteriores a la Constitución de 1985.

505 Cf. Constitución de 1982 art. 206 sobre la indelegabilidad del poder normativo y excepciones atribuidas al Ejecutivo en los artículos 245.11 y 248.

506 Cf. Constitución de 1997 con Reformas de 1995 y 2000, en especial los artículos 138, 28, 150.4, 150.7 y 185.

507 Sin embargo, no podemos pasar por alto que en Sudamérica el término *decreto-ley* ha sido empleado en el sentido de identificar los actos provenientes de las dictaduras, como en Argentina, donde se utiliza el término para designar a las normas dictadas por las dictaduras militares de 1930-1932; 1943-1945; 1955-1958; 1966-1973; y 1976-1983. En Chile, corresponde a la legislación irregular de los períodos de 1924-1925; junio-octubre de 1932 y 1973-1981 (en este último caso la Junta de Gobierno cumplió transitoriamente, desde 1981, el rol de poder legislativo hasta la plena vigencia de la Constitución en 1990). Asimismo, en Brasil, el Constituyente de 1988 tuvo que cambiar su nombre por el de “medidas provisionales” de fuerte influencia italiana para introducir dichos actos normativos.

faculta al Jefe del Gobierno para legislar en circunstancias de urgencia o necesidad. De esta forma, no importa el *nomen iure* que reciban en cada ordenamiento.

El Derecho Constitucional argentino conoce los “decretos de necesidad y urgencia” (DNU), que se aplican en situaciones de suma gravedad y bajo estricta vigilancia de la Constitución<sup>508</sup>. Al igual que en Italia, la Constitución de la Nación Argentina, tras declarar enfáticamente en el art. 76<sup>509</sup> la indelegabilidad de la producción de normas y la nulidad de disposiciones con carácter legislativo emanadas del Poder Ejecutivo, admite, en circunstancias excepcionales en las cuales esté obstaculizado el trámite ordinario de las iniciativas de ley, que el Jefe del Ejecutivo, oídos los ministros integrantes del Gobierno y en supuestos de necesidad y urgencia, dicte decretos normativos, necesariamente sometidos a una comisión mixta permanente del Legislativo (art. 99). Sin embargo, a ejemplo de España y Brasil, existen límites materiales expresos que excluyen la atribución del poder normativo al Ejecutivo.

En Colombia, el Capítulo VI (De la Rama Ejecutiva) del Título VII (De los Estados de Excepción) de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991<sup>510</sup> vincula expresamente el poder de editar normas concedido al Ejecutivo a los Estados de Excepción. Esto autoriza al Ejecutivo a ejercer el poder legislativo dictando decretos legislativos que, incluso, pueden suspender las leyes incompatibles con dichos Estados de Excepción. Así, la Constitución autoriza al Presidente, junto con todos los Ministros, a editar decretos con fuerza de ley en los casos de estado de guerra, de conmoción interna o apenas en estado de emergencia. Sin embargo, hace más de dos décadas que Colombia pasa por graves conflictos internos que provocan anomalías constitucionales. Así, siempre se encuentra en “estado de excepción” constitucional, ya que el abanico de situaciones abarcadas por los “Estados de Excepciones” previstos en los artículos 212 a 215 es muy amplio<sup>511</sup>.

508 Nótese que antes de la Reforma de 1994, la Constitución de la Nación Argentina admitía reglamentos de necesidad y urgencia con fundamento jurídico en el “Estado de Necesidad y Urgencia” y el Poder Judicial carecía de potestad y competencia para decidir si en la especie había – o no- ocurrido la “necesidad y urgencia”, indispensables para autorizar la emanación del respectivo reglamento cada vez que tal valoración que hace a la prudencia y oportunidad escapa al conocimiento del Poder Judicial. Tras la Reforma de 1994, los “Decretos de necesidad y urgencia” quedaron previstos en el artículo 99, inciso III, párrafos 2º y 3º. Lo mismo ocurre con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que de acuerdo con la reforma constitucional de 1994 pasó a tener un régimen de gobierno autónomo, gozando de estatus especial y siendo, según la doctrina argentina, más que un Municipio y menos que una Provincia.

509 Art. 76 de la CNA: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”.

510 Y las reformas de 1993, 1995, 1996, 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005.

511 En los términos del art. 212 los decretos legislativos rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto como se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara. No obstante, merecen ser destacadas las situaciones que autorizan el “Estado de Emergencia” constitucional:

“**Artículo 215.** Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la

En Chile, la Constitución Política (cuya última modificación data del 17 de septiembre del 2005) en el artículo 32, párrafo 3º autoriza al Presidente de la República a “Dictar, previa delegación de facultades del Congreso, decretos con fuerza de ley sobre las materias que señala la Constitución”. Dichos límites materiales están previstos en el artículo 64 que establece: “El Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley”. El mismo artículo proclama que: “La ley que otorgue la referida autorización señalará las materias precisas sobre las que recaerá la delegación y podrá establecer o determinar las limitaciones, restricciones y formalidades que se estimen convenientes” y que a la “Contraloría General de la República corresponderá tomar razón de estos decretos con fuerza de ley, debiendo rechazarlos cuando ellos excedan o contravengan la autorización referida”. En Perú, igualmente, se admite delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante decretos legislativos sobre la materia específica y el plazo determinado establecidos en la ley autorizadora (art. 104º) como los *Decretos de urgencia*<sup>512</sup>. De hecho, Estados como Bolivia<sup>513</sup>, Paraguay y Uruguay no confieren al Ejecutivo el poder de legislar bajo la forma de delegación, estando así los Ejecutivos limitados a reglamentar las leyes. La Constitución de Paraguay (de 1992) admite la

---

extensión de sus efectos.

Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.

El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas.

El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo.

El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo.

El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia.

El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo.

**Parágrafo 1º.** El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento”.

512 Cf. art. 118º.19: “Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia”.

513 Cf. Los términos de la Constitución Política del Estado con la Reforma del 2004, artículo 30º:” Los poderes públicos no podrán delegar las facultades que les confiere esta Constitución, ni atribuir al Poder Ejecutivo otras que las que expresamente les están acordadas por ella”. Artículo 69º: “En ningún caso podrá delegar el Congreso a uno o más de sus miembros, ni a otro Poder, las atribuciones que tiene por esta Constitución”.

expedición de decretos únicamente como situación de excepción<sup>514</sup>. No obstante, por otro lado, permite al Ejecutivo solicitar la urgencia en la tramitación de los proyectos solo por 3 veces al año. En Venezuela, la posibilidad del Jefe del Ejecutivo de dictar decretos con fuerza de ley está limitada a los casos de delegación del Legislativo. No obstante, aunque la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 haya adoptado un modelo original de organización de los poderes al reconocer, de lado con los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, los Poderes Ciudadanos y Electoral, se percibe que el caso venezolano es un caso atípico de delegación. En este caso a la Asamblea Nacional en Pleno y de manera unánime le está permitido aprobar proyectos de Leyes Habilitantes que otorgan al Presidente de la República poderes especiales para legislar sin rendir cuentas al Legislativo. Así, el presidente Hugo Chávez ha gozado del beneficio excepcional de la habilitante otorgada por el parlamento en tres ocasiones. El antiguo congreso nacional otorgó al mandatario venezolano una primera habilitante en 1999, período en el que aprobó 50 decretos-leyes en seis meses. En el 2002 la Asamblea Nacional habilitó nuevamente al jefe de Estado por un año dejando un saldo de 49 leyes que causaron polémica y reacciones políticas contrarias en el país. El tercer y más extenso período habilitante empleado por Chávez fue a partir de febrero del 2007, finalizado en el 2008, período en el que aprobó un total de 65 leyes cuyos contenidos, en su mayoría, estaban presentes en la rechazada Reforma constitucional<sup>515</sup>.

En África observamos que la Carta de Cabo Verde -independiente de Portugal desde 1975- autoriza al Gobierno (Primer Ministro, Ministros y Secretarios de Estado), en el ejercicio de funciones legislativas, a redactar y aprobar decretos-leyes y otros actos normativos con exclusividad sobre su propia organización y funcionamiento<sup>516</sup>. En Senegal, el Parlamento podrá facultar por ley al Presidente para tomar medidas que normalmente son del dominio de la ley<sup>517</sup>, pero no prevé la legislación de urgencia. Igualmente, en Timor del Este el artículo 96 permite al Parlamento Nacional autorizar al Gobierno a legislar sobre las materias que

514 Cf. art. 288: "Durante la vigencia del Estado de Excepción, el Poder ejecutivo sólo podrá ordenar, por decreto y en cada caso, las siguientes medidas: la detención de las personas indiciadas de participar en algunos de esos hechos, su traslado de un punto a otro de la República, así como la prohibición o la restricción de reuniones públicas y de manifestaciones". Sin embargo, el artículo 54 de la Constitución paraguaya de 1940 concedía al Poder Ejecutivo la facultad de editar decretos con fuerza de ley durante el receso parlamentario.

515 Dicha ley habilitante, aprobada el 31.01.2007, autorizó al Presidente de la República a legislar por la vía de decretos con rango, valor y fuerza de ley en prácticamente todos los ámbitos de la vida nacional como: Participación popular; Valores esenciales del ejercicio de la función pública; Económico y social; Seguridad ciudadana y jurídica; Ciencia y tecnología; Ordenación territorial; Energético; Transformación de las instituciones del Estado; Financiero y tributario; Seguridad y defensa; Infraestructura, transporte y servicios. No obstante, lo cierto es que Chávez no pierde la oportunidad de sugerir al Poder Legislativo que le otorgue una nueva Ley Habilitante con el argumento de adaptar las leyes a la Constitución Nacional en el afán de llegar a la consolidación del socialismo. "Habilítenme de nuevo y vamos acelerando por aquí y por allá", afirma.

516 Sobre los actos legislativos del Gobierno:

Artigo 257º

1. São actos legislativos do Governo o decreto, decreto legislativo e o decreto-lei.

2. Assumem a forma de:

a) Decreto, os actos de aprovação pelo Governo dos tratados e acordos internacionais;

b) Decreto legislativo, os actos do Governo emitidos com base em lei de autorização legislativa;

c) Decreto-lei, os demais actos legislativos do Governo.

3. Os actos legislativos do Governo devem ser assinados pelo Primeiro Ministro e pelo Ministro competente em razão da matéria.

517 Cf. art. 65 y 77 de la Constitución de 2001, reformada.

enumera. Las leyes de autorización legislativa no pueden ser utilizadas más de una vez y caducan con la dimisión del Gobierno, con el término de la legislatura o con la disolución del Parlamento Nacional. Ya el artículo 98 establece la forma de apreciación parlamentaria de los actos legislativos del Gobierno con competencia delegada.

En los Estados surgidos o reformados en el Este europeo se percibe que la legislación urgente fue poco adoptada. En las Constituciones de la República Checa<sup>518</sup> y de la República de la Eslovaquia<sup>519</sup>, ahora separadas, así como en Bulgaria, tampoco se le ha otorgado al Ejecutivo el poder de legislar. Sin embargo, algunos de estos países sí admiten en sus Constituciones decretos con fuerza de ley para atender las situaciones de excepción, estados de alarma, peligro o emergencia formalmente reconocidos. Así ocurrió en la Constitución de la República Húngara de 1949, reformada en 1997 (cf. artículos 19/B, 19/C y artículos 35, 2 y 3) y de la República de la Eslovenia, adoptada en 1991 y enmendada en 1997 y 2000 (art. 108). Ya la Constitución de Croacia, adoptada en 1990, además de prever en el artículo 101 decretos presidenciales con fuerza de ley en estado de emergencia, permite delegación de poder normativo al presidente de la República, con límite de materias y plazo de eficacia no superior a un año (Art. 88). En los términos de los artículos 92 y 142, la Constitución polaca, adoptada en abril de 1997, optó por el modelo de las leyes cuadro, por medio de las cuales puede ser concedida facultad legislativa al presidente de la República.

En la Constitución de la Federación Rusa de Diciembre de 1993 están otorgados grandes poderes al Presidente de la Federación, entre otros el de ejercer un control previo de constitucionalidad de los actos del Ejecutivo de los Miembros de la Federación, suspendiendo sus efectos hasta la sentencia judicial. Asimismo, es el árbitro quien conciliará discrepancias entre las instituciones de poder federales y las de los sujetos de la Federación así como entre las de estos últimos. Únicamente en el caso de que no se consiga la concordia es cuando el litigio se someterá a examen del correspondiente Tribunal (Art. 85). No obstante, el artículo 90 de la Constitución de la Federación de Rusia permite solo al Presidente emitir decretos y disposiciones reglamentarios<sup>520</sup>. En Cuba se admite la emisión de

518 Cf. art. 78 y 79 de la Constitución de 16.12.1992. En la República Checa el Presidente de la República solo interviene en el resultado final del proceso legislativo ordinario. En el plazo de 15 días desde la recepción de un proyecto de ley (*zakony*) aprobado puede decidir no firmarlo y devolverlo a la Cámara de los Diputados para un posterior debate indicando los motivos. La Cámara de los Diputados puede oponerse al veto presidencial por mayoría simple de sus miembros, sin introducir ninguna enmienda en el proyecto, en cuyo caso queda aprobado. En caso contrario, el proyecto no se aprueba.

519 Véase art. 120 de la Constitución de 01.09.1992. En Eslovaquia el Gobierno adoptará sus decisiones por mayoría absoluta de sus miembros sobre la base de un *quorum* también de mayoría absoluta (art. 118). Las decisiones, por lo demás, serán necesariamente colectivas en los supuestos especificados en el art. 119, entre los que destacan lo relativo a las leyes y su capacidad normativa —circunscrita por el art. 120 a los límites que imponga la ley, esto es, vinculada positivamente al ordenamiento—, a sus líneas políticas, a las medidas socio-económicas, a los Tratados Internacionales y a las decisiones relativas a los votos de confianza.

520 Véase art. 115:

6. Sobre la base y en cumplimiento de la Constitución de la Federación Rusa, leyes federales y disposiciones normativas del Presidente de la Federación Rusa, el Gobierno de la Federación Rusa edita Decretos y Ordenes y asegura su cumplimiento.
7. Las disposiciones y Ordenes del Gobierno de la Federación Rusa son de cumplimiento obligatorio en la Federación Rusa.

El Presidente de la Federación Rusa puede anular las disposiciones y resoluciones del Gobierno de la Federación Rusa si estas entran en contradicción con la Constitución de la Federación Rusa, las Leyes Federales

decretos-leyes por parte del Presidente de Consejo del Estado (Jefe del Gobierno y del Estado) en el art. 90.3<sup>521</sup>.

Ahora bien, antes de retomar el tema de los decretos-leyes<sup>522</sup> en el caso de Brasil frente a los países europeos, debemos aclarar que su análisis envuelve aspectos no sólo jurídicos, sino también históricos y políticos. Por ello LANGROD<sup>523</sup> afirma que “*para bem compreender a tendência européia atual relativa ao problema dos decretos-leis, é oportuno discutir a experiência francesa, comparando-a com os modelos italiano e alemão*”. Ni Francia ni Alemania forman parte de nuestro tema de investigación, pero tampoco dejaremos de ver, aunque sea de forma superficial, cómo la legislación de urgencia está configurada en dichos países.

## 2.1. Alemania y el estado de necesidad legislativa.

El desmoronamiento del sistema de legalidad, cuya protagonista era la ley soberana -producto exclusivo del Legislativo-, tuvo una cercana relación con los hechos históricos ocurridos tras la Primera Guerra Mundial y en los años sucesivos en los países europeos. Alemania ha sido uno de los países europeos cuyos gobiernos ejercieron en mayor medida la actividad legislativa, aunque no estuviesen autorizados constitucionalmente para hacerlo. Podemos comprobar estos hechos a través de los datos estadísticos que apunta BADIA:

“La caída de Brüning arroja una cruda luz sobre el carácter real del régimen presidencial y el deterioro de la democracia en Alemania. Ese deterioro surge claramente si se compara el número de ordenanzas por medio de las cuales se gobernó en este período con el de las leyes elaboradas por el *Reichstag* en el mismo lapso. Durante el año de 1930 el Parlamento todavía ejerce el poder legislativo; pero poco a poco el poder ejecutivo se arroga el derecho de legislar por medio de decretos de urgencia, en virtud del artículo 48. Es así como en 1930 el *Reichstag* aprueba 98 leyes y acepta 5 ordenanzas. En 1931, leyes y decretos-leyes se equilibran poco más o menos: 34 leyes contra 44 ordenanzas. En 1932, durante el gobierno de los cancillers von Papen y Schleicher, el Parlamento elabora solamente 5 leyes y le son impuestos 66 ordenanzas. A medida que el “contrapeso” parlamentario va perdiendo su poder, el Presidente de Reich usa de prerrogativas autorizadas por la Constitución para casos excepcionales, hasta que, de hecho, la voluntad mariscal se convierte en principio y base del régimen”<sup>524</sup>.

Sin ninguna intención de adentrarnos en el tema de la dictadura o en las teorías nacidas en Alemania de la perspicacia de Schmitt (que ha atribuido un contenido jurídico positivo a la disposición transitoria del art. 48, sección 2, defendiendo que entre los poderes extraordinarios que el art. 48 de la Constitución de Weimar otorga al Presidente también se incluye un derecho a decretar

---

o Decretos del Presidente de la Federación Rusa.

521 Sobre los decretos-leyes en Cuba como actos del Ejecutivo véanse los artículos 93.7; 97.7; 100.2 y 100.3. Sobre el control de constitucionalidad de dichos actos por la Asamblea Nacional del Poder Popular véase art. 75.3.

522 En este caso utilizado como término genérico, ya que poco importa la denominación con que aparece en los actos normativos del Ejecutivo.

523 LANGROD, Georges. O Processo Legislativo na Europa Ocidental. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1954.

524 BADIA, Gilbert. *Historia de Alemania contemporánea*. Tomo I: 1917-1932. Traducción directa del francés de ANALIA CÁRDENAS. Buenos Aires: Editorial Futuro S.R.L., 1964, p. 279.

ordenanzas jurídicas sustitutivas de leyes <sup>525</sup>); lo que en verdad nos interesa destacar son los abusos del poder normativo, que en el pasado degeneraron la República de Weimar y condujeron al totalitarismo nazista.

El gran poder normativo conferido al Presidente del *Reich* ha sido constatado por PEREZ GALLEGO de la siguiente forma:

“A la crisis del Estado legislativo contribuyó decisivamente el art. 48 de la Constitución, que con relación a los poderes del Presidente establecía amplísimas facultades para gobernar por Decreto-Ley u Ordenanzas (medidas necesarias, en la terminología del art. 48), en caso de grave alteración de la seguridad y el orden pudiendo suspender, a tal fin, hasta siete derechos fundamentales: todo lo cual convierte al Presidente en un legislador extraordinario *ratione temporis ac situationis*” <sup>526</sup>

Estas amplias facultades de gobernar por decretos provocarían la desvirtuación de las instituciones del país conforme a lo que bien observó ESTÉVES ARAÚJO:

“Esta evolución de la realidad constitucional desvirtuará el diseño de la división de poderes efectuado en la Constitución de Weimar atribuyendo un mayor peso político a la figura del Presidente del Reich. El distanciamiento de la realidad constitucional respecto a la Constitución formal facilitará el proceso de desparlamentarización que tendrá lugar a partir de 1930. Como se verá con detalle más adelante, cuando a los poderes legislativos apócrifos del Presidente del Reich se sume la pérdida de control político del Parlamento sobre el ejecutivo, la República perderá su carácter parlamentario y entrará en una fase en la que el presidente concentrará en sus manos más poderes que tuviera el emperador durante el II Reich. Es la fase de su crisis final”<sup>527</sup>.

Ahora bien, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 trajo la libertad y la estabilidad tras la Segunda Guerra Mundial (si bien, en un principio, sólo para los habitantes occidentales del país, dividido hasta 1990) y se ha convertido en un modelo de éxito exportado a otros países. La primacía de los derechos fundamentales, el reconocimiento de los principios del Estado democrático, federal y social de Derecho y la existencia de un Alto Tribunal que vela por el cumplimiento de la Constitución son los pilares de la democracia alemana.

La Ley Fundamental alemana trata la legislación de urgencia de un modo peculiar, adoptando el instituto del estado de “necesidad Legislativa”<sup>528</sup>. La decretación del **estado de necesidad legislativa** (*Gesetzgebungsnotstand*) significa que el Gobierno entiende indispensable la edición de ley lo más rápido posible sobre una determinada materia y avoca para sí el poder de hacerlo. Sin embargo, el estado de necesidad legislativa solo puede ser declarado en situaciones sumamente especiales: cuando una propuesta considerada urgente por

525 Cf. *Legalidad y Legitimidad*, traducción de J C SCHMITT - Díaz, Madrid: Aguilar, 1971, p. 106.

526 PÉREZ GALLEGO, Roberto. *Constitución, derecho y poder judicial en la República de Weimar* (Alemania 1919-1933). (A propósito del 80º aniversario de la Constitución de Weimar. En: *Jueces para la Democracia*. Nº 34. Madrid: Edisa, 2000, p. 62.

527 ESTÉVES ARAÚJO, José A. *La crisis del estado de derecho liberal: Schmitt en Weimar*. 1a ed. Barcelona: Ariel, 1989, pp. 44 y 45.

528 La noción del “estado de necesidad” (*Notstand*) en Alemania puede presentarse de distintas formas, tanto en el Derecho Civil como en el derecho Penal. Asimismo, puede presentarse como estado de excepción (*Ausnahmezustand*) previsto en los artículos 115a y 115l y en el 35.3 en los casos de catástrofes naturales. Sin embargo, la necesidad de la que tratamos es solamente la “necesidad legislativa”.



el Gobierno fuera rechazada por la Asamblea y ésta se encontrase en proceso de disolución o cuando estuviese envuelta la cuestión del voto de confianza<sup>529</sup> al Canciller y la Cámara no procediera a nueva elección.

En el estado de “necesidad legislativa” los proyectos del Gobierno son aprobados en cuanto pasan por el *Bundesrat* (Cámara Alta), independientemente de votación en el *Bundestag* (Cámara Baja), es decir: La Cámara Alta autoriza al Gobierno a obtener legislación contra la voluntad de los representantes del pueblo desde que los representantes de los *Länders* están de acuerdo<sup>530</sup>. Durante el Estado de necesidad legislativa, el *Bundesrat* pasa a ser la Cámara Legislativa principal, de la cual depende la suerte de los proyectos presentados con carácter urgente por el Canciller y su Gobierno.

El Canciller únicamente puede requerir al Presidente la decretación del estado de necesidad legislativa una sola vez, a fin de que el país no se quede en desgobierno, mientras un Gabinete está a punto de formarse y otro aún no ha asumido con mayoría parlamentaria. El plazo máximo de vigencia del estado de necesidad legislativa es de seis meses, no renovables. Una vez transcurrido dicho plazo, las leyes deben volver a aprobarse por el procedimiento normal establecido en los artículos 76 a 79 de la Ley Fundamental de Bonn.

El proyecto se presenta de nuevo tras el decreto del estado de necesidad legislativa y será considerado aprobado, automáticamente, en caso de que no haya nuevo examen de la asamblea en cuatro semanas, o por deliberación del Consejo Federal en el supuesto de que la propuesta vuelva a ser nuevamente rechazada.

Hasta hoy, no se tienen noticias de que el “estado de necesidad legislativa” haya sido decretado en Alemania y, como dice BÜLOW<sup>531</sup>, es muy poco probable que algún día lo sea debido a las dificultades de caracterización de los presupuestos habilitantes. Parece ser que no caben dudas de que tales dificultades, impuestas constitucionalmente, intentan alejar los abusos que en el pasado acabaron con la República de Weimar. En Brasil hubo un intento de recepción del concepto alemán de estado de necesidad legislativa, asociándolo a la caracterización de los presupuestos habilitantes de “*relevância e urgência*”. Veamos: la Constitución brasileña no expuso lo que era relevante o urgente. Sin embargo, ocho años después de la promulgación de la Constitución, el propio Ejecutivo, en el ejercicio de su poder reglamentario y en un intento de auto limitación dictó el Decreto 1.937 de 21.06.1996, que explicaba en qué circunstancias el Gobierno podría editar *medidas provisórias*, aunque no empleara el término ***relevância*** o ***urgência***. Véase que su redacción está más bien inspirada en la Constitución alemana, empleándose expresamente el término **estado de necesidad legislativa**:

*Art. 22. Somente serão apreciados pela Presidência da República projetos de medida provisória se caracterizado estado de necessidade legislativo decorrente de circunstância fática ou situação jurídica de difícil previsão. (destacamos)*

529 Sobre la cuestión de confianza (*Vertrauensfrage*), véase el art. 68 GG.

530 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 188.

531 BULÖW, Eric. “La Legislación” en: BENDA, Ernst, et al. *Manual de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 740.

§ 1º O estado de necessidade legislativo caracteriza-se pela exigência ou indispensabilidade de tomada de providência de índole legislativa com efeito imediato sob pena de se verificarem prejuízos de ordem administrativa, econômica, social ou de segurança pública.

§ 2º Não serão disciplinadas por medidas provisórias matérias que possam ser aprovadas dentro dos prazos estabelecidos pelo procedimento legislativo de urgência previsto na Constituição.

§ 3º Caso se verifique retardo ou demora na apreciação de projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo, poderá o órgão competente, configurada a urgência, propor a edição de medida provisória também na hipótese do parágrafo anterior.

Art. 23. Os projetos de medida provisória deverão observar, na sua elaboração, a orientação constante do Anexo I a este Decreto, e serão encaminhados à Casa Civil da Presidência da República mediante exposição de motivos da autoridade proponente, **que deverá explicitar o estado de necessidade legislativo e a conveniência da edição da medida**, observado o mesmo procedimento disposto no art. 16.

El Decreto 2.954 del 29.01.1999 sí relacionó el llamado **estado de necesidad legislativa** con los requisitos de relevancia y urgencia, condiciones *sine qua non* para la edición de las *medidas provisórias*:

Art. 32. As propostas legislativas, sempre apresentadas sob a forma de anteprojetos de lei, que contenham sugestão de edição de medida provisória, somente serão apreciadas com essa finalidade, pela Presidência da República, quando devidamente demonstradas **a relevância e a urgência que caracterizem estado de necessidade legislativo** decorrente de circunstância fática ou jurídica de difícil previsão. (Redação dada pelo Decreto nº 3.495, de 30.5.2000) - (Vide Decreto nº 4.176, de 28.3.2002) – Destacamos.

§ 1º O estado de necessidade legislativo caracteriza-se pela exigência ou indispensabilidade de tomada de providência de índole legislativa com efeito imediato, sob pena de se verificarem prejuízos de ordem administrativa, econômica, social ou de segurança pública.

Tal y como podemos ver, la inspiración para que el Ejecutivo caracterice los presupuestos habilitantes ha sido buscada en el Derecho alemán. Debemos anotar, no obstante, que en 1990 también el STF hablaba ya de que lo que justificaba la edición de medidas provisionales con fuerza de ley en el derecho constitucional brasileño era la existencia de un estado de necesidad, lo que impone al Poder Público la adopción inmediata de providencias de carácter legislativo:

“O que justifica a edição dessa espécie normativa, com força de lei, em nosso direito constitucional, é a **existência de um estado de necessidade**, que impõe ao Poder Público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio periculum in mora que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa. (...) É inquestionável que as medidas provisórias traduzem, no plano da organização do Estado e na esfera das relações institucionais entre os Poderes Executivo e Legislativo, um instrumento de uso excepcional. A emanção desses atos, pelo Presidente da República, configura momentânea derrogação ao princípio constitucional da separação dos poderes.” (ADI 221-MC, Rel. Min. Moreira Alves, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 29-3-90, DJ de 22-10-93)<sup>532</sup>.

532 Cf. STF/ADI 293-DF, voto del Ministro Celso de Mello, Sección 26.04.91. DOU 28.02.92.

## 2.2. Francia y sus *ordennances*.

Según CHELI<sup>533</sup>, la Constitución de la Tercera República (*Loi constitutionnelle* del 25 de Febrero de 1875) no preveía ninguna norma sobre el tema de la delegación de poderes legislativos al Ejecutivo. En su artículo 1 atribuía únicamente a las dos asambleas representativas el poder exclusivo para legislar. Sin embargo, en el transcurso de la Primera Guerra Mundial, al verificarse las necesidades inherentes a las conductas de guerra y después, en los años sucesivos, con motivo de las crisis políticas y económicas, el Gobierno fue inducido repetidamente a dictar actos con fuerza de ley, que fueron designados en la práctica jurídica y por la doctrina como “*décrets-lois*” (término genérico que comprendía tanto las leyes delegadas “*lois d’habilitation*” como los actos del Ejecutivo emanados de una situación de urgencia y no de una preexistente delegación parlamentaria).

Afirma el autor italiano que los decretos-leyes (así entendidos como los actos dictados sin ley anterior de delegación bajo los motivos de necesidad y urgencia) prevalecieron en Francia el tiempo que duró el conflicto mundial, pero que una vez pasado este, ya a partir de 1919 y hasta 1939, la forma más utilizada para asegurar una rápida intervención del Gobierno en la inminencia de graves conflictos internacionales fue la “*Lois d’habilitation*”.

El ciclo evolutivo de los decretos-leyes de la Tercera República se cierra en 1940. No obstante, la doctrina publicista francesa nos ha legado un importante debate sobre la naturaleza jurídica de los *Décrets lois*: en abstracto se discutía si una delegación del poder de legislar presentaba compatibilidad con la Tercera República. Los publicistas franceses concluyeron, por unanimidad, que el “poder legislativo” no se puede delegar a un órgano distinto del Parlamento y menos aún que dicha delegación pudiera ser realizada por el Parlamento, porque solamente la voluntad de la Nación Soberana, a través de acto del Poder Constituyente, era quien tendría legitimidad para delegar tales poderes. Así, el Parlamento, que tiene poderes limitados y competencia definida, jamás podría delegar al Ejecutivo la obligación de legislar sin violar la propia Constitución.

En concreto, se discutía si los *Décrets-lois* emanados de las “*lois d’habilitation*” podrían ser considerados actos de legislación delegada o simples actos reglamentarios, un tema que dividió la doctrina. Algunos<sup>534</sup> entendían que los *Décrets -lois* eran fruto de la legislación delegada y, por lo tanto, inconstitucionales, o aún *extra* o *contra* la Constitución<sup>535</sup>. Otros autores, buscando compatibilizar la nueva praxis normativa con el sistema constitucional vigente, defendían la naturaleza jurídica de los *Décrets-lois* como simples actos reglamentarios. Venció esta última corriente, que fue consagrada por el *Conseil d’Etat*, cuya jurisprudencia

533 CHELI, Enzo. “Tecnica di ampliamento dei potere normativi dell’esecutivo nell’ordinamento francese”. In: *L’ampliamento dei poteri normativi dell’esecutivo nei principale ordinamento occidentali*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico. Anno IX. Milano: Giuffrè, 1959, pp. 465-482.

534 CHELI cita como sus defensores a: RUSU, *Le décrets-lois dans le régime constitutionnel de 1875*, Bordeaux: 1942, 242; BONNARD, *Précis de droit administratif*, Paris, IV ed, 1943, 295; SOUBEYROL, *Le décrets-lois sous la Quatrième République*, 1955, 31; DUVERGER, *Droit Public*, Paris, 1957, 49.

535 Cf. BARTHÉ LEME y RIVERS, *Cinq ans de réformes administratives, 1933-1938*, Paris, 1938, 8-10; DUVERGER, *Droit Public*, Paris, 1957.

se firmó en el sentido de reconocer los *Décrets-lois* con una naturaleza administrativa o reglamentaria. A su vez, la Cuarta República, fiel a la doctrina de la indelegabilidad de poderes legislativos al Ejecutivo, introdujo el principio en la Constitución de 1946 en el art. 13: "*Le Assemblée nationale vote seule la loi. Elle en peut déléguer ce droit*", destacamos.

Sin embargo, la Ley del 17 de agosto de 1948, en sus artículos 6 y 7, reconocía la existencia de "materias reglamentarias por naturaleza", lo que permitía al Gobierno intervenir con actos reglamentarios incluso para derogar leyes preexistentes, porque el enfrentamiento entre los *Décrets-lois* y la leyes formales dictadas en materias reconociblemente reglamentarias se resuelve a favor de la delegación efectuada al Ejecutivo. Además, la doctrina publicista entendía que el Gobierno, en el desarrollo de potestad reglamentaria, ejerce un poder propio y no delegado y el ejercicio de tales poderes no encontraba límites en el tiempo (No obstante, el art. 5 de la Ley de 17 de agosto de 1948 otorgaba al Gobierno la potestad de intervenir, dentro de un tiempo limitado, sobre materias fiscales, tradicionalmente reservada a la Ley).

Otro hecho importante para el desarrollo de las técnicas normativas del Gobierno de la Cuarta República lo encontraremos en el Parecer emitido por el Consejo de Estado el 6 de Febrero de 1953, cuando instado a pronunciarse en el sentido de aclarar "en qué medida el Gobierno expresamente autorizado por una ley podía ejercitar su poder reglamentario en materia legislativa y, consecuentemente abrogar, modificar o reemplazar los textos de ley por intermedio de disposiciones reglamentarias". A este interrogante el Consejo contestó que el legislador puede determinar soberanamente la competencia del poder y así decidir que ciertas materias reglamentadas por la ley formal pasen a formar parte de la esfera de competencia del poder reglamentario. Los decretos emanados del Gobierno en las materias a él delegadas son susceptibles de abrogar precedentes legislativos y pueden también ser modificados por decretos sucesivos hasta que el legislador decida avocar nuevamente para sí la materia, excluyéndola de la competencia del poder de reglamentar. Esto se da porque depende de la voluntad del legislador extender libre e ilimitadamente la potestad reglamentaria.

De este modo, en el ordenamiento de la Cuarta República, a pesar de la la prohibición de delegación legislativa expresada en el art. 13, la verdad es que se aumentaron las técnicas de ampliación de los poderes otorgados al Ejecutivo, y no sólo por los *Décrets-lois* y por las "delegaciones", sino también por las *Lois-cadres* o *Lois-principi*, donde el Parlamento votaba una ley estableciendo los principios fundamentales de determinada materia y otorgaba al Gobierno<sup>536</sup> el poder (aquí limitado en el tiempo) para elaborar un proyecto de decreto concretando los principios establecidos en la ley. Estos decretos debían de ser aprobados, modificados o rechazados por el Parlamento. Aunque la doctrina de entonces todavía discutiera sobre las diferencias entre dichas innovaciones normativas otorgadas al Gobierno de la Cuarta República y los actos legislativos del Gobierno de la Tercera República, lo cierto es que la naturaleza jurídica que prevalecía entre los publicistas era, en el sentido de identificar las nuevas normas, la misma

---

536 La autorización del Parlamento para dictar normas, aunque en derogación de la ley, aún podría ser conferida *ad persona*, es decir, al Gobierno o a Ministros específicamente designados tales como el Gobierno Mèndes-France en la ley del 14 de agosto de 1954, etc.

naturaleza y funciones que los *Décrets-lois* anteriores. Así, deducían la inconstitucionalidad de gran parte de los actos dictados por el Ejecutivo en razón de una supuesta delegación<sup>537</sup>.

Ya el sistema establecido por la Constitución de 1958 es peculiar. Aunque se denomine como un sistema parlamentario, encontramos un poder reglamentario bastante amplio en el Ejecutivo. La nueva Constitución aprobada en *referendum* el día 5 de Octubre de 1958 conllevó una profunda innovación de la materia relativa a la repartición de poderes entre el Parlamento y el Gobierno<sup>538</sup>.

Pasa a establecer, de tal manera, las materias que deben ser reservadas a la ley formal, de modo que es posible afirmar que si antes la “reserva de ley” representaba una esfera de dominio mínimo, pasaba, entonces, a la esfera de dominio máximo atribuido al legislador.<sup>539</sup> Por otro lado, no establece una

537 MORANGE. *La réalisation de la réforme fiscale par voi réglementaire*. En: Dalloz, 1948, 1, 177; DONNEDIEU DE VABRES. *Décrets-lois et pouvoirs réglementaires d'après la loi du 17 août, 1948*. En: Dalloz 1949, 15; DE LAUBADÈRE. *De pleins pouvoirs aux demi-décrets-lois*. En: Dalloz 1952, 1, 35.

538 Cuando el Parlamento confió al general De Gaulle la tarea de establecer una nueva Constitución a través de la Ley constitucional del 3 de junio de 1958, hubo una preocupación por integrar en el proyecto cinco principios:

- “1. Sólo el sufragio universal es la fuente del poder. El poder legislativo y el poder ejecutivo derivan del sufragio universal o de las instancias elegidas por éste
2. El poder ejecutivo y el legislativo deben estar efectivamente separados de tal forma que el Gobierno y el Parlamento asuman cada uno por su lado y bajo su responsabilidad la plenitud de sus atribuciones;
3. El Gobierno debe ser responsable ante el Parlamento.
4. La autoridad judicial debe permanecer independiente para ser capaz de asegurar el respeto de las libertades esenciales así como están definidas en el preámbulo de la Constitución de 1946 y en la Declaración de los Derechos del Hombre a la que se refiere.
5. La Constitución debe permitir organizar las relaciones de la República con los pueblos asociados a ella”.

539 Véase el texto del actual artículo 34 de la Constitución (Modificado el 28/03/2003):

Las leyes serán votadas por el Parlamento.

- La ley fijará las normas sobre:
- derechos civiles y garantías fundamentales concedidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas, prestaciones impuestas por la defensa nacional a los ciudadanos en cuanto a sus personas y sus bienes;
- nacionalidad, estado y capacidad de las personas, regímenes matrimoniales, sucesiones y donaciones;
- tipificación de los delitos, así como penas aplicables, procedimiento penal, amnistía, creación de nuevas clases de jurisdicción y estatuto de los magistrados y fiscales
- base, tipo y modalidades de recaudación de los impuestos de toda clase y régimen de emisión de moneda.
- La ley fijará asimismo las normas referentes:
  - al régimen electoral de las asambleas parlamentarias y las asambleas locales;
  - a la creación de categorías de entes públicos;
  - a las garantías fundamentales para los funcionarios civiles y militares del Estado;
  - a las nacionalizaciones de empresas y transferencias de la propiedad de empresas del sector público al sector privado.
- La ley determinará los principios fundamentales:
  - de la organización general de la Defensa nacional;
  - de la libre administración de las entidades locales, de sus competencias y de sus ingresos;
  - de la enseñanza;
  - del régimen de la propiedad, de los derechos reales y de las obligaciones civiles y comerciales;
  - del derecho laboral, del derecho sindical y de la seguridad social.
- Las leyes de Presupuestos establecerán los ingresos y los gastos del Estado en las condiciones y con las reservas establecidas por una ley orgánica.
- Las leyes de financiación de la seguridad social determinarán las condiciones generales de su equilibrio financiero y, teniendo en cuenta sus previsiones de ingresos, fijarán sus objetivos de gastos del modo y con los límites previstos en una ley orgánica.

enumeración limitativa de la competencia legislativa del Ejecutivo, de tal manera que todo lo que no sea regulado por ley (art. 34) está dentro del poder legiferante del Presidente, lo que coloca en su esfera de competencia cualquier asunto, siendo el único requisito que no haya ley que disponga sobre la materia. Así, el régimen parlamentario francés se caracterizará exactamente por la preponderancia del Ejecutivo sobre el Legislativo.

La Constitución de 1958 sí acogió el principio de la delegación legislativa y reguló su ejercicio en los siguientes términos:

#### Artículo 38

“El Gobierno podrá, para la ejecución de su programa, solicitar autorización del Parlamento con objeto de aprobar, por ordenanza, durante un plazo limitado, medidas normalmente pertenecientes al ámbito de la ley.

Las ordenanzas se aprobarán en Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado. Entrarán en vigor en el momento de su publicación, pero caducarán si el proyecto de ley de ratificación no se presenta ante el Parlamento antes de la fecha fijada por la ley de habilitación.

Al expirar el plazo a que se refiere el primer apartado del presente artículo, las ordenanzas ya no podrán ser modificadas sino por ley en materias pertenecientes al ámbito de la ley”.

Nótese también que la institución de las *ordonnances*<sup>540</sup> es una innovación en relación con el principio afirmado anteriormente en los textos constitucionales, según el cual el poder legislativo no se delega. En realidad, lo que hubo fue la “constitucionalización” de una práctica corriente de la ampliación de los poderes del Ejecutivo -para legislar- mediante las leyes de habilitación, que se desarrolló durante las dos Repúblicas precedentes.

Como vemos, el artículo 38 permite que el Gobierno pueda, para la ejecución de su programa<sup>541</sup>, pedir al Parlamento que le autorice para tomar por *ordenanza*, y durante un plazo limitado, las medidas que normalmente son de competencia de la ley. En realidad, el artículo 38 vino a recuperar casi por completo el régimen anterior

---

- Mediante leyes de bases se determinarán los objetivos de la acción económica y social del Estado.

- Lo dispuesto en el presente artículo podrá ser concretado y completado por una ley orgánica. francesa.

540 El término “ordenanza” designó los decretos durante la Restauración y la Monarquía de julio. El Gobierno de la Francia libre recuperó este término, que no reapareció hasta 1958 con la vuelta del general De Gaulle a la Presidencia del Consejo. La Ley del 3 de junio de 1958, relativa a los plenos derechos, autorizaba al Gobierno investido el 1 de junio a tomar por decretos denominados ordenanzas, durante seis meses, las disposiciones necesarias para la recuperación de la nación. Entre el 4 de octubre de 1958 y el 4 de febrero de 1959 se adoptaron una serie de importantes medidas administrativas bajo el régimen de las ordenanzas del artículo 92 (leyes orgánicas de aplicación del texto constitucional, procedimiento de expropiación por causa de utilidad pública, reforma judicial, organización de la defensa, etc.). Cf. MENY, Yves. “El proceso legislativo en Francia”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 6. Núm. 16. Enero-Abril 1986, p. 115 y ss. Traducción al castellano de HELENA MOYA.

541 MENY observa que las medidas legislativas necesarias para la instalación de las instituciones y, hasta esa puesta en práctica, para el funcionamiento de los poderes públicos fueron tomadas en Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado, por ordenanzas con valor de ley, conforme autorizado por el artículo 92 de la Constitución, derogado en el 04 de agosto de 1995 (MENY, Yves. *El proceso legislativo... op. cit.* p. 115 y ss).

de los decretos-leyes, salvo la prohibición otorgada al Parlamento para legislar durante la delegación. Así, no es extraño el hecho de que el procedimiento de las ordenanzas también esté inspirado en el de los *décrets-lois*.<sup>542</sup>

Las ordenanzas son firmadas por el jefe del Estado, pero se adoptan en Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado. Únicamente entran en vigor después de ser publicadas en el Boletín Oficial, pero pierden su valor si el proyecto de ley no es depositado ante el Parlamento antes de la fecha fijada por la ley de habilitación<sup>543</sup>.

Como se dijo, durante la duración de la habilitación el Parlamento no puede intervenir en el sector delegado. De esta forma, una eventual ley dictada en ese campo podría ser declarada inconstitucional. Una vez vencida la delegación, las ordenanzas solamente pueden ser modificadas por la ley en las materias que son de la competencia legislativa.

Si el efecto producido por las ordenanzas es el de las leyes, su régimen jurídico y especialmente el contencioso, hasta que son ratificadas por el Parlamento, es el de los reglamentos. Entonces, como cualquier **acto administrativo**<sup>544</sup>, pueden ser objeto de un procedimiento contencioso y especialmente de un recurso de anulación por exceso de poder ante el Consejo de Estado.

Cuando vence el plazo de habilitación, el Gobierno ya no puede decretar ninguna ordenanza, ni modificar las disposiciones de las que ha sido tomado en la medida en que éstas se refieren al dominio de la ley. Corre el riesgo de que sus textos caduquen si, antes de dicho plazo, no los ha depositado para que sean ratificados ante el Parlamento. Hasta que las Asambleas no se pronuncien sobre la ratificación las ordenanzas siguen aplicándose según el régimen jurídico de los reglamentos. En el caso de que la ratificación pedida sea rechazada, las ordenanzas caducan. En cambio, si se consigue la ratificación parlamentaria, su

542 En Francia existe una inversión de funciones: el Parlamento solo legislaba sobre materias taxativamente discriminadas, mientras que el Ejecutivo poseyó al lo menos cinco formas de innovar en el orden jurídico, las cuales eran:

- a) ordenanzas, que funcionan como un decreto-ley que necesita previa delegación del Legislativo;
- b) decretos-leyes sobre materia financiera, por los cuales el Gobierno pone en vigor el proyecto de ley de presupuesto no votado en el plazo de sesenta días por el Parlamento;
- c) decretos-leyes de urgencia y necesidad, editados en los casos de peligros graves para la independencia del país o de la integridad de su territorio. En esos casos, el Presidente de la República puede ser invertido de poderes extraordinarios. El Derecho Constitucional francés ya consolidó entendimientos de los límites de dicha urgencia, exactamente para apocar el discricionarismo del Ejecutivo en el analizar de eventuales crisis y en la resolución de adoptar medidas especiales o extraordinarias;
- d) reglamentos autónomos;
- e) reglamentos de complementación a las leyes.

543 Por otro lado, destacamos que el artículo 47 dispone que si el Parlamento no se ha pronunciado en el plazo de setenta días sobre un proyecto de ley de presupuestos, las disposiciones de este proyecto pueden entrar en vigor por ordenanza.

544 Según FAVOREAU (*Droit Constitutionnel*. 4ª ed. París: Dalloz, 2001, p. 142) “hoy, aún menos que ayer, no es posible ver en las *ordennances* del artículo 38 otra cosa sino actos administrativos hasta su eventual ratificación, vale decir en definitivo, son actos normativos secundarios”. Asimismo, el publicista francés destaca que el Consejo de Estado Francés jamás consideró los *décrets-lois* como actos legislativos, pero de igual forma, actos administrativos dictados por el Gobierno con base en una ley de habilitación (*Cf.* p. 662) y, por lo tanto, actos normativos secundarios. “Bajo el fundamento de aquella habilitación, el gobierno está autorizado a tomar por decreto las medidas necesarias y, tanto cuanto preciso, a modificar por medio de estos las leyes existentes” (p. 142). Por otro lado, los reglamentos autónomos son considerados como actos normativos primarios (p. 674).

régimen jurídico se convierte en el de las leyes y se sustraen al control contencioso del juez administrativo.

La mayoría de las veces, en la medida en que el Parlamento ha delegado en el Gobierno la responsabilidad de tomar medidas que él mismo hubiera difícilmente aprobado, no se produce la ratificación de las Asambleas. En este caso, el Gobierno se limita a depositar el texto de las ordenanzas sobre la mesa de las Asambleas.

La utilización de las **ordenanzas**, entendida como un aspecto importante de la abdicación del Legislativo en favor del Ejecutivo, ha provocado muchos reparos, los cuales a veces procedían del propio Gobierno. Véase, como ejemplo, la severidad con que denunciaba, el 17 de Agosto de 1967, Valéry Giscard d'Estaing, entonces presidente de la Comisión de Hacienda de la Asamblea Nacional. Valéry afirmaba que las ordenanzas serían equiparadas al “ejercicio solitario del poder”, y en una declaración a la prensa explicaba:

“Los poderes especiales han sido pedidos, todos nos acordamos de ello, en unas condiciones cuya finalidad era el efecto de la sorpresa y del secreto. Ahora que se conoce el texto de las ordenanzas, no se comprende por qué motivos el Gobierno no ha presentado al Parlamento las grandes reformas que proyectaba, y no ha pedido más tarde la votación de una ley de bases que permitiera su aplicación. Una consulta y un debate hubieran sin duda permitido buscar un reparto más equitativo de los sacrificios, completarlos mediante medidas de progreso social positivas y lograr, en el marco de la participación en los beneficios, unas fórmulas que dejen más espacio a la discusión colectiva entre los patronos y los asalariados sobre la elección contractual de medidas que aseguren el progreso social en las empresas. Pediremos que esas ordenanzas sean sometidas, como se comprometió el Gobierno, a la ratificación, ya que las mejoras y las rectificaciones nos parecen necesarias”<sup>545</sup>.

Nos interesa igualmente destacar de las aclaraciones de MENY<sup>546</sup> “A pesar de las críticas de algunos defensores del régimen parlamentario, las ordenanzas legalizan en realidad unos procedimientos a los que todos los regímenes precedentes tuvieron que recurrir. Se puede incluso pensar que la organización por el texto constitucional de la delegación del poder legislativo constituye para los ciudadanos una garantía superior a la que podían tener con un régimen jurídico que tolerara tales prácticas a la vez que las repudiara oficialmente. Paradójicamente, se puede incluso observar que el control del juez al que se someten las ordenanzas hasta su ratificación asegura la protección de ciertas libertades que la arbitrariedad de una soberanía dependiente de mayorías políticas variables ignoraba. La legalización, por vía legislativa, de un tribunal de excepción como el Tribunal de Seguridad del Estado, después de la anulación por el juez administrativo del texto que establece el Tribunal Militar de Justicia, fue su mejor ejemplo”.

Sin embargo, en casos de estado de necesidad y urgencia, de amenazas graves e inmediatas para la seguridad del Estado, la Constitución puede radicar directamente la potestad legislativa en el Gobierno, no existiendo habilitación del Parlamento. Si existe intervención del Parlamento será con posterioridad a la entrada en vigencia de la legislación dictada por el Gobierno. En estos casos, la habilitación constitucional puede ser más o menos amplia y llegar, en casos extremos, a plenos poderes.

545 Cf. MENY, Yves. *El proceso legislativo...op. cit.* p. 115 y ss.

546 *Idem, ibidem.*



La habilitación de plenos poderes lo constituye el artículo 16 de la Constitución Francesa de 1958, precepto propugnado por el general De Gaulle en el que el Presidente de la República, previa consulta con los Presidentes de las Asambleas y del Consejo Constitucional, puede poner en vigor dichos plenos poderes. Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o la ejecución de sus compromisos internacionales se encuentren amenazados de una manera grave e inmediata, puede tomar las medidas que tales circunstancias exijan, inspiradas por el deseo de asegurar a los poderes constitucionales, en el menor plazo posible, los medios para cumplir su misión<sup>547</sup>.

Si bien el citado art. 16 no menciona la función legislativa, no cabe duda de que queda comprendida. Acerca de esto, DUVERGER expresa: "Los poderes del Presidente de la República son así prácticamente ilimitados en razón del carácter vago de la fórmula empleada"<sup>548</sup>. HAURIOU llama *dictadura temporal en período de urgencia* al estado de excepción que surge del art. 16<sup>549</sup> y añade: "El recurso al artículo 16 implica la fusión momentánea y parcial de la ley y el reglamento, dado que el Presidente de la República tiene la facultad de adoptar por vía reglamentaria todas cuantas medidas considere necesarias para, en los plazos más breves posibles, asegurar a los poderes públicos constitucionales, los medios de cumplir su misión"<sup>550</sup>.

Ahora bien, una vez realizado el breve análisis que ubica la legislación de urgencia y la evolución que con diversos matices aparece en el escenario mundial, a partir de este acápite centraremos nuestras investigaciones en los actos normativos del Gobierno dictados en razón de necesidad o urgencia, cuyos conceptos fueron delimitados en el apartado 1.2 de este capítulo. A esta clase de actos los nombraremos con la denominación genérica de **decretos-leyes**, aunque la expresión brasileña de **medidas provisórias** aparezca con el mismo significado que *decretazione d' urgenza* o legislación de urgencia, por usar la expresión en castellano.

Tras la información que hasta aquí hemos expuesto, nos toca empezar el tema definiendo su naturaleza jurídica:

### 3. TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGISLACION DE URGENCIA

La naturaleza jurídica de los **decretos-leyes** es una materia que se ha prestado a innumerables controversias entre los publicistas italianos. Juristas de la categoría de Biscaretti di Ruffia, Pitruzzella, Vieste y Zagrebelsky, entre otros, ponen en duda el carácter legislativo de los *decreti-legge*. Asimismo, la doctrina brasileña

547 DUVERGER, Maurice, *Elements de Droit Public*, Themis, París, 1995, pp. 112-113.

548 *Idem, ibidem*, p. 113.

549 HAURIOU, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ediciones Ariel. Traducción de José Antonio González B., Barcelona, 1970, p. 549.

550 *Idem, ibidem*, p. 621.

ha debatido sustancialmente sobre la naturaleza jurídica de las *medidas provisórias*. Hay quien las entiende como “poder cautelar” otorgado al Presidente de la República. Para algunos, las *medidas provisórias* son equiparables a las leyes, para otros no pasarían de actos administrativos, actos legislativos *strictu sensu*, actos *sui generis*, actos políticos y, por tanto, ni administrativos ni legislativos.

Quizás CANOTILHO tenga razón al afirmar que “*O que importa num Estado Constitucional de Direito não será tanto saber se o legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima*”<sup>551</sup>. De todas formas, el Constituyente español no quiso dejar lugar a dudas sobre la naturaleza jurídica del acto, estableciendo posteriormente en el art. 86,1 que “el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes”. Es decir: los decretos-leyes son actos legislativos. De igual forma, el artículo 198º de la Constitución Portuguesa reconoce expresamente la competencia “legislativa” - y en algunos casos exclusiva- del Gobierno para dictar los decretos-leyes.

Sin embargo, como los constituyentes de Brasil e Italia no han llegado a ser tan claros, antes de comparar cómo se presenta la configuración constitucional de los decretos-leyes (o de las *medidas provisórias*) nos parece acertado reproducir – aunque sea sucintamente- las teorías y las corrientes doctrinarias al respecto, por lo que consideramos procedente un breve análisis para la mejor comprensión y definición del instituto que se somete a la comparación.

### 3.1. Teorías italianas:

#### 3.1.1 Hechos consentidos por la Constitución

Esta es la teoría defendida por Carlo Esposito, que afirma que los decretos-leyes no pasan de una eventualidad disciplinada por el Derecho Constitucional. Como mero hecho consentido por la Constitución, la edición de los decretos-leyes sería intrínsecamente ilícita hasta el momento de su conversión en ley, la cual operaría en calidad de verdadero “*Bill of indemnity*” para sanar el vicio adquirido en razón de la emisión de un acto con fuerza de ley. De esta forma, el Gobierno tendría solamente la posibilidad, pero no la competencia, de editar tales medidas:

*...i provvedimenti di urgenza e necessità del Governo sono un-fatto cui la Costituzione vuole dare disciplina ma non un istituto che da essa tragga nascita. Parimenti il trattamento riservato ai provvedimento del Governo, pure presi nelle situazioni previste dalla Costituzione, e cioè che esse abbiano una efficacia del tutto incerta e rimessa alle libere decisione delle camere, e subordinata al fatto che esse si tramutino in provvedimenti formalmente diverso, preso dalle Camere definitivamente competenti, conferma che il Governo dichiarato responsabile per la adozione necessitata di provvedimenti di urgenza, ha la possibilità, ma non la potestà o la competenza ad adottarli.*

(...)

*La incompetenza infatti de una `autorità a determinati provvedimenti non dà luogo a mancata nascita, ma a vizio di essi, ed il fatto che la Costituzione prevede che il provvedimenti adottati dal Governo in caso di necessità e urgenza debbono essere convertiti in altri di diversa specie e procedenti da altro soggetto, e cioè in legge*

551 Los destaques en el original están en cursiva. Cf. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 247

*approvata dalle Camere, perché ciò che essi dispongono possa ottenere via certa, conferma il peccato originale dei provvedimenti*<sup>552</sup>.

Según esta tesis, la decretación con valor de ley ganó un lugar en el texto constitucional italiano en razón del sentimiento de los constituyentes de la inocuidad de prohibirla u omitirla, ya que sería adoptada “a pesar” y “en contra” de la prohibición, ante la realidad de los hechos que cercan el Estado contemporáneo de la post-guerra. Así, habrían optado por disciplinarla, atribuyéndose al Gobierno la facultad, que no el poder, de utilizarla. En verdad, el Constituyente no quiso otorgar poder al Gobierno y apenas consintió que se pudiera romper la competencia legislativa del Parlamento hasta que este se pronunciara convirtiendo el “hecho” (ilícito en su origen) en ley.

Es cierto que en Italia hubo la discusión de si se incluía o no en el texto constitucional la autorización para que el Gobierno pudiese dictar decretos-leyes. Al principio de los trabajos constituyentes en Italia, en la Subcomisión encargada de elaborar el proyecto respecto a la Organización Constitucional del Estado (la segunda, entre las tres en que fueron divididos los trabajos constituyentes), se llegó a aprobar la propuesta de prohibir categóricamente la edición de los decretos-leyes<sup>553</sup>. Solo cuando la materia fue llevada al Pleno de la Asamblea fue cuando emergieron las divergencias entre los Constituyentes, siendo cierto que algunos defendían que la ausencia de previsión de un instituto semejante en el texto constitucional no impediría su utilización por parte de los Gobiernos. De entre los debates que entonces se mantuvieron, venció la tesis que permitía al Gobierno editar decretos-leyes, pero limitaba su edición rodeando el Instituto con garantías especiales. Lo curioso es que semejante constatación sobre la utilización de los decretos-leyes por parte de los Gobiernos hizo que el Constituyente portugués de 1976 llegara a un resultado completamente inverso, es decir, el de permitir su utilización incondicionada a los presupuestos habilitantes de urgencia y necesidad, que en verdad no eran obedecidos, reconociendo expresamente, entonces, una competencia legislativa al Gobierno (art. 198º).

En Brasil, al igual que en Italia, los Constituyentes también quisieron acabar con los decretos-leyes por motivos de su utilización abusiva. Esto quedó claro dentro de la Subcomisión del Poder Legislativo, cuyo Relator, Constituyente José Jorge, no los incluía en su anteproyecto, justificando lo siguiente:

*Retirou-se a figura do decreto-lei, matéria muito polêmica. Apesar de haver muitas sugestões para que seja colocado como opção, mesmo que com restrições pelo menos neste primeiro relatório, retirar o decreto-lei, a não ser que a Comissão decida incluí-lo em algumas das opções, com as restrições, que foram apresentadas por diversos Constituintes, inclusive os da própria Subcomissão, como Jorge Hage, Luiz Viana e outros. **Na realidade, o fator fundamental que nos fez retirar o decreto-lei foi o abuso com que ele foi usado.** Hoje temos 180 decretos-leis tramitando no Congresso, que não foram ainda aprovados. Acho que se o decreto-lei permanecer, deve ser mais discutido, para que possa realmente existir de forma que não permita abusos e de tal maneira que possibilite a realização do trabalho com a participação efetiva do Legislativo*<sup>554</sup>. (la letra en negrita no está resaltada de tal forma en el original)

552 Cf. ESPOSITO, Carlo. *Enciclopedia del Diritto*. Voce: "Decreto-Legge". Milano,: Giuffrè Editore, 1962, p. 833.

553 Propuesta dell'On. Bulloni en *Atti II Stc.*, p. 260. Cf. VIESTI *I decreti...op. cit.* p. 34

554 Cf. AANC (*Atas das Comissões*) 19.05.1987. *Ata da 10ª Reunião Ordinária da Subcomissão do*

Sin embargo, aún dentro de la misma Subcomisión (Del Poder Legislativo) hubo, en Plenario, una enmienda al anteproyecto del Relator, presentada por el Constituyente Jorge Hage el 22.05.1987. Tal enmienda, aprobada por unanimidad, creaba un instituto muy parecido al que también crearía la Subcomisión del Poder Ejecutivo. Asimismo, estaba inspirada en la Constitución italiana y en el pensamiento constituyente, que en nada se relacionaba con el decreto-ley practicado hasta entonces en Brasil, el cual era un instrumento autoritario, mientras que la medida que se creaba era completamente democrática:

*A questão de conteúdo refere-se à extinção do decreto-lei. Parece-me que é absoluta e generalizada a condenação ao decreto-lei, na forma em que existe hoje em nosso País. Parece-me que, quanto a isto, há absoluto consenso. Foi proposto pelo nosso Relator a pura e simples extinção do decreto-lei. De nossa parte, estamos sugerindo a adoção de um mecanismo que nos parece perfeitamente compatível com a democracia existente, acolhido nas democracias modernas as mais invejáveis, como as da Itália, França e Espanha. (...) A nossa proposição é no sentido de que adotemos uma fórmula semelhante à adotada nas democracias maduras da Europa, que conciliam com muita sabedoria as prerrogativas do Poder Legislativo, sua pureza democrática, com as necessidades evidentes que em determinado momento existe para o Governo, seja ele presidencial ou parlamentarista, de atuar diante de situações de emergência ou diante de situações nas quais o sigilo, a priori, da edição da norma é uma condição absolutamente indispensável à sua eficácia. Neste sentido é que propusemos a adoção das chamadas medidas normativas provisórias, adotadas na Constituição italiana, com base na seguinte justificativa: "É geral e absoluta a condenação à figura do decreto-lei, na forma que vem sendo praticado no Brasil. Entretanto, é, da mesma forma, generalizada a utilização de mecanismos sérios, que nada têm de cunho autoritário em todos os países democráticos, como Itália, França, Espanha etc. para enfrentar a necessidade de providências realmente urgentes ou que não possam, por sua natureza, ter divulgação anterior à sua entrada em vigor". A solução proposta está rigorosamente inspirada na fórmula adotada na Constituição democrática da Itália, que nos pareceu a melhor de todas elas, até porque prevê sua apresentação obrigatória ao Congresso, no mesmo dia, nas 24 horas, e a perda da eficácia da norma se não aprovada em 30 dias, com a peculiaridade de que a perda da eficácia retroage ao início de sua vigência." (...) Esta é a fórmula inspirada integralmente na Constituição da Itália, que me pareceu ter o mecanismo mais perfeito, porque até prevê o Congresso regular as relações jurídicas que surgirem durante o período.<sup>555</sup>*

Como se puede ver, la hipótesis de incorporar las medidas provisionales con fuerza de ley al texto constitucional, con motivo de su inevitable adopción por el Gobierno aunque no fuesen previstas, ni siquiera ha sido debatida por los Constituyentes brasileños. Al contrario, los Constituyentes disociaban completamente las *Medidas Provisórias* (que acabarían siendo creadas dentro de la Comisión) de los decretos-leyes. Para los ideales democráticos constituyentes, las *Medidas Provisórias* que se creaban jamás se aproximarían a la naturaleza de los decretos-leyes, considerados por ellos como un instrumento de excepción. Se nota entonces que el "realismo" del Constituyente brasileño fue de naturaleza diversa: se trataba, en aquel momento, de crear "un instrumento democrático y necesario para la modernización del País":

---

*Poder Legislativo*, p. 185/186.

<sup>555</sup> Cf. AANC (*Atas das Comissões*) 22.05.1987. *Ata da 9ª Reunião Extraordinária da Subcomissão do Poder Legislativo*, p. 210.

*A celeridade do processo histórico de hoje, a modernização e a complexidade da sociedade exigem instrumento ágil e preciso para que se possa atender aos casos relevantes e de urgência dentro da direção administrativa – que são muito comuns*<sup>556</sup>.

De esta forma, para atender las exigencias de la vida contemporánea sería necesario suministrar al Poder Ejecutivo medios legislativos ágiles y apropiados para permitir la gobernabilidad. Por consiguiente, lo que deducimos es que el Constituyente brasileño de 87/ 1988 sí quiso atribuir al Gobierno el “poder” - y no la simple “posibilidad” - de editar actos jurídicos - y no simples hechos - con fuerza de ley, lo que viene a ser confirmado por el artículo 84, inciso XXVI, del texto constitucional aprobado<sup>557</sup>, en el que se hace remisión expresamente al artículo 62, tal y como, de forma voluntaria, decidió el Constituyente<sup>558</sup>.

Ahora bien, retomando la teoría de ser simples "hechos" disciplinados por el Derecho, los decretos-leyes no se sujetarían a cualquier control judicial, incluso el de constitucionalidad, compitiendo solo al Parlamento el papel de "corregidor" exclusivo de tales hechos. Sobre la precariedad de la teoría anota SANTOLAYA MACHETTI:

Estamos ante una consecuencia curiosa de esta peculiar forma de defensa de las potestades del Parlamento como eje del sistema democrático: por negar poder legislativo al gobierno se llega a negar todo control de sus actos legislativos y, en última instancia, la propia Constitución como norma al estar sometida a la voluntad conjunta de los órganos de poder.

En ese sentido, es difícil de aceptar la construcción que hace Sorrentino para salvar ese vacío de control. Según el citado autor, éste no se produciría porque en tal supuesto lo controlable sería la Ley de Conversión, que resultaría inconstitucional si convirtiese un Decreto-ley inconstitucional<sup>559</sup>.

Además, los simples hechos no producen fuerza de ley. Entonces, hasta que no sean convalidados para sanar los vicios, no producirán efectos en el mundo jurídico.

### 3.1.2 Poder Delegado al Ejecutivo

Otra corriente, capitaneada por autores de reconocido prestigio, reconoce un poder jurídico atribuido por la Constitución al Gobierno para dictar decretos-leyes, motivo por el cual no estaríamos ante simples hechos. Sin embargo, defienden que, a pesar de estar reconocida la competencia del Gobierno para producir estos actos, aún así no se trataría de una competencia propia del Gobierno, o de un poder autónomo u originario, sino de un poder derivado por delegación del Parlamento, único titular del poder de legislar. Nos dedicaremos ahora a examinar la naturaleza jurídica de los actos normativos del Gobierno según esta corriente doctrinal.

Para esta línea doctrinal, aunque se reconozca que los decretos-leyes son

556 Palabras del Constituyente Egidio Ferreira Lima al defender la permanencia del instituto en el texto Constitucional. Cf. AANC. Suplemento “C”, p. 890. 304ª votação

557 Art. 84. *Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62.*

558 En este sentido, fue lo que se decidió en la Comisión de Redacción. Cf. DANC, suplemento “B” p. 14.

559 Cf. SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *El Régimen Constitucional de Los Decretos-Leyes*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 33.

actos jurídicos y como tales están sujetos a control (parlamentario y jurisdiccional), no sería un acto propio, sino más bien delegado. Por ser así, el Gobierno carecería de potestad legislativa de urgencia, conforme a lo establecido en el párrafo 1º del artículo 77 de la Constitución Italiana: *“Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria”*.

La delegación de la que se trata sería de carácter permanente y tácita, ya que puede ser ejercida siempre que se produzcan los presupuestos habilitantes, es decir, siempre que ocurran *“casi straordinari di necessità e d'urgenza”*. Sin embargo, la existencia de dichos presupuestos esta sometida al control parlamentario de conversión.

Esta teoría distingue la capacidad jurídica de la capacidad técnica; ésta reconocida al Gobierno, considerado como el mejor preparado para enfrentar las situaciones de necesidad y urgencia. Si el Ejecutivo, aunque disponiendo del poder permanente de emanar los actos legislativos de urgencia, actúa por delegación y no en el ejercicio del poder que le es propio, estaría, entonces, caracterizada en esta hipótesis la figura de la "sustitución", en la que el Ejecutivo-sustituto actúa en su nombre y en su interés, operando en la esfera de la competencia del Parlamento-sustituido, de forma autónoma y sin cualquier interferencia del Parlamento hasta el momento de la conversión en ley o de la ratificación.

En una apretada síntesis, esta es la tesis defendida en Italia por VIESTI: *“Posto che il decreto-legge è atto esplicativo di un potere giuridico (cf. par. 12), corre l'obbligo di chiarire che non si tratta di un potere autonomo, cioè di una competenza originariamente propria del Governo, bensì dello stesso potere legislativo di cui è titolare il Parlamento, esercitato indirettamente del Governo in qualità di organo secondario (cosiddetto organo di organo)<sup>560</sup>”;* y LAVAGNA: *“Sarebbe pertanto erroneo attribuire al Governo un potere legislativo. Sia aure limitato e condizionato, in base a principi diversi ed estranei ai predetti articoli e in particolare come s'ebbe già a dire per le leggi delegate, al principio di sostituzione”<sup>561</sup>.*

En España, comparten la misma opinión GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ: *“Entende-se por decreto-lei toda norma com categoria de lei que emana, por via de exceção, de um órgão que não tem o poder legislativo, concretamente do Governo ou do Conselho de Ministros”<sup>562</sup>.*

Brasil tampoco quedó inmune a la influencia de esta teoría, una teoría que, para muchos<sup>563</sup>, se ajusta con precisión a los términos del artículo 44 de la Constitución brasileña, el cual establece que el poder legislativo será ejercido por el Congreso Nacional.

560 Giuseppe Viesti, *I Decreti...op. cit.* p. 57.

561 LAVAGNA, Carlo. *Istituzioni di Diritto-Pubblico*. Torino: UTET, 1970, 2 v., p. 351.

562 *Curso de Direito Administrativo*, Sao Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 173. *Curso de derecho administrativo*. 14ª ed., Cizur Menor (Navarra) : Thomson Civitas, 2008.

563 Cf. entre otros: FREJDA SZKLAROWSKY, Leon. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991, p. 172; SILVA VELLOSO, Carlos Mário. “Delegação Legislativa e Legislação por Associações”. *RDP*, nº 92, out-dez 1989. São Paulo: RT, 1989, p. 150; y cuando el Ministro del STF en voto en la ADI 295-3-DF: *“...a Constituição, no art. 62, empresta a essa técnica de delegação legislativa, que é a Medida Provisória, caráter de normatividade desde sua edição”*.

Sin embargo, opinamos que SANTOLAYA MACHETTI<sup>564</sup> tiene razón cuando critica la teoría por entender que “tal delegación sería absolutamente contraria a los principios que rigen las delegaciones tanto en el ordenamiento jurídico español como en el italiano [y aquí aún añadiríamos el brasileño] que se caracterizan siempre por ser expresas, en materia concreta, con determinación de principios y criterios, con fijación de plazos y por agotarse con la emanación de la norma gubernativa”.

Con razón, no hay forma de detectar en el art. 62 de la Constitución brasileña, ni en el artículo 86 de la Constitución española o 77 de la italiana, cualesquiera señales de delegación de funciones, aunque tácita, del Legislativo al Ejecutivo. Cuando quisieron delegar poderes a sus gobiernos, los referidos ordenamientos optaron por fijar, expresa y precisamente, los parámetros y límites de la delegación legislativa, de modo que a ésta no le indujera la abdicación del poder de legislar por parte del Parlamento. Estos hechos pueden ser comprobados con una simple lectura del artículo 68 de la Constitución brasileña, artículo 82 de la española y 76 de la italiana.

Asimismo, dicha teoría jamás encontraría cabida en el ordenamiento portugués, ya que el artículo 198º, además de reconocer la competencia legislativa exclusiva y propia del Gobierno, establece los casos en los que el Parlamento puede autorizar la emisión de decretos-leyes por medio de leyes de autorización legislativa o ley de bases, es decir: distingue perfectamente lo que es competencia legislativa exclusiva del Gobierno y lo que necesita de delegación para dictar decretos-leyes. Luego sería irrazonable que todos los Constituyentes referidos pretendieran darse al trabajo de establecer normas procedimentales rígidas, para la transferencia del poder legislativo, si quisiesen permitir la delegación tácita y amplia a través de la emisión de decretos-leyes, oriundos del Gobierno.

### 3.1.3 Poder propio otorgado al Ejecutivo

Por fin, hay una tercera vertiente doctrinaria nacida en Italia, a la cual nos adherimos, que afirma que la emisión de decretos-leyes representa un poder, propio y permanente, titularizado por el Poder Ejecutivo, tratándose, realmente, de una atribución constitucional directa, no caracterizadora de delegación.

Sus mayores defensores en Italia son PALADÍN: “*Chiaramente, del resto, la lettera della Costituzione esclude che sia da presumere d'una delegazione tacita del Parlamento al Governo, ogniqualevolta questi faccia uso dei poteri conferitigli dall' art. 77<sup>565</sup>*”; y DI CIOLO: “*Ebbene-questo è il punto che va sottolineato- il suddetto potere di qualificazione spetta al governo in permanenze e senza soluzione di continuità. In virtù di tale potere, permanentemente posseduto, che il Governo può, in ogni momento, sotto la sua responsabilità, valutare e qualificare come straordinaria vigente una data situazione concreta, e adottare di conseguenza un decreto-legge*”<sup>566</sup>.

564 *El régimen Constitucional...Op. Cit.* p. 35.

565 “In tema di decreto-legge”. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, ano VIII, n° 1, gen./mar., 1958, p. 535.

566 DI CIOLO, Vittorio Di Ciólo. *Questoni in tema di decreti- legge - parte prima*. Milano. Dott. A. Giuffrè, 1970, p. 146.

Por otra parte, en España encontraremos autores que defienden esta teoría, tales como OTTO Y PARDO<sup>567</sup>:

El reconocimiento constitucional de la legislación de urgencia obliga a hacer alguna precisión conceptual en torno a la titularidad de la potestad legislativa en nuestro derecho. La potestad de dictar decretos-leyes, normas con rango de ley, con la misma eficacia derogatoria que las leyes, significa escindir en dos la potestad legislativa reconociéndola no sólo en las Cortes, que la ejercen por si mismas o la delegan en el gobierno, sino también en este último como una potestad propia.

Como también SANTOLAYA MACHETTI:

La conclusión ha de ser, por tanto, la existencia de un auténtico poder para legislar en determinadas circunstancias, otorgado al gobierno tanto por el artículo 77 de la Constitución italiana como por el 86 de la española.<sup>568</sup>

Realmente, esta teoría parece ser la que mejor explica y justifica la naturaleza jurídica de los decretos-leyes. Se trata de un auténtico poder legislativo otorgado al Gobierno por las Constituciones. No obstante, el poder legislativo del Ejecutivo es de distinta naturaleza de aquel atribuido al Parlamento. Éste es ordinario, ilimitado y de duración indeterminada, estando únicamente sometido a la Constitución. Aquel, es de duración determinada y excepcional, porque esta condicionado a que se den los presupuestos de urgencia y necesidad, con limitaciones de orden material, generalmente no impuestas a la ley ordinaria.

Se presentan, pues, los decretos-leyes en los ordenamientos constitucionales como fuente genuina de Derecho.

### 3.2. Doctrinas brasileñas:

#### 3.2.1 Poder Cautelar del Presidente de la República o simple proyecto con fuerza de ley

Este posicionamiento doctrinario asume un carácter eminentemente procesalista, concibiendo las *Medidas Provisórias* como un poder de cautela legislativa otorgado al Presidente de la República, funcionando como un medio idóneo de impedir, por un lado, en la esfera de las actividades normativas estatales la consumación del *periculum in mora*<sup>569</sup> y, por otro, hacer posible y eficaz la prestación legislativa del Estado. En resumen, la *Medida Provisória* sería un proyecto de ley con fuerza cautelar de ley.

Justifica esta corriente que: "*No Brasil, as medidas provisórias, que resultam do exercício, pelo Presidente da República, de competência constitucional extraordinária, representam a expressão concreta do poder cautelar geral deferido*

567 OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derecho Constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1991, p. 212.

568 Pablo Santolaya Machetti, *El regimen....op. cit.*, p. 36.

569 En ese sentido, véase el siguiente precedente del STF: "*O que justifica a edição dessa espécie normativa, com força de lei, em nosso direito constitucional, é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio periculum in mora que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa. (...)*" (ADI 221-MC, Rel. Min. Moreira Alves, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 29-3-90, DJ de 22-10-93).



ao Chefe do Poder Executivo da União". De esta forma, la edición de las medidas provisionales configuraría una "anticipación legislativa" de naturaleza cautelar<sup>570</sup>.

En oposición a esta teoría AMARAL JUNIOR escribe que la afirmación no transmite una idea precisa porque "*a medida cautelar típica é um provimento não satisfativo (isto é, que se limita a tomar providências apenas e tão somente aptas a assegurar a eficácia de um provimento definitivo ainda por vir mas sem adiantá-lo), enquanto a medida provisória é satisfativa, adiantando desde logo, a própria normatização pretendida, sem prejuízo de eventuais modificações de origem parlamentar quando da conversão da lei*"<sup>571</sup>.

A esta afirmación podríamos añadir que el presupuesto habilitante de la "urgencia" jamás podría ser comparado al "*periculum in mora*" -requisito de las medidas cautelares- porque se puede entender que en el control parlamentario no hubo urgencia, momento en que la medida sería rechazada, es decir, no sería convertida en ley. Entonces, ¿dónde se encontraría la anticipación legislativa si en este caso pierde los efectos desde su edición?

### 3.2.2 Leyes especiales

Algunos juristas de la categoría de JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>572</sup> o EROS ROBERTO GRAU<sup>573</sup> sostienen que la Medida Provisória tiene naturaleza de ley. Serían entonces leyes especiales dotadas de vigencia provisional inmediata o medidas de ley sujetas a condiciones resolutorias.

Comparte la opinión MERLIN CLÈVE<sup>574</sup>, para quién, partiendo del principio de que la Constitución admite, en determinadas circunstancias, el ejercicio de la función legislativa por el Ejecutivo, está admitiendo que las *medidas provisórias* son leyes, pues la ley no es más que aquella norma editada por el poder Legislativo. La Constitución brasileña atribuye función legislativa a otras entidades que no son el Legislativo, luego los actos emanados de estas otras entidades, dentro de la capacidad que les fue otorgada, son ley. Puede no ser ley en el sentido orgánico y formal, pero es ley en el sentido de que tienen fuerza de ley, ya que tiene el poder de innovar originariamente el orden jurídico. Según este autor, el hecho de que las medidas provisionales estén clasificadas como una de las especies normativas primarias en el artículo 59 de la Constitución brasileña, es motivo para justificarlas como ley. A su parecer, ley para el Constituyente son todos los actos normativos primarios. Así, las medidas provisionales tienen naturaleza jurídica de ley, no en sentido formal, ya que existe ley como género y ley formal como especie. En este caso, las medidas provisionales son especies del género ley como las leyes formales.

570 Esta tesis ha sido creada y defendida por SAULO RAMOS cuando era Consultor General de la República. Cf. SAULO RAMOS, José. Parecer nº SR-42, de 21/06/89, publicado no DOU, seção I, p. 10.181.

571 *Medida Provisória ...*, op. cit. p. 125

572 *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo. Mallheiros, 2007, *passim*.

573 "Medidas Provisórias na Constituição de 1988". *Revistas dos Tribunais* nº 658, 1990, p.240.

574 MERLIN CLÈVE, Clèmerson. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT,1993, pp.56-57.

La fuente de este raciocinio se encuentra en la disposición del artículo 84, XXVI de la Constitución Federal Brasileña de 1988, el cual otorga competencia al Jefe del Poder Ejecutivo para dictar medidas provisionales con fuerza de ley, conforme le permite el artículo 62 de la Constitución.

Ahora bien, no cabe duda de que las *medidas provisórias* son actos normativos primarios. Sin embargo, el hecho de que por ello deben poseer idéntica naturaleza jurídica que la ley es una afirmación de la cual discrepamos. La teoría, aunque lo niegue categóricamente, se aproxima de alguna forma a la corriente que entiende los decretos leyes como un poder delegado -en el presente caso de *lei delegada*- ya que su origen es extraño al Legislativo. Esta opinión ha sido incluso rechazada por gran parte de la doctrina brasileña bajo el argumento de que nada puede convertirse en aquello que ya lo es, es decir: Si las *medidas provisórias* son leyes, entonces, ¿por qué motivo la Constitución determinaría su conversión en ley?

Igualmente, en oposición a dicha doctrina, BANDEIRA DE MELLO<sup>575</sup> afirma que es un grave error analizar las medidas provisionales como si fuesen leyes expedidas por el Ejecutivo y, en consecuencia, atribuirles régimen jurídico o posibilidades normalizadoras equivalentes a las de las leyes. Por esta razón distingue unas de otras de la siguiente manera:

- a) Las *medidas provisórias* son una forma excepcional de regular ciertos asuntos, al tiempo que las leyes son la vía normal de disciplinarlos;
- b) Las medidas provisionales son efímeras, poseen su plazo y vigencia previamente establecidos en la Constitución Federal, mientras que las leyes, normalmente, tienen duración indeterminada y cuando son temporales, tienen su plazo de vigencia fijado en ellas mismas;
- c) Las *medidas provisórias*, en cuanto medida provisional, pueden ser aprobadas en cualquier tiempo por el Congreso Nacional. Y la ley, en cambio, depende del órgano que la emanó;
- d) Las *medidas provisórias*, en cuanto no son convertidas en ley, pierden su eficacia desde su edición, efecto *ex tunc*, al paso que las leyes, cuando son revocadas, sus efectos son cesados *ex nunc*;
- e) Las *medidas provisórias*, para ser editadas, deben atender a los presupuestos de relevancia y urgencia; mientras que las leyes no poseen presupuestos para su edición;
- f) Las medidas provisionales son emanadas por el Poder Ejecutivo. Las Leyes emanan del Poder Legislativo.

### 3.2.3 Acto administrativo con fuerza de ley

Esta teoría es defendida por el profesor paulista MARCO AURÉLIO GRECO, que llega a tal conclusión partiendo de la premisa de que la medida provisional no es ley, porque se trata de un acto del Poder Ejecutivo editado sin la participación del Congreso Nacional, detentador único del poder legislativo<sup>576</sup>. Esta teoría sostiene que

<sup>575</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Elementos de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, pp.62-64.

<sup>576</sup> Cf. GRECO, Marco Aurélio. *Medidas provisórias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. pp.

la competencia en la que el Ejecutivo se fundamenta para dictar medidas provisorias no es una competencia legislativa en sentido técnico. Para comprobar sus argumentos, observa que las *medidas provisórias* son publicadas en el *Diário Oficial* como "Actos del Poder Ejecutivo", y no como "Actos del Poder Legislativo"<sup>577</sup>.

En cuanto a la previsión descrita en el artículo 59 de la Constitución Federal de que el proceso legislativo también comprende las medidas provisorias, GRECO entiende que esta previsión se refiere a *las medidas provisórias* que ya fueron convertidas en ley. Así, después de que las medidas provisorias son convertidas en ley es cuando integrarán el proceso legislativo. Concluye:

*Quanto à natureza, não difere de um decreto, é ato administrativo com força de lei, igualmente um ato oriundo do Poder Executivo. A competência que ele se apóia não é legislativa em sentido técnico. Se fosse uma competência para legislar, isto negaria a separação de Poderes, confundiria suas funções e não explicaria o desfazimento integral da medida provisória não convertida em 30 dias<sup>578</sup>. (...)*

*"A medida provisória, tal como prevista no art. 62 da CF 88, é na verdade um ato administrativo geral editado pelo Presidente da República em razão da situação constitucionalmente descrita.<sup>579</sup>*

Sobre que no se trata de una competencia legislativa, anotamos la opinión de ZAGREBELSKY, que se amolda al caso cuando afirma que:

*il decreto-legge non è una contraddizione rispetto al principio d'appartenenza della funzione legislativa al parlamento; è anzi uno strumento che vale, eccezionalmente, per garantire la vigenza normale di quel principio e per consentire, appena ristabilita la situazione di normalità, di rientrare nell'ambito della distribuzione ordinaria del potere secondo la costituzione.<sup>580</sup>*

Tampoco se puede aceptar tal teoría, ya que parte de la idea de separación absoluta de Poderes, dogma superado desde hace mucho. De acuerdo con lo que ya fue destacado en páginas anteriores, la tarea de legislar dejó de ser atribución única y exclusiva de los Parlamentos. Así, la edición de *medidas provisórias* no puede ser considerada como negación del principio de la separación de los Poderes, porque la Constitución brasileña no recibió la clásica teoría en su forma rígida y absoluta. Al revés, reparte las funciones entre los Poderes **independientes y armónicos** entre sí (art. 2º) de una forma orgánicamente ajustada y que distribuye las competencias funcionalmente adecuadas a la realización de las múltiples tareas del Estado<sup>581</sup>.

Únicamente la Constitución, como Norma Suprema, puede contener las respuestas que el tema de las *medidas provisórias* presenta. No obstante, para su adecuada visualización es necesario aliviar la pesada carga dogmática transportada

14-16.

577 *Idem, ibidem*, p. 15.

578 Medidas Provisórias. *op cit.* p. 15.

579 *Idem, ibidem*, p. 16.

580 ZAGREBELSKY, Gustavo: *Manuale di Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti del Diritto*. Torino: UTET, 1990, p. 175.

581 Véase a propósito SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. traducción de José M. Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985 p. 145-146.

por una concepción rígida de la separación de poderes, que impide compartir la potestad legislativa<sup>582</sup>.

En este sentido, se amoldan perfectamente al caso las palabras de OTTO Y PARDO:

Negar esta escisión [se refiere a la escisión de la potestad legislativa en dos] significa cerrar los ojos a la realidad del ordenamiento en nombre del principio puramente doctrinal de la separación de poderes; así ocurre cuando se dice que un decreto-ley es una norma con rango de ley dictada por quien no tiene el poder legislativo, pues es bien claro que quien no tiene el poder legislativo no está habilitado para dictar normas con rango de ley y quien puede dictarlas es el legislador, tiene el poder legislativo. Reconocer la potestad de dictar decretos-leyes es reconocer la potestad de legislar<sup>583</sup>.

Entonces, así como no es posible aceptar la teoría italiana de “los poderes delegados”, por los mismos motivos no se puede admitir que la competencia del Ejecutivo sea impropia, como pretende esta teoría. Muy al contrario, está claro que se trata de una competencia propia para dictar actos legislativos (que le confiere el artículo 84, XXVI de la Constitución al Presidente de la República), porque así lo quiso el Constituyente.

Se concluye, por lo tanto, que por tratarse de actos legislativos expedidos por el Poder Ejecutivo, están exactamente en el lugar en que deberían estar en la prensa oficial, es decir: en el espacio destinado a divulgación de los actos del Ejecutivo, los cuales no deben de ser confundidos con actos ejecutivos o administrativos.

### 3.2.4 Actos de Gobierno

Todavía hay quienes<sup>584</sup> entienden las *medidas provisionales* con naturaleza jurídica de acto de gobierno. Esta teoría encuentra su fundamento en la doctrina alemana, especialmente en la constatación de Otto Mayer<sup>585</sup> que, al analizar el ordenamiento jurídico positivo alemán, verificó que había una actividad desarrollada por el Estado que no se encuadraba en la triple partición clásica y propuso una

582 Nos parece oportuno transcribir aquí los términos con los cuales Duguit censuraba a la Asamblea Nacional Francesa de 1789: “...no ve que Montesquieu se limita a reproducir las reglas de la Constitución inglesa, que no admite la separación de poderes más que en la medida en que se practica en Inglaterra, que una división absoluta desemboca fatalmente en la concentración de todos los poderes en un solo; no ve, en fin, que, en la continuación del Capítulo VI, Montesquieu muestra, con claridad meridiana, que una íntima solidaridad, que una colaboración constante deben unir a los diferentes poderes del Estado, que el poder ejecutivo debe tener un derecho de veto sobre el legislativo, que los agentes del ejecutivo deben ser políticamente responsables ante el Parlamento, que el poder judicial no existe, en modo alguno, como poder distinto del ejecutivo”. DUGUIT; Léon. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789: presentación y traducción*, Pablo Pérez Tremps-- Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

583 *Derecho Constitucional... op. cit.*, p. 212.

584 Véase por ejemplo VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias em Matéria Tributária: as Catilnárias Brasileiras*. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica/SP (tese), 1999 p. 244; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp 62-63; CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias: o regime jurídico constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 1996, p. 32; CAMPOS PADOVESE, Ricardo. “Alguns aspectos atinentes às medidas provisórias”. *Revista Consulex*, 1997 p.193, BERGMANN AVILA, Humberto. *Medidas Provisórias na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997, p. 96.

585 A propósito citan diversas traducciones de la colección: *Le droit administratif allemand*. Paris: V. Giard et E. Brière, 1904.

Cuarta función del Estado, denominándola de actividad *sui generis* del Poder Estatal.

Para esta teoría, la competencia otorgada por la Constitución al Jefe del Ejecutivo para la práctica de actos de la Administración no se confunde con los actos administrativos<sup>586</sup>, ya que estos obedecen directamente a la Constitución y se caracterizan por una discrecionalidad<sup>587</sup> que sí puede ser sometida a la apreciación del poder Judicial y por la libertad de opción inherentes a las actividades políticas o gubernamentales.

Así pues, las *medidas provisórias* serían, entonces, actos *sui generis* distintos de los actos administrativos, pero también distintos de los actos legislativos en sentido estricto, es decir, de la ley. Se trataría de actos políticos, en el sentido de acto gubernamental de derecho constitucional, de órgano del poder político, de la jefatura del Gobierno<sup>588</sup>.

### 3.2.5 A título de síntesis.

La verdad es que en todas las teorías es posible distinguir puntos de coincidencia, convergencia y divergencia. Sin embargo, todas admiten, prácticamente por unanimidad, el carácter normativo de los decretos-leyes o *medidas provisórias*.

En ese sentido, FERREIRA FILHO:

*Ela é um típico ato normativo primário e geral. Edita-o o Presidente no exercício de uma competência que, insista-se, lhe vem diretamente da Constituição. Manifesta assim, a existência de um poder normativo primário próprio do Presidente e independente de qualquer delegação*<sup>589</sup>.

En el mismo sentido, el STF decidió: “*as medidas provisórias perfazem no Direito pátrio uma categoria especial de atos normativos primários emanados do Executivo, com força, eficácia e poder de lei*”<sup>590</sup>.

586 Aunque se aleje de la naturaleza de acto administrativo estaría clasificada, bajo el punto de vista subjetivo, como acto ejecutivo por emanar del Gobierno, pero formalmente diferenciado del acto administrativo por la fuerza de ley que le está otorgada por la Constitución que sólo permite su edición bajo circunstancias muy especiales (Cf. PEREIRA DOS SANTOS, Brasilino. *As Medidas Provisórias no Direito Comparado e no Brasil*. Ltr Editora, São Paulo, 1994, p. 304). No puede ser equiparada al acto administrativo porque éstos tienen relación con las funciones técnicas del Estado, es decir, con el funcionamiento de la máquina administrativa (Cf. RAMOS, Carlos Roberto. *Da Medida Provisória*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 50).

587 Aclaremos que, a diferencia de los decretos-leyes de Italia o España, las *medidas provisórias* son actos simples porque dependen únicamente del juicio de la persona del Presidente de la República (lo que no se puede decir de la ley de conversión que, como la ley ordinaria, es acto complejo).

588 En ese sentido, FERREIRA, Sérgio de Andréa. “Medidas Provisórias: Natureza jurídica” *RTDP*, n.º. 1, São Paulo, 1993, pp. 151-156.

589 *Do processo Legislativo*. 3ª ed., p. 231.

590 ADI 293-7-600/DF, rel. Min. Celso de Mello. Ya en España el TC no ha sido tan claro, aunque la lectura del F.J. 4º de la STC 111/1983, nos permita encontrar una interpretación similar que define al decreto-ley como “un instrumento equivalente en cuanto a su fuerza a la Ley [es decir: materialmente es ley] y utilizable cuando una necesidad calificada por las notas de lo “extraordinario” y lo “urgente” reclama una acción normativa que, por lo ordinario, compete al legislador, pero precisamente por esa necesidad y no poder ser atendida por las Cortes Generales, se autoriza al Gobierno, con un carácter de provisionalidad hasta tanto obtiene la convalidación y, en su caso la conversión en Ley, que dicen sucesivamente los apartados 2 y 3 del indicado artículo 86”

En síntesis, podríamos decir que las Medidas Provisorias serían instrumentos jurídico-políticos traducidos en la forma de actos normativos primarios, con fuerza de ley (sujetos a condiciones resolutivas), practicados por competencia propia del Jefe del Ejecutivo Federal en supuestos de urgencia y relevancia y que deben ser sometidas de inmediato a la deliberación del Congreso Nacional. De esta forma, podemos afirmar que, materialmente, las *Medidas Provisórias* son equivalentes a las “leyes”<sup>591</sup> (*lato sensu*), aunque no lo sea formalmente.

#### 4. LA LEGISLACIÓN DE URGENCIA EN LAS DISTINTAS FORMAS Y SISTEMAS DE GOBIERNO

La teoría de la división de poderes- que con las adaptaciones del caso sirve de apoyo a los Estados Constitucionales de hoy- ya no se asusta con la injerencia del Poder Ejecutivo en el Poder Legislativo<sup>592</sup>, ni con la configuración constitucional de los actos atípicos de los Ejecutivos dentro de los procesos legislativos, como actos normativos primarios.

Con todo, el análisis de la utilización de la llamada *legislación de urgencia* y sus relaciones con las normas primarias no debe partir de un punto de vista general. Al revés, debe observar las particularidades inherentes a cada Estado, su forma y sistema de Gobierno. En este sentido, PIZZORRUSO<sup>593</sup>, a pesar de reconocer que las fuentes del derecho han sido estudiadas separadamente de la formas (y sistemas) de gobierno, opina, no obstante, que las formas de actividades legislativas del Gobierno son determinantes para conocer la definición de la forma de gobierno y, recíprocamente, que la exacta definición de la forma de gobierno constituye una referencia esencial para la interpretación de las disposiciones que regulan este género de poder normativo dictado por los Ejecutivos. Incluso hace notar “que la interpretación constitucional de las disposiciones que regulan los poderes normativos primarios es, de un lado, un punto de referencia fundamental para conocer la forma de Gobierno de un Estado y, de otro lado, el modo jurídicamente más correcto de señalar los límites entre el Gobierno y el Poder Legislativo en el ejercicio de la dirección política”.

Nuestra investigación no se orienta a analizar la adopción de las formas de gobierno de cada país, lo que implicaría estudiar con cierta profundidad el concreto sistema político-constitucional descrito por las correspondientes Constituciones y toda la problemática que el tema involucra. En estos supuestos, la comparación aún podría resultar difícil, pues, al tratarse de países con distintas formas y sistemas de gobierno, el proceso legislativo podría presentarse en el ámbito del derecho interno de forma tan particularizada que pudiera provocar la ausencia de las condiciones de

591 Motivo por el cual consentimos con el Ministro EROS GRAU, cuando dice que: “Este, portanto, o aspecto a deixar bem vincado: medidas provisórias são leis especiais dotadas de vigência provisória”. (GRAU, Eros Roberto. “Medidas Provisórias na Constituição de 1988”. *Revista dos Tribunais* n° 658. São Paulo, ago-1990, p 240)

592 Más que esto: los componentes de repartición de funciones y de controles recíprocos propios del Estado constitucional democrático recomiendan que el Ejecutivo interfiera en la función legislativa para que el parlamento no la monopolice tal y como ocurrió en Francia durante la III y IV República que atribuye la soberanía a la ley.

593 PIZZORRUSO, Alessandro. “I controlli sul decreto-legge in rapporto al problema della forma de governo”. En: *Politica del Diritto*. Bologna: Il Mulino, 2, 1981, p. 301 y ss.

base de la comparación, principalmente cuando la distinción no es muy transparente debido a la utilización, muchas veces indiscriminada, de conceptos y multiplicidad de términos.

Por otro lado, tampoco se puede olvidar que muchas de las consideraciones aquí forzosamente desarrolladas dependerán de la identificación de la forma de gobierno adoptada en cada Constitución por intermedio de distribuciones recíprocas de poderes y de controles inter-orgánicos, establecidos entre los diversos órganos constitucionales de soberanía. De esta forma, aunque no pretendamos estudiar estos criterios de distribución de competencias y las posiciones de los órganos de soberanía dentro de sus sistemas político-constitucionales, tampoco podemos dejar de identificar algunos de estos elementos a fin de hacer factible la investigación.

Así, partimos del principio de que incluso al tratar de verificar los actos “legislativos” del Ejecutivo en países con distintas formas y sistemas de gobierno, estas, en verdad, no son más que distintas maneras con las cuales se presenta el **régimen democrático**. Y es de esto de lo que se trata: distintas formas de Estados **democráticos**<sup>594</sup> que a su vez establecen en sus Constituciones actos extraños a la triple repartición de funciones y los clasifican como actos normativos primarios, aunque con distintos matices<sup>595</sup>.

Con respecto a las variadas formas de la repartición del poder con las cuales se relacionan los diversos órganos de soberanía del Estado, MATEUCCI concluye:

Con esas formas de gobierno se supera el principio de absoluta división de poderes y se distribuyen los dos poderes entre una pluralidad de órganos. En el régimen presidencial el ejecutivo puede vetar al legislativo, en los regímenes parlamentarios es el legislativo el que representa al ejecutivo, pero el proceso de formación de su voluntad se realiza a través de un sistema bicameral y tiene un control residual en los poderes del jefe del Estado limitados respecto de los del rey de la monarquía dualista, que puede disolver las Cámaras<sup>596</sup>.

Así, a efectos de la presente investigación, no importa la forma de gobierno; sí importa cómo la función legislativa está repartida dentro de las distintas formas y sistemas de gobierno entre sus órganos internos de soberanía. Por estos motivos, entendemos conveniente distinguir, aunque superficialmente, las formas con las cuales se relacionan el Legislativo y el Ejecutivo, dentro del ámbito interno de los países comparados, al establecer sus procesos legislativos.

---

594 Conforme se ha declarado en sus propias Constituciones. En este sentido, véase el artículo 1º de la Constitución brasileña: “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito*”; El artículo 1 de la Constitución española: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”; El artículo 1 de la Constitución italiana: “*L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro*”; Y, por fin el preámbulo y el artículo 2º de la Constitución portuguesa: “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático”

595 En Portugal, por ejemplo, los decretos-leyes prescinden de los requisitos de necesidad o urgencia, pero también integran el elenco de la producción normativa primaria al lado de la ley.

596 MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid :Trotta, 1998, p. 289.

#### 4. 1. La relación entre Ejecutivo y Legislativo en los sistemas de gobierno en los países comparados (Parlamentarismo versus Presidencialismo).

Conforme a lo que hemos visto, desde la doctrina de LOCKE<sup>597</sup> se han multiplicado las teorías de que los poderes legislativo y ejecutivo se encuentran con frecuencia separados. Sin embargo, ocurre que casi siempre suelen encontrarse reunidos (principalmente si hablamos de sistemas parlamentarios de gobierno).

Aunque las Constituciones modernas se encuadren perfectamente dentro del esquema de la clásica teoría de división tripartita de funciones (legislativa, ejecutiva y judicial), en general, la identificación del sistema de gobierno adoptado por los diversos países recae básicamente sobre el histórico y constante clima de tensión que se establece entre Ejecutivo y Legislativo. No obstante, aunque se trate de un sistema parlamentario o presidencialista, la verdad es que el Gobierno se viene confirmando como el protagonista real de sus sistemas -desde una perspectiva tanto política como jurídica- y está desempeñando un papel central y activo, inequívocamente creativo, no meramente ejecutivo, según las bases del paradigma liberal clásico<sup>598</sup>.

Por las razones históricas ya conocidas, son innumerables las dificultades existentes para llegar a una definición precisa del sistema parlamentario que comprenda la pluralidad de casos y particularidades que se engloban bajo este nombre<sup>599</sup>. Así, aunque el parlamentarismo se apoye en la separación funcional clásica, distinguiendo un Legislativo, un Ejecutivo y un Judicial, cada cual con competencias propias, lo cierto es que el Ejecutivo y el Legislativo no son independientes entre sí, aunque el Judicial sea independiente de uno y de otro<sup>600</sup>.

En muchos países de los sistemas parlamentarios, el Poder Ejecutivo clásico se ha dividido en dos: La Jefatura del Estado y la Jefatura del Gobierno. Especialmente en el Parlamentarismo dualista, donde el Gobierno para mantenerse necesitaba de una doble confianza: la del Rey que lo nombraba y cesaba y la del Parlamento que lo podía hacer dimitir, y en las comunidades políticas integradas en Estados compuestos (como los *Länder* en Alemania) el Ejecutivo es unitario<sup>601</sup>. En España (o incluso en Suecia o Japón) el Jefe del Estado ya no pertenece al Poder Ejecutivo y se limita a asumir funciones eminentemente arbitrales, así como las funciones representativas de la unidad del Estado, situándose al margen del juego

597 (1689): *Segundo Tratado de Derecho Civil*.

598 En este sentido, cf. CARMONA CONTRERAS, Ana M. *La configuración constitucional del decreto-ley*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 48

599 “Si miramos su funcionamiento real, son mayores las diferencias entre el parlamentarismo inglés y el continental que las existentes entre el primero y el régimen presidencial” (MATTEUCCI, *Organización del Poder...op.cit.* p. 290)

600 Recordando a GARCÍA-PELAYO (El Estado de Partidos. Madrid: Alianza, 1986, p. 114) dicen LENK y NEUMAN que desde la realidad política, el núcleo de la forma de gobierno, así entendido como las relaciones establecidas entre Gobierno y Parlamento, aparece determinado por la actuación de los grupos políticos. Por ello, en los países que adoptan el sistema parlamentario ya no es posible sostener que Ejecutivo y Legislativo sean dos realidades distintas. Al revés, en verdad, se trataría más bien de dos realidades que se identifican en “un centro decisorio localizado en un partido o coalición de partidos” (Cf. LENK, Kurt; NEUMAN, Franz. *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*. Barcelona: Anagrama. 1980, p. 36). Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 9. (También citado por AMARAL JUNIOR, José Levi de Mello. *Medida Provisória e sua conversão em lei. A Emenda Constitucional n.º 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: RT, 2004, *passim*).

601 Cf. MOLAS, Isidre. *Derecho Constitucional*. Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 2008, p. 116.



político partidario<sup>602</sup>.

Sin embargo, el Jefe del Gobierno sigue íntimamente ligado al Parlamento por lazos de confianza. Surge entonces, según afirma LEVI AMARAL<sup>603</sup>, un nuevo poder: **el Gobierno**<sup>604</sup>:

*À chefia do Governo cabe a “supervisão diuturna dos negócios públicos”, em especial no que toca à harmonia conjunta do Legislativo e do Executivo (agora entendido como Governo) – não mais independentes entre si- com vistas a estabelecer para todos os indivíduos um mínimo de bem-estar por meio de efetiva atuação estatal no domínio socioeconômico.*

Bajo esta perspectiva, no es difícil entender por qué el Gobierno, que está legitimado por la mayoría parlamentaria, queda autorizado a producir normas legislativas en supuestos de urgencia, a través de *Decretos-leyes*, que ya entonces no se presentarán con el carácter dictatorial de otros tiempos, y pasa a integrar el sistema de fuentes de derecho. Sin embargo, en los sistemas presidenciales el sistema representativo apartará al Presidente (Jefe del Estado y del Gobierno) del ejercicio de la potestad legislativa. En el sistema nacido en los EEUU, el Presidente será únicamente el Poder Ejecutivo mientras que el Congreso será sólo el Poder Legislativo. No obstante, la opción por el sistema presidencialista no significará la separación absoluta entre Legislativo y Ejecutivo<sup>605</sup>.

GOMES CANOTILHO, al examinar la estructura del sistema de gobierno presidencialista, parte del modelo del régimen norteamericano, afirmando que éste ha servido de paradigma “a las varias ingenierías presidenciales”. Así, afirma:

*O Presidente da República é, simultaneamente, o chefe do Estado e chefe do governo, e daí a ausência de um gabinete ministerial no verdadeiro sentido e a existência de simples secretários de Estado, subordinados ao Presidente. Além do monopolismo do executivo – o poder executivo é conferido ao Presidente dos Estados Unidos – verifica-se a ausência de um governo colegial, pertencendo a definição de programas e a preparação de políticas públicas a esquemas organizativos da presidência ou até assistentes pessoais da mesma. (Executive Office)*<sup>606</sup>

602 Se destaca el caso español donde el Rey, jefe del Estado español a diferencia de otras monarquías parlamentarias “no es meramente simbólica o representativa de la unidad nacional sino titular también de ciertos poderes de un cierto relieve, influenciada, quizás por el modelo francés, lo que hace que esta forma de gobierno parlamentaria racionalizada no esté privada de un cierto dualismo”. Cf. LÓPEZ GARRIDO, Diego; MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco; PEGORARO, Lucio (Directores). *Nuevo Derecho Constitucional comparado*. Valencia: Tirant lo blanch, 2.000, p. 233.

603 AMARAL JUNIOR, José Levi de Mello. *Medida Provisória e sua conversão em lei. A Emenda Constitucional n.º 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: RT, 2004, p. 43.

604 La Constitución Portuguesa establece expresamente que el Gobierno es un “poder soberano” conforme se extrae de los artículos 110º e 111º da CRP/76. Asimismo, la Constitución de la República de Cabo verde, *verbis*: *Artigo 118º (Órgãos de soberania) 1.São órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia Nacional, o Governo e os Tribunais. 2.Os órgãos de soberania, nas suas relações recíprocas e no exercício de funções, respeitam a separação e a interdependência de poderes, nos termos da Constituição. Igual redacción tiene el art. 86 de la Constitución de Timor del Este.*

605 Como bien recuerda Hans Kelsen, incluso las Constituciones que consagran la rigidez de la separación de poderes, como ocurre en Estados Unidos, permiten la participación del Ejecutivo en el proceso legislativo, bien a través del poder de veto, o mediante la posibilidad de presentación de proyectos de ley (Cf. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes/UNB, 1990, p. 265).

606 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 582.

Incluso menciona específicamente el modelo presidencialista que rige en los países latinoamericanos, alegando que presenta muchos desvíos con relación al modelo norteamericano. Igualmente, complementa:

*Embora com várias especificidades nos vários estados latinoamericanos, o sistema presidencialista destes estados acentua disfunções político-organizativas: (1) os amplos poderes do Presidente, ordinários e extraordinários, derivados do facto de o Presidente ser, ao mesmo tempo, Chefe de Estado e Chefe de Governo, alicerçam uma confusão e concentração de poderes executivos e legislativos (ex: as medidas provisórias no sistema presidencialista brasileiro); (2) esta confusão e concentração perturba o sistema de checks and balances, o que conduz à insuficiência notória de controlos institucionais (por parte, por ex., do parlamento ou do poder judiciário sobre os actos presidenciais). Daí a designação deste presidencialismo como 'cesarismo representativo' ou 'centralismo presidencialista'<sup>607</sup>.*

Se concluye así que en el sistema presidencial, o aún en el semipresidencial, será difícil impedir una injerencia del Ejecutivo en el proceso legislativo, y también en estos sistemas los actos legislativos del Gobierno integrarán el sistema primario de fuentes, como ocurre con Brasil y Portugal, respectivamente.

Ahora bien, aunque se admitan actos legislativos del Gobierno como fuentes primarias de derecho interno, no hay que perder de vista los principios consagrados en la doctrina publicista de que el Parlamento debe ser el protagonista de la función legislativa (aunque ya no como el detentador del monopolio de dicha función); y el Ejecutivo debe interferir en la función legislativa, pero no más que como actor secundario. Claro que, ahora, caerá el mito de la ley como “fuente primaria por excelencia”, frente al crecimiento de los actos normativos del Gobierno (Decretos-leyes, Decretos Legislativos, Leyes delegadas, Decretos autónomos etc...), lo que implicará una nueva lectura del concepto de la ley.

Así, nos parece oportuno situar cada uno de los países comparados en cuanto a su forma y sistema de Gobierno. No se trata de una simple definición de los Estados, pero sí de verificar el nexo establecido entre los momentos de representación y decisión para poder alcanzar una noción mucho más amplia de la relación entre la decisión (normativa) y el régimen democrático, principalmente cuando la gran mayoría de las críticas lanzadas al instituto de las *medidas provisórias* en Brasil no admiten la recepción de un instituto del sistema parlamentario (*Decreto-legge*) adaptado a un sistema presidencialista como el brasileño.

En este sentido, MENEZES NIEBUHR, al discurrir acerca de la opción del Constituyente brasileño de hacer uso de un instituto extranjero, propio del sistema parlamentario, y hacerlo valer para la realidad que adopta el sistema presidencialista, llevaría acarreada una equivocación:

*O constituinte, nada obstante tenha acolhido o presidencialismo, preservou normas e institutos jurídicos que são inerentes ao sistema parlamentarista, destacando-se, entre elas, a medida provisória prevista no artigo 62 do texto definitivo da Carta de 1988.*

607 *Idem, ibidem* p. 584.

*Convém notar que, em suposto sistema parlamentarista, se houvesse abuso de medida provisória, tal qual na Itália, seu autor seria responsabilizado, podendo inclusive perder o cargo que ocupasse. Ora, no sistema presidencialista, nada acontece ao Presidente da República, que usurpa o Poder Legislativo, abusando, à saciedade, do uso de medidas provisórias. Conclui-se que o constituinte nacional agiu de maneira bastante equivocada, por não ter tido o mínimo de rigor no trato do método comparativo, ao importar para a Constituição de um Estado presidencialista um instituto típico de um Estado parlamentarista. Não se pode querer transplantar um dispositivo específico de Estado estrangeiro, sem atentar para as especificidades do sistema que ele integra, devendo-se tomar ciência das diferenças culturais, institucionais e de controle existentes. Como dito, a Constituição é um todo ordenado, uma unidade, um sistema. As normas constitucionais não são isoladas uma das outras, mas todas elas se relacionam reciprocamente, havendo verdadeira imbricação. Um enunciado constitucional específico jamais pode receber exegese correta se interpretado de modo isolado, sem levar na devida conta os princípios e demais enunciados que dão corpo ao sistema constitucional. Por isso, os provimentos provisórios italianos revestem-se de configuração absolutamente diversa do tratamento que foi dispensado à medida provisória brasileira, conquanto os respectivos enunciados constitucionais se assemelhem(...)*<sup>608</sup>.

Sobre la cuestión en análisis, MERLIN CLÈVE mantiene:

*Que o regime jurídico da medida provisória deve refletir as peculiaridades do presidencialismo, já alertou, certa feita, Raul MACHADO HORTA. Afinal, o Executivo, entre nós, não pode ser responsabilizado, politicamente, pela edição de medida provisória, sendo a rejeição a única consequência da manifestação desfavorável do Legislativo. Por outro lado, incorre, em nosso país, qualquer debate prévio acerca das providências adotadas, uma vez que substanciam matéria de exclusiva competência do Presidente da República (órgão unipessoal e não colegiado como o Governo no parlamentarismo)*<sup>609</sup>.

Sin embargo, hay quien defiende que la recepción es plenamente admisible. En este sentido, MERLIN CLÈVE afirma: “...questão polêmica concerne às consequências que a adoção do parlamentarismo ou do presidencialismo pode aportar para a compreensão do regime jurídico das medidas provisórias. Eros Roberto GRAU, por exemplo, entende que a questão não assume maior importância”<sup>610</sup>.

No cabe duda de que las *medidas provisórias* de Brasil han sido pensadas para el sistema parlamentario, pues como tendremos oportunidad de ver así fueron imaginadas por el Constituyente. No obstante, tampoco cabe duda acerca de que se adaptaron muy bien al sistema presidencial. De todas las formas, lo que nos interesa verificar aquí es que no importa el sistema de gobierno, ya que siempre encontraremos los *decretos-leyes* como instrumento normativo para ser utilizado por los Gobiernos.

608 MENEZES NIEBUHR, Joel. *O Novo Regime Constitucional da Medida Provisória*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 77.

609 *Medidas Provisórias... op. cit.* p. 43.

610 *Idem, ibidem*, p. 42.

## 4.2. La república semipresidencialista portuguesa y los *Decretos-leis*.

Aunque por influencia francesa la literatura portuguesa defina la forma de gobierno de Portugal como *semipresidencial*, CANOTILHO entiende que esta designación es equivocada, porque caracteriza el sistema por referencia a la forma de gobierno presidencialista silenciándose sobre la forma de gobierno parlamentaria. Para él, lo correcto sería:

*Designações como forma de governo parlamentar com uma componente presidencial ou forma de governo misto-parlamentar-presidencial podem -cada uma a seu modo (a primeira enfatiza o elemento dominante, a segunda dá relevo ao carácter híbrido) – servir, se não de classificações tipológicas, pelo menos de designações descritivas adequadas.*

En Portugal existen cuatro Órganos de Soberanía<sup>611</sup>: el Presidente de la República, la Asamblea de la República, el Gobierno y los Tribunales (art. 110º/CRP). La Constitución portuguesa establece que “todos los órganos de soberanía deben observar la separación y la interdependencia establecidas en la Constitución y que ningún órgano de soberanía, de región autónoma o de poder local puede delegarles sus poderes a otros órganos, sino en los casos y en los términos expresamente previstos en la Constitución y en la ley” (Art. 111º).

El Gobierno es una parcela autónoma del Poder Estatal. Es titular de la función gubernativa, responsable políticamente frente al Presidente de la República que, por sus competencias, funciona como el “fiel de la báscula” en el juego político entre Gobierno y Asamblea de la República.

En Portugal, la Constitución plantea los contornos de la producción del Derecho, regulando en detalle la repartición de competencias entre los órganos constitucionales. En esta línea, distingue la capacidad política y legislativa de la Asamblea, que incluye el poder de hacer leyes en la capacidad de fiscalización, que abarca el poder de apreciar, para efecto de cesación de vigencia o alteración, los decretos-ley y, principalmente, relaciona las materias que constituyen reserva absoluta de capacidad legislativa de la Asamblea, poco más de dos decenas de temas.

El Presidente de la República es el Jefe de Estado y es electo por sufragio universal para un mandato de cinco años, ejerciendo una función de fiscalización sobre la actividad del Gobierno, siendo quien nombra al Primer ministro y a los miembros del Gobierno, y teniendo, asimismo, el poder de cesar al Gobierno y exonerar al Primer ministro y a los otros miembros del Gobierno. Tiene igualmente el poder de destituir a la Asamblea de la República. Le corresponde también el poder de promulgar o vetar leyes aprobadas en la Asamblea de la República o decretos-ley aprobados por el Consejo de Ministros y de pedir la apreciación de su constitucionalidad.

---

611 “Todos os órgãos de soberania são “poderes constituídos” igualmente ordenados pela Constituição. Não se quer dizer com isso que a lei fundamental não estabeleça relações de controlo y interdependência. Assim, por ex., os órgãos do “poder judicial” estão submetidos às leis da AR e decretos-leis do Governo (art. 203º)” Cf. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional... op. cit.* p. 522.

La Asamblea de la República es elegida para un mandato de cuatro años y le compete dar soporte al Gobierno, aprobando su programa y el presupuesto del Estado y pudiendo derrumbarlo por medio de una moción de censura. La Asamblea es el mayor órgano legislador, pero el Gobierno también tiene competencias legislativas propias.

El Gobierno es dirigido por el Primer ministro, que es por regla el líder del partido más votado en cada elección legislativa y quien escoge a los ministros, y junto con éstos a los secretarios de Estado. Las competencias del Gobierno están divididas no solo por el Primer ministro, sino también por los diversos ministerios. El Gobierno puede tanto presentar proyectos de ley a discusión de la Asamblea de la República, como legislar autónomamente aprobando decretos-ley en el Consejo de Ministros.

Los decretos-leyes están configurados constitucionalmente en la *Parte III (Organização do Poder Político), Título I (Princípios Gerais), artigo 112º (actos normativos)*<sup>612</sup>, junto con la ley y los decretos legislativos regionales. Sobre el Decreto-ley como acto normativo del Ejecutivo, la Constitución portuguesa dispone lo siguiente:

*Artigo 198.º (Competência legislativa)*

*1. Compete ao Governo, no exercício de funções legislativas:*

*a) Fazer decretos-leis em matérias não reservadas à Assembleia da República;*

*b) Fazer decretos-leis em matérias de reserva relativa da Assembleia da República, mediante autorização desta;*

*c) Fazer decretos-leis de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevam.*

*2. É da exclusiva competência legislativa do Governo a matéria respeitante à sua própria organização e funcionamento.*

*3. Os decretos-leis previstos nas alíneas b) e c) do n.º 1 devem invocar expressamente a lei de autorização legislativa ou a lei de bases ao abrigo da qual são aprovados*

El sistema constitucional portugués se distinguió de los anteriores, pero se aproximó más al sistema brasileño en lo que respecta a ser más tolerante en cuanto a la edición de decretos-leyes. El Gobierno, por medio del Consejo de Ministros, puede editar decretos-leyes con exclusión de las materias que la Constitución expresamente reserva a la deliberación de la Asamblea de la República previstas en el art. 165. Como podemos ver, la Constitución de Portugal admite expresamente la competencia legislativa del Gobierno sin ninguna vinculación a presupuestos de urgencia o necesidad tal como se exige normalmente en Brasil, España o Italia.

Los decretos-leyes (instrumentos para el ejercicio de la función legislativa, por parte del Gobierno) y las leyes (actos legislativos propios de la Asamblea de la República), tienen igual valor<sup>613</sup>, lo que significa afirmar que ocupan la misma

612 Cf. art. 119º “c” y 134 “b” (que tratan de su publicidad), 134 “g” (control de constitucionalidad), 162 (fiscalización de la Asamblea de la República), 169º (apreciación parlamentaria), 198º (competencia del Gobierno), 200º (aprobación por el Consejo de Ministros) y 201º (firma).

613 En Portugal es normal distinguir entre “fuerza de ley” (igual eficacia) y “valor de ley (igual posición jerárquica). Sobre la fuerza de ley CANOTILHO aclara: “*À lei era atribuída um força de lei ou ficácia formal (Gesetzeskraft, force de la loi) pretendo-se designar com isso: (1) a força de inovatividade em relação a outras fontes (eficácia formal activa) através da possibilidade de revogação, derrogação ou modificação destas últimas (2) a capacidade de resistencia à força de inovação de outras fontes (eficácia formal passiva)*” – *In Direito Constitucional e Teoria da Constituição, op. cit. p. 670.*

posición jerárquica, tal y como establece la propia Constitución en el art. 112/2:

*Artigo 112.º (Actos normativos)*

1. São actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais.
2. As leis e os decretos-leis têm igual valor, sem prejuízo da subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa e dos que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos.
3. Têm valor reforçado, além das leis orgânicas, as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas.
4. Os decretos legislativos têm âmbito regional e versam sobre matérias enunciadas no estatuto político-administrativo da respectiva região autónoma que não estejam reservadas aos órgãos de soberania, sem prejuízo do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 227.º.
5. Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos.
6. Os regulamentos do Governo revestem a forma de decreto regulamentar quando tal seja determinado pela lei que regulamentam, bem como no caso de regulamentos independentes.
7. Os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjectiva e objectiva para a sua emissão;
8. A transposição de actos jurídicos da União Europeia para a ordem jurídica interna assume a forma de lei, decreto-lei ou, nos termos do disposto no n.º 4, decreto legislativo regional.

Los decretos-leyes, como actos legislativos que fijan los principios o bases del régimen jurídico que deben ser desarrollados por el Gobierno, son clasificados dentro de la tipología de las llamadas *leyes de bases* o *de principios*. Según anotó CANOTILHO:

*Tratando-se, como se trata, de leis consagradoras dos princípios vetores ou das bases gerais de um regime jurídico, deixando a cargo do Executivo o desenvolvimento destes princípios ou bases, as leis de bases reconduzem-nos ao conceito clássico de lei, pois como assinala Cotteret se revaloriza a lei que se tronou de novo geral e impessoal.<sup>614</sup> (...) O tipo das **leis bases** esteve presente na elaboração de certas normas da Constituição: (1) no art. 112º/2 alude-se a decretos-leis que “desenvolvem bases gerais dos regimes jurídicos”; (2) no art. 198º/1/c, dispõe-se que compete ao Governo, no exercício de funções legislativas “Fazer decretos-leis de desenvolvimento dos princípios ou da bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevem<sup>615</sup>.*

La edición de los decretos-leyes se incluye en el elenco de capacidades ordinarias del Ejecutivo en términos bastantes amplios, habiendo, incluso, algunas materias reservadas solo a este tipo normativo (reserva de decreto-ley). A petición de por lo menos diez diputados, el decreto-ley podrá ser ratificado frente a la Asamblea de la República. Recusada la ratificación, el decreto-ley deja de regir desde el momento en que el rechazo es publicado, no pudiendo ser presentado en el curso de la misma sesión legislativa. La Asamblea dispone del poder de

614 *Direito Constitucional... op. cit.* p. 659.

615 *Idem, ibidem*,. p. 699/670.

suspender la vigencia del decreto-ley mientras la ratificación no sea confirmada o rechazada. Como se ve, a pesar del gran campo de acción del Ejecutivo en lo relativo a los decretos-leyes, la Asamblea puede fácilmente inhibir cualquier abuso, sirviéndose para esto de la propia forma de gobierno parlamentaria que consigue, con éxito, controlar los poderes legislativos del Poder Ejecutivo.

Los decretos-leyes, en el régimen constitucional lusitano, se clasifican en tres tipos: decretos-leyes expedidos en el ejercicio de competencia originaria o independiente; de competencia exclusiva del Gobierno; o de capacidad legislativa derivada o dependiente. La competencia originaria se refiere a las materias en las que el Ejecutivo puede legislar de forma concurrente con la Asamblea de la República (como ocurre con los proyectos de ley en Brasil). La competencia exclusiva del Gobierno, a su vez, se asemeja a los decretos brasileños (reglamentos), en que la Constitución confiere al Ejecutivo competencia plena con relación a las materias pertinentes con su propia organización y funcionamiento. En cuanto a la competencia legislativa derivada o dependiente, el Gobierno solo podrá editar decretos-leyes mediante previa ley de autorización o de delegación, como ocurre en Brasil con las leyes delegadas<sup>616</sup>.

Aunque en el régimen constitucional portugués no existan limitaciones con respecto a la urgencia y necesidad para la edición de decretos-leyes (presupuestos habilitantes), en lo que respecta a limitaciones materiales se verifica que al Gobierno portugués le está vetado editar originariamente decretos sobre las materia de competencia de la Asamblea de la República (pero podrá hacerlo mediante previa autorización o delegación legislativa). Aquí encontraremos una distinción de lo que ocurre con las *medidas provisórias* brasileñas, cuyas limitaciones materiales no se corresponden con la competencia del Legislativo.

Por otra parte, además de las materias taxativamente inscritas en el rol de su competencia privativa, la Asamblea de la República podrá reservar para sí la fijación de los principios o bases generales de los respectivos regímenes jurídicos (lo que correspondería en Brasil a las *leis complementares*). En este caso, si el Gobierno pretende legislar sobre la materia por medio de decretos-ley, podrá hacerlo desde los parámetros y límites planteados.

#### **4.2.1. Antecedentes:**

En la Constitución de la Primera República (art. 27º de la Constitución portuguesa de 1911) estaba permitido al Gobierno dictar decretos-leyes, pero emanados de una autorización legislativa (lo que los asemejaba a los Decretos legislativos italiano y español o a la ley delegada brasileña).

En la versión original de la Constitución de 1933, el poder legislativo es atribuido exclusivamente a la Asamblea Nacional, aunque dicha actividad legislativa debiese restringirse a la aprobación de las bases generales de los regímenes jurídicos, permitiéndose que el Gobierno siguiese con la práctica de 1911 de utilizar los decretos-leyes en el uso de autorización legislativa. No obstante, la versión original del texto constitucional de 1933 presentaba una innovación importante: la

616 Cf. GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 4ª ed., 1989, p.632.

posibilidad del Gobierno de dictar decretos-leyes sin ninguna autorización legislativa, pero sólo en los supuestos de casos de “urgencia y necesidad”, debiendo el Gobierno presentar el decreto-ley a la Asamblea para su ratificación en las cinco primeras sesiones tras su publicación<sup>617</sup>.

Como suele ocurrir, el Gobierno se aprovechó del expediente de los decretos-leyes de urgencia para transformarse en legislador normal (y no solo excepcional), lo que condujo a que el Constituyente reformador de 1945 se decidiera por positivizar aquella situación de hecho existente. Así, las sucesivas revisiones constitucionales habrían de subvertir el primado de la capacidad legislativa del Parlamento (que, de hecho, nunca tuvo). De esta forma, la revisión de 1945 reconoció, como ya ocurría en la praxis, la competencia legislativa normal del Gobierno, sin que la dicción de estos actos legislativos tuviera que fundamentarse en la necesidad o urgencia, pasando entonces el Gobierno a tener capacidad para legislar a través de decretos-leyes también fuera de los casos de urgencia y de necesidad pública.

Se extrae de la lectura del parecer de la Cámara Corporativa<sup>618</sup> el fundamento de dicha alteración: “regularizar constitucionalmente la situación de hecho: el Gobierno es órgano legislativo normal y la Asamblea órgano legislativo excepcional”. De esta forma, la Ley de Revisión nº 2009 de 17 de septiembre de 1945, en su artículo 109º, consagró la capacidad normativa del Gobierno, pasando entonces los Decreto-leyes a ser “leyes” dictadas por el Ejecutivo en el uso de sus atribuciones normales y no de excepción<sup>619</sup>.

Los decretos-leyes, pasan, entonces, a tener la misma jerarquía que las leyes formales votadas en la Asamblea Nacional, pudiendo ésta alterarlos y revocarlos. Se exigía la ratificación únicamente en los casos de que los decretos-leyes hayan sido publicados durante el funcionamiento efectivo de la Asamblea, siguiendo de esta forma el mismo régimen de la ratificación introducido en la revisión constitucional (Ley nº 1885, de 23 de Marzo de 1935)<sup>620</sup>.

La Constitución portuguesa de 1976 vino a consagrar esta técnica, configurando los Decretos-leyes con una gran autonomía y amplitud. En este aspecto, la Constitución Portuguesa se aleja de la mayoría de las constituciones

617 Cf. art. 108.º/2 de la Constitución portuguesa de 1933. Se observa que la ley de urgencia y de necesidad había sido ya invocada durante el constitucionalismo monárquico para justificar la práctica de los decretos dictatoriales. Ahora, el legislador constituyente habilita expresamente al Poder Ejecutivo para emanar decretos con fuerza de ley (decretos-leyes), independientemente de cualquier autorización del órgano legislativo. Es cierto que los decretos-leyes solo pudieron ser utilizados en los casos de urgencia o necesidad, pero como la subsistencia de estos requisitos era substraída a cualquier control político de la Asamblea Nacional a través del instituto de la ratificación (Cf. art. 108.º/2 y § 3.º), el Gobierno pasaba a disponer, así, de un amplio margen de actuación en el ejercicio de su capacidad legislativa.

618 Véase Diario de las Sesiones, nº 176 de 16 de Junio de 1945.

619 GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria... op. cit.*, p. 738) aclara así los hechos que motivaron a los Constituyentes a suprimir los requisitos de necesidad y urgencia, reconociendo una realidad de hecho: “*A inflação dos decretos-leis, motivados ou não por casos de urgência ou necessidade, o controlo meramente teórico da Assembléia Nacional, a cobardia e timidez dos tribunais quanto à arguição da inconstitucionalidade, tudo se conjugou para, na revisão de 1945, o legislador constituinte confessar francamente ser necessário pôr de acordo a «verdade formal» com a «verdade real»*”.

620 En realidad, el instituto de la ratificación (derecho de la Asamblea a alterar la legislación producida por el Gobierno) ya había sido mitigado en la revisión constitucional de 1935, sometándose a la fiscalización los decretos-leyes publicados durante la sesión legislativa, apareciendo en la última revisión de la Constitución en 1971 una figura procesal semejante a la ratificación tácita, en el caso de no ser requerida por los Diputados.



democráticas de la post-guerra que, en general, condicionan el ejercicio de la capacidad legislativa a la existencia de circunstancias excepcionales de urgencia y necesidad, sometidos a un “riguroso” control del Legislativo.

### 4.3. El parlamentarismo en la República italiana y sus *decreti-legge*:

Las tres grandes fases que la historia italiana ha recorrido hasta ahora —la liberal, la fascista y la republicana— se caracterizan, de hecho, por tres formas distintas de gobierno, que se corresponden a su vez con otros tantos sistemas de fuentes normativas diversas.

La Italia contemporánea, en el afán de resguardarse de los excesivos riegos del Ejecutivo experimentados durante el período fascista, adoptó la *racionalización* del parlamentarismo forjado en el constitucionalismo europeo<sup>621</sup>. Ríos de tinta fueron gastados por la doctrina publicista en el afán de caracterizar y clasificar al Estado Italiano, identificando los tres “poderes”, integrados cada uno por órganos cuyas actividades conducen a una función legislativa (art. 70 y 76), una función administrativa (118, 121, y 124) y una función jurisdiccional (102.2), siendo el art. 134 el que prevé los conflictos de atribución entre los poderes del Estado.

En verdad, tal como admite PIZZORUSSO, lo cierto es que el número de excepciones fue creciendo tanto y adquirieron tanta relevancia los casos de órganos inclasificables, que la separación de poderes perdió la condición de principio constitucional aceptado por el ordenamiento italiano<sup>622</sup>. Sin embargo, no hay duda de que el *Parlamento della Repubblica Italiana* es el órgano constitucional titular del poder legislativo, que tiene una estructura bicameral, estando formado por la Cámara de los Diputados (630 miembros) y el Senado de la República (315 miembros)<sup>623</sup>.

---

621 Sobre el *parlamentarismo racionalizado* está pacíficamente aceptado por la doctrina que la afirmación de tales instrumentos, generalizados en el constitucionalismo contemporáneo, han venido fundamentalmente a reforzar la estabilidad y la preeminencia del Gobierno. (a propósito véase el clásico B. MIRKINE-GUETZEVITCH. *Les constitutions européennes*, vol. I, P. U.F., Paris, 1951, pp22 y ss. *Apud* CARMONA CONTRERAS (*La configuración constitucional...op. cit.* p. 46).

622 Cf. PIZZORUSSO, Alessandro. (*Lecciones de Derecho Constitucional*. Traducción de Javier Jiménez Campo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, 247 y 328) que a propósito cita a MODUGNO: Poteri (divisione dei) Nov. Digesto. Y: “En la forma parlamentaria monista vigente en Italia, el Gobierno debe identificarse, así, con ese conjunto de órganos destinados a ejecutar la voluntad del Parlamento sin contraponerse al mismo (como ocurre en el sistema dualista) y que dirigen la actividad de la Administración pública aunque no excluyente de cualquier otra influencia sobre ella (control parlamentario o participación popular, por ejemplo). Deriva de ello que, por contraste con el sistema constitucional anterior, las innovaciones introducidas por la Constitución republicana han modificado la relación vigente en otro momento entre Parlamento y Gobierno (subordinado el segundo al primero en lo que la determinación de la orientación pública se refiere, como los vínculos entre el gobierno mismo y la Administración Pública, a la que se ha dotado de mayor autonomía y se ha puesto también, en relación directa del Parlamento con el pueblo”.

623 Cf. artículos 56 y 57 de la Constitución italiana. Se observa que entre los países comparados, Italia es el que posee en número más alto de parlamentarios (945). Después viene **España**, donde en la actualidad suman 614 parlamentarios. En España, el Parlamento también está dividido por 2 casas que forman las Cortes Generales. El Congreso de los Diputados se compone de 400 diputados como máximo y de 300 como mínimo (en la actualidad son 350), conforme a lo dispuesto en el art. 68.1 de la C.E. Ya en los términos del art. 69 de la Constitución, el Senado español se compone de un número variable de senadores, elegidos por un sistema mixto: Los senadores de elección directa (que es el grupo más numeroso y en la actualidad está formado por 208 senadores) que son elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto siguiendo el escrutinio mayoritario plurinominal a razón de 4 senadores por cada provincia (a excepción de las insulares), 3 por cada

No obstante, en lo que atañe a la forma de gobierno, la doctrina comparatista aclara:

la forma de gobierno en Italiana cuyo carácter parlamentario no puede ser puesto en discusión se encuentra en la actualidad en fase de crisis y en estudio su posible reforma. Una crisis provocada por un sistema cuyo nacimiento y muerte de los ejecutivos dependen de disponibilidad de colaborar en régimen de coalición de un **sistema multipartidarista** impulsado por una legislación electoral proporcional especialmente a nivel del Estado. Esta forma de gobierno se define como un sistema de prevalencia parlamentaria o más propiamente de los grupos dirigentes de los partidos que controlan los grupos parlamentarios.<sup>624</sup>

En el régimen parlamentario italiano el Gobierno está formado por el Presidente del Consejo y por los Ministros (que juntos constituyen el Consejo de Ministros). El Presidente del Consejo es nominado por el Presidente de la República, que también nombra a los ministros por indicación del Presidente del Consejo (art. 92). El Presidente de la República es electo por el Parlamento en sección conjunta (art. 83). En el sistema político italiano, el Gobierno está constantemente bajo la confianza de las dos Cámaras del Parlamento (art. 94), siendo responsable frente al Parlamento por los ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (art. 96)<sup>625</sup>.

La Constitución italiana de 1948 excluye cualquier atribución al Ejecutivo de competencia normativa primaria que no sean las fundadas en la delegación o en la necesidad y urgencia<sup>626</sup>. Así, no es posible aplicar las distintas previsiones que se recogían en el ordenamiento anterior a la República (a no ser que se las entienda dirigidas a producir meramente normativas secundarias) ni cabrán excepciones a aquel principio, salvo aquellas que pudieran introducirse por ley constitucional, lo

---

una de islas de Gran Canaria, Mallorca y Tenerife, uno por cada una de las islas o agrupaciones de ellas de Ibiza-Formentera y Menorca en las Islas Baleares, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote (incluyendo a La Graciosa y las islas menores) y La Palma por las Islas Canarias y 2 senadores por cada una de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Los senadores designados por las comunidades autónomas (56 en la actualidad) son elegidos por la asamblea legislativa de cada una a razón de un senador inicial y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. En **Brasil**, donde el Parlamento también es bicameral, el Congreso Nacional se compone en el total de 594 parlamentarios y está formado por la Cámara de los Diputados y por el Senado Federal. La Constitución fija la composición de la Cámara de los Diputados (representantes del pueblo) en la forma de representación numérica por Estado-miembro y Distrito Federal - proporcionalmente a sus poblaciones- de forma a garantizar que cada uno de ellos tengan en el mínimo de 8 y el máximo de 70 diputados (*cf.* art. 45, § 1º/CRFB). La Ley Complementaria 78/1993 fija en 513 el número máximo de diputados, que es su composición actual. El art. 46, § 1º/CRFB fija el número de senadores en tres por Estado-miembro y Distrito Federal, lo que suma un total de 81 senadores (*cf.* art. 46, § 1º/CRFB). En **Portugal**, el parlamento es unicameral y se compone de 230 diputados, que es la composición máxima de la *Assembléa da República* permitida por el art. 148º/CRP (la mínima es de 130 diputados).

624 Cf. LÓPEZ GARRIDO, Diego; MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco; PEGORARO, Lucio (Directores). *Nuevo Derecho Constitucional comparado*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 235.

625 Además de la responsabilidad institucional que adviene de la confianza que es dada al Gobierno por el Parlamento, la doctrina italiana viene discutiendo sobre la naturaleza de la responsabilidad (si política o jurídica) que se puede extraer del artículo 77/CI. Sobre el asunto, véase VIESTI (*Il decreto...op. cit.* p. 208 y ss); PITRUZZELLA (*La legge di conversione...* pp. 70-71); sobre la responsabilidad política-difusa véase RESCIGNO, Giuseppe Ugo. "Responsabilità (Diritto Costituzionale)", en: *Enciclopedia del Diritto*. T. XXXIX. Milano: Giuffrè, 1988, pp. 1341 y ss.

626 Obsérvese que durante la época fascista hubo una gran expansión de los actos normativos del Gobierno (Decretos-leyes y Leyes delegadas), así como también se ampliaron las fuentes secundarias según sus diversas categorías de reglamentos ejecutivos, independientes y delegados, que encuentran por vez primera una disciplina legislativa expresa en la Ley número 100, del 31 de enero de 1926.

que ha ocurrido con disposiciones contenidas en cuatro leyes constitucionales por las cuales se han emanado Estatutos especiales y donde se prevé la adopción de las normas de estos Estatutos mediante un instrumento normativo al cual también se denominó como “decretos legislativos”<sup>627</sup>.

De esta forma, en el ordenamiento italiano en vigor solo se conocen tres tipos de actos normativos primarios del Gobierno: Los decretos legislativos delegados adoptados en los términos del artículo 76/CI; las medidas provisionales con fuerza de ley, denominadas *decreti-legge*, y los decretos legislativos no delegados que son los que contienen las normas de ejecución de ciertos Estatutos regionales especiales, cuyas disposiciones están previstas en la leyes constitucionales.

Con respecto al proceso legislativo, aunque la doctrina italiana destaque una escala jerárquica de fuentes articulada en cinco grados<sup>628</sup>, en una apretada síntesis podemos afirmar que los actos con fuerza de ley del Gobierno (Decretos Legislativos y Decretos-leyes) están clasificados entre las fuentes primarias, al lado de las leyes parlamentarias; las leyes regionales, etc.

Para la Constitución Italiana, “*la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere*” (art. 70), cabiendo la iniciativa de la ley “*al Governo, a ciascun membro delle Camere ed agli organi ed enti ai quali sia conferita da legge costituzionale. Il popolo esercita l'iniziativa delle leggi, mediante la proposta da parte di almeno cinquantamila elettori,<sup>629</sup> di un progetto redatto in articoli*” (art. 71), de lo que se verifica que el texto mantiene en el Parlamento la titularidad de producir el ordenamiento jurídico-positivo.

Sin embargo, existen hipótesis constitucionalmente previstas, en las que podrá haber excepciones, de la delegación al Gobierno para que pueda actuar bajo la forma de ley delegada: “*L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti*” (art. 76); mientras que en el art. 77 vamos a encontrar los *provvedimenti provvisori con forza di legge*.

En lo que respecta a las legislaciones de urgencia que nos interesan y que son denominadas como *decreti-legge*, estos están configurados en la Constitución en su *Parte II (Ordinamento della Repubblica) Titolo I (Il Parlamento), Sezione II (La*

627 Cf. PIZZORUSSO. *Lecciones...*, op. cit. vol. 2, p. 276.

628 En ese sentido, véase PIZZORUSSO, que clasifica el sistema italiano de fuentes en: fuentes supremas, constitucionales, primarias, secundarias y terciarias.

629 Sobre la iniciativa legislativa popular, se verifica que todos los países comparados la admiten. Portugal pasó a admitirla solo con la Cuarta Revisión Constitucional (Ley Constitucional 1/1997) que la previó en el artículo 167º siendo que la ley exige la firma de 35.000 electores. Brasil y España son los países donde se exige un número de firmantes que nos parece desproporcionado: España 500.000 electores como mínimo (Cf. Art.87.3/C.E y art. 3 de la Ley Orgánica 3/1984) y Brasil aproximadamente 1.300.000 (Cf. § 2º del art. 61/CRFB). No obstante, se verifica que en Brasil la Constitución exige como procedimiento la adhesión mínima del 1% de la población electoral nacional, mediante firmas, distribuidas en cinco Estados-miembros. Así, considerando los datos estadísticos de las poblaciones electorales de Brasil y España en 01.12.2009 (España con 34.006.130 electores, conforme a los datos disponibles en [http://www.ine.es/censo/censo\\_cerrado/index.html](http://www.ine.es/censo/censo_cerrado/index.html); y Brasil con 131.883.788 electores conforme a los datos disponibles en [http://tse.gov.br/internet/eleicoes/evolucao\\_eleitorado.htm](http://tse.gov.br/internet/eleicoes/evolucao_eleitorado.htm) [última fecha de consulta: 22.02.2010]) se concluye que España es el país donde la exigencia de participación de electores en el proceso de iniciativa legislativa popular es la más alta entre todos los países comparados.

*formazione delle leggi*), Art. 77<sup>630</sup>. El artículo comentado (después de haber manifestado, en su párrafo primero, el principio de que, por lo regular, el Gobierno, sin delegación de las Cámaras, no puede "dictar decretos que tengan valor de ley ordinaria") admite, además (en su párrafo segundo), que "en casos extraordinarios de necesidad y urgencia" (no precisados ulteriormente) el Gobierno puede adoptar, "bajo su responsabilidad, medidas provisorias con fuerza de ley"<sup>631</sup>. Veamos su texto:

*Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria.*

*Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni.*

*I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.*

El texto constitucional italiano de 1947, en el artículo 77, se refiere a la figura de la medida provisoria con fuerza de ley como *provvedimenti provvisori con forza di legge*. Para MORTATI<sup>632</sup> existe distinción entre "norma" y "*provvedimenti*". Estos designan un acto particular y concreto, luego es un término usado para indicar provisionalidad, lo que elimina la idea de su uso para regular una serie indeterminada de casos futuros. Por esto mismo, la Constitución italiana no empleó la palabra norma, pues en caso de que así lo hiciese exigiría su aplicación duradera en el tiempo.

Ya VERGOTINI explica una supuesta diferencia de los términos empleados por la Constitución italiana cuando trata de las "normas" con "valor de ley" y con "fuerza de ley":

630 Cf. el art. 87 que trata de la competencia del Presidente de la República para su promulgación.

631 Analizando las posibilidades contenidas en los citados artículos 76 y 77, LAVAGNA dice que "*la seconda ipotesi, espressamente prevista dalla Costituzione, di esercizio, da parte del Governo, di attività legislativa è quella di cui all'art. 77, comma 2°, relativa ai decreti-legge. In verità detto articolo non usa questo termine, ma parla - e ne vedremo meglio il significato - di provvedimenti provvisori con forza di legge. Ciò non impedisce, tuttavia, che il termine tradizionale di 'decreti-legge' possa continuarsi ad usare (come in effetti è usato nella intestazione ufficiale di questi atti e, nonostante qualche obiezione sollevata in Parlamento, nei disegni di legge di conversione), in quanto questi 'provvedimenti' altro non sono se non i decreti-legge di un tempo, regolati in forma più rigorosa ed in parte diversa. Il termine legge, infatti, legato a quello di decreto, indica il valore e l'attitudine dell'atto, parificati a quelli propri della legge, indipendentemente dal contenuto che potrebbe essere anche concreto e, in ipotesi, no derogatorio di leggi*" (Cf. LAVAGNA, Carlo. "*I decreti-legge*" in: Istituzioni di Diritto Pubblico, 6ª ed. Torino: UTET, 1985, p. 289 - [letra en negrita resaltada expresamente para este caso]. Igualmente CRISAFULLI [et al], se refieren a la locución *decreti-legge* y escriben: "*I 'provvedimenti provvisori con forza di legge' - nella terminologia più comune definiti come decreti-legge tout court - sono atti normativi emanati dal Governo 'in casi straordinari di necessità ed urgenza', equiparati alle leggi ordinarie, ossia provvisti della loro efficacia*" (Commentario Breve alla Costituzione. Padova: CEDAM, 1991, p. 476).

632 A propósito destacamos que en la fecha de 1964 todavía se discutía la posibilidad del control de los actos con fuerza de ley cuyas controversias muy bien explicó MORTATI: "*La peculiarità di tali provvedimenti che, come si è rivelato, sta nella efficacia loro propria meramente sospensiva e non già derogatoria di norme del sistema legale, non preclude l'attribuzione ai medesimi del carattere di leggi in senso sostanziale, dato che il far venir memo, anche se solo temporaneamente, il vigore di una legge presuppone nell'atto produttivo di tale effetto una forza equiparabile a quella da essa posseduta*" (MORTATI, Costantino. *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*. Milano: A. Giuffrè, 1964, p. 25)

*La aparente diferencia fra “valore” e “forza” di legge non sembra presentare ai fini pratici un particolare rilievo. Di massima si può notare che facendo riferimento alla forza di legge la costituzione ha sottolineato come gli atti normativi del governo abbiano la capacità di incidere sul sistema delle fonti in modo eguale a quello proprio della legge. In particolare, un decreto-legge o un decreto legislativo produce un effetto abrogante sulla legislazione precedente, così come farebbe una legge parlamentare e gli stessi decreti oppongono similmente resistenza a regolamenti eventualmente contrastanti con i medesimi. È dunque agli effetti degli atti che sembra riferirsi la nozione utilizzata, così come similmente avviene quando gli stessi atti con forza di legge, proprio per questa loro idoneità a incidere su rapporti giuridici, sono sottoposti a sindacato dalla Corte costituzionale (art. 134). Il riferimento al valore di legge (che si trova anche negli artt. 87,5° e. e 89,2° e , con riguardo all'emanazione di decreti presidenziali e alla controfirma da parte del presidente del consiglio) non sembra rispondesse a una consapevole volontà del costituente di differenziare tale formula da quella precedentemente richiamata. Semplicemente hanno valore di legge atti che formalmente leggi non sono e che per proposito del costituente vengono sottoposti a un regime assimilabile a certi fini a quello della legge<sup>633</sup>.*

Ahora bien, admitiéndose a día de hoy que los *decreti-legge* son normas primarias (o, como dice Vergotini “*un provvedimento a contenuto normativo cui la costituzione attribuisce forza di legge*”), verificamos que esta especie normativa ha sido muy utilizada por los gobiernos en Italia, práctica tiende a aumentar desmedidamente a partir de los años 70. Esta inflación de actos normativos del Gobierno provocó que, en la práctica, la prudencia con la que el constituyente había configurado el *decreto-legge* fuera abandonada por el Ejecutivo, que ha hecho uso cada vez más frecuente del mismo, dando lugar a críticas y polémicas muy acerbadas, que se han dirigido no sólo a los aspectos cuantitativos y cualitativos de este fenómeno, sino también a los aspectos referentes a los expedientes procedimentales que ha puesto en juego el Gobierno para evitar la caducidad de sus Decretos (como, por ejemplo, la nueva presentación de otro Decreto con contenido idéntico al que está por caducar por el transcurso del término de sesenta días, y así otros muchos ejemplos).

No obstante, la experiencia italiana, tanto la que se refiere a los aspectos positivos (como la cautela del Constituyente) como a los aspectos negativos (práctica abusiva y reiteración desmesurada) ha servido de inspiración para la implantación y consolidación de la *decretazione d'urgenza* en ordenamientos constitucionales más recientes como los de España (1978) y Brasil (1988).

#### **4.3.1. Antecedentes en el Derecho interno:**

Para Biscaretti di Ruffia, el primer ejemplo de injerencia del ejecutivo en la actividad legislativa, después de la consagración de la separación de los poderes, se encuentra en Italia con el Decreto nº 738, del 27 de mayo de 1848, que invocaba la urgencia como razón de su expedición.

Encontramos otros registros de que el primer antecedente del *decreto-legge* sería el 1 de Diciembre de 1859, en el cual el Rey autorizaba -por decreto- al Gobierno a ejecutar el Tratado de Zurich del 10 de noviembre del mismo año.

Destaca SANTOLAYA MACHETTI<sup>634</sup> que el dato es significativo porque este tratado supone el primer paso en la unidad de Italia al incorporarse Lombarda, motivo por el cual afirma que los *decreti-legge* nacen en Italia de forma paralela al propio Estado.

La monarquía constitucional que rigió en Italia (primero en el Reino Sardo-piamontese y enseguida en el Reino de Italia) regida por el Estatuto Albertino, no preveía la adopción de los decretos-leyes. Al contrario, la prohibía. No obstante, esta norma ha sido muy utilizada por los sucesivos Gobiernos que invocaban la prevalencia de la “ley de la necesidad”. A pesar de la falta de previsión constitucional (en el Estatuto Albertino), los referidos decretos y los demás que avinieron fueron validados tanto por la magistratura como por el Parlamento, en razón del aspecto de necesidad o urgencia. Asimismo, su uso hasta 1914 ha sido considerado moderado si lo comparamos con el período de la Primera Guerra Mundial.

Debido a la debilidad del Estado Liberal y el general desorden producto de la larga y cruenta guerra, se favoreció la instalación del fascismo, que se apresuró en permitir al Poder Ejecutivo dictar normas jurídicas, legalizando formalmente la actuación del Gobierno frente a un Parlamento debilitado. Así, la Ley n. 100 del 31 de Enero de 1926, en el art. 3, habilitaba expresamente al Gobierno a emanar normas con fuerza de ley, incluso sin delegación de la Cámara, cuando ocurriesen casos extraordinarios de urgencia y necesidad.

Si antes los decretos-leyes eran apenas hechos consentidos y sin previsión constitucional, con la edición de la Ley n. 100 pasan a tener una cierta base legal, pero no constitucional (rango adquirido sólo con la Constitución Republicana). Dichos decretos venían denominados como decretos-reales y su configuración en la Ley n.º.100 era la siguiente:

**Art. 3.**

*Con decreto reale, previa deliberazione del consiglio dei ministri, possono emanarsi norme aventi forza di legge;*

*1/a quando il governo sia a ciò delegato da una legge ed entro i limiti della delegazione;*

*2/a nei casi straordinari, nei quali ragioni di urgente ed assoluta necessità lo richiedano. il giudizio sulla necessità e sull'urgenza non è soggetto ad altro controllo che a quello politico del parlamento.*

*Nei casi indicati nel numero 2/a del precedente comma il decreto reale deve essere munito della clausola della presentazione al parlamento per la conversione in legge, ed essere, a pena di decadenza, presentato, agli effetti della conversione stessa, ad una delle due camere, non oltre la terza seduta dopo la sua pubblicazione.*

*Della presentazione viene data immediata notizia nella gazzetta ufficiale.*

*Il disegno di legge per la conversione del decreto in legge è considerato di urgenza.*

*In caso di chiusura della sessione, all'apertura della nuova sessione, il disegno di legge per la conversione si ritiene ripresentato dinanzi alla camera, presso cui era pendente*

*per l'esame. quando una delle due camere approvi il disegno di legge, il suo presidente lo trasmette, entro cinque giorni, alla presidenza dell'altra camera; questa trasmissione vale come presentazione del disegno stesso.*

*Se una delle due camere rifiuti la conversione in legge, il presidente ne dà notizia nella gazzetta ufficiale, e il decreto cessa di aver vigore dal giorno della pubblicazione della notizia.*

*Se il decreto è convertito in legge con emendamenti, l'efficacia degli emendamenti decorre dalla pubblicazione della legge.*

*Se entro due anni dalla sua pubblicazione il decreto non sia stato convertito in legge, esso cessa di aver vigore dal giorno della scadenza di questo termine.*

Sin embargo, se produjo una utilización bastante generalizada (práctica que sería seguida en la España de Franco o en el Brasil de Vargas). Hubo una gran inflación de dicha legislación de urgencia<sup>635</sup>. Fue tal que el propio legislador fascista fue inducido a introducir límites objetivos por intermedio de la Ley n. 129 del 18 de Enero de 1939 (art. 18). No obstante, el abuso en su utilización ha continuado.

Durante los trabajos constituyentes que resultaron en la Constitución Italiana de 1947, algunos parlamentarios, no sin oposición, manifestaban que era necesario disciplinar la legislación de urgencia, exactamente para evitar la repetición del pasado. “Convenía precisar y delimitar un poder que el Ejecutivo hubiera ciertamente utilizado aunque le fuese negado, como demuestra la experiencia de varios Estados<sup>636</sup>”:

*E l'on. Codacci Pisannelli invitò l'Assemblea plenaria a riconsiderare il problema dei decreti-legge, nonostante il silenzio del progetto di Costituzione. Il Parlamentare affermò, nel suo ampio intervento, che il silenzio eventuale sbatto dalla Costituzione sull'istituto del decreto-legge non avrebbe certo impedito al Governo di ricorrere a tale strumento eccezionale, allorché se ne fosse presentata la necessità: per tali motivi era più opportuno prevedere espressamente il potere del Governo di emanare decreti-legge, circondando l'istituto di particolare garanzia<sup>637</sup>.*

Esta fue la corriente predominante en los trabajos constituyentes, la cual se consagró en la redacción del art. 77. Los Constituyentes acogieron y reglamentaron el instituto con el objetivo de frenar eventuales abusos en el futuro.

---

635 Esto se debe a que la legislación sin control por intermedio de la legislación de urgencia es el medio más eficaz para que se afirme una dictadura (CROSA, Emilio. *Corso di diritto costituzionale*, Parte II. Torino: Giappichelli, 1950, p. 263). “*In particolare, la difficoltà di fissare un indirizzo politico coerente intorno al quale potessero coagularsi le maggioranze spesso eterogenee che sostenevano i vari governi e soprattutto di imporre tale indirizzo ad un Parlamento sempre più spesso dominato dalle opposizione, indusse i governi a ricorrere con crescente frequenza allo strumento del decreto legge, interpretando assai estensivamente la previsione costituzionale della necessità de dell'urgenza*” (BALDASSARE, Armato; SALVI, Franco. “La decretazione d'urgenza”. *Democrazia e diritto*. 1981, p. 35 y ss)

636 VIESTI. *I decreti-legge. op. cit.*, p. 34.

637 Sobre el desarrollo histórico y principalmente los debates Constituyentes italianos cf. VIESTI *.Il Decreto legge... op. cit.* pp 5-46.

#### 4.4. La Monarquía parlamentaria en España y los decretos-leyes:

España es un Estado unitario de carácter descentralizado (Autonomías), cuya Constitución establece la Monarquía parlamentaria como sistema de gobierno, en la que el Rey “reina pero no gobierna”. Las Cortes Generales son el único órgano que representa al pueblo español y están dotadas de todo el poder de dirección política que la Constitución no haya atribuido expresamente a otro órgano. De ellas surge la Ley y de ellas se deriva la confianza que sostiene al Gobierno.

El sistema de gobierno adoptado es el sistema parlamentario, que viene bien regulado en la parte orgánica de la Constitución. Por ello, la Monarquía constituida está incorporada en la forma de gobierno, por situarse al margen o por encima del proceso político, y en cambio es un elemento integrante de la forma política del Estado que expresa su unidad y permanencia. En concordancia con ello, las atribuciones constitucionales de la Corona deben ser entendidas como las correspondientes a un órgano del Estado situado en el exterior del proceso político de Gobierno<sup>638</sup>.

Las funciones del Gobierno se encuentran vinculadas a un programa que ha de ser aceptado por el Congreso, que podrá ser sometido a una cuestión de confianza o a una moción de cesura. El Gobierno responde solidariamente de su gestión ante el Congreso de los Diputados o el Senado (y sus respectivas Comisiones) que pueden reclamar la presencia de los miembros del Gobierno. El Gobierno y cada uno de sus miembros están sometidos a las interpelaciones y preguntas que se le formulen en el Congreso o en el Senado.

Tanto en España, como en Italia, el Gobierno estará autorizado únicamente a ejercer una competencia normativa primaria previa delegación del Parlamento – (decretos legislativos – art. 82/CE) o en los supuestos de necesidad y urgencia (Decretos-leyes – art. 86/CE). Sin embargo, hay quienes entienden que “reconocer la potestad legislativa en el Gobierno -un órgano enraizado por la mayoría política- no significa, políticamente, al menos, reconocer función legislativa en una sede distinta del Parlamento, sino más bien en una parte o fragmento de este”<sup>639</sup>.

Además de las tradicionales funciones normativas de naturaleza reglamentaria que los Estados atribuyen a sus Ejecutivos, el Gobierno aún controla el proceso legislativo, no sólo mediante un profuso ejercicio de su derecho de iniciativa (ar. 87/CE), la cual resulta preferente a la de origen parlamentario (art. 89/CE), sino también a partir de su posición preeminente a la hora de fijar el orden del día de las secciones parlamentarias (cf. art. 67/RDC y 71/RS).<sup>640</sup>

En España, la legislación de urgencia se concreta en los decretos-leyes que están configurados constitucionalmente en el Título III – De las Cortes Generales, Capítulo II – De la Elaboración de las leyes, artículo 86. Se trata de una fuente

638 Véase. MOLAS, Isidre. *Derecho Constitucional*. Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 2008, p. 19.

639 SANCHEZ DE VEGA GARCÍA, Agustín. “La Cláusula “extraordinaria y urgente necesidad” del Decreto-ley”. En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*. Núm. 68. Madrid: CEC. Abril-Junio 1990, p. 254.

640 Cf. CARMONA CONTRERAS. *La Configuración ...cit.* p. 48/49



normativa primaria, presentándose como un instrumento propio<sup>641</sup> del proceso legislativo, que debe ser utilizado por el Gobierno cuando ocurren circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad y con límites en el texto constitucional<sup>642</sup>.

La elaboración del precepto, según podemos ver en la página web del Congreso de los Diputados y Portal de la Constitución<sup>643</sup>, ocurre a partir de las modificaciones introducidas partiendo del artículo 68 del Anteproyecto de Constitución, además de la eliminación de la remisión al artículo 72 que contenía las materias reservadas a la ley y al reglamento que se refieren, fundamentalmente, a los límites del decreto-ley. En el Anteproyecto, no podían afectar "a la ordenación de las instituciones del Estado, los derechos y libertades de los ciudadanos (...) ni al régimen de los territorios autónomos". La referencia a estos últimos se transforma en "a las Comunidades Autónomas" en el Informe de la Ponencia del Congreso, donde se introduce también la referencia al debate y votación de totalidad y se adelanta el plazo de treinta días para situarlo junto a la convocatoria del Pleno del Congreso (en el Anteproyecto, las Cortes Generales), aclarando después que el plazo es para la convalidación y eventual caducidad.

Los términos del apartado 2 del actual artículo 86 quedan fijados ya en el citado informe de la ponencia, al igual que el apartado 3 desde el Anteproyecto. La Comisión Constitucional del Congreso añade, en el apartado 1, el calificativo "centrales" a "las instituciones del Estado", la mención a los "deberes" de los ciudadanos y el "Derecho electoral general". Las dos últimas modificaciones subsistirán hasta la redacción definitiva, mientras que la primera es sustituida por la Comisión Constitucional del Senado por "instituciones fundamentales" y finalmente por la Comisión Mixta Congreso-Senado por "instituciones básicas". El texto definitivo está redactado de la siguiente forma:

#### Artículo 86.

1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.
2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.
3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

641 El artículo 85/CE distingue este instrumento normativo de aquellos resultantes de la delegación previamente otorgada por el Legislativo al Ejecutivo, estableciendo que: "Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos". También hay que distinguir que los decretos-leyes aparecerán denominados "Real Decreto-Ley" como norma jurídica con rango de ley, propia de países con monarquía parlamentaria, que emana del poder ejecutivo y es dictada en caso de extraordinaria y urgente necesidad. El apelativo de "Real" viene dado porque es el Rey quien se encarga de sancionar y ordenar la publicación y cumplimiento de la norma.

642 En el plan infraconstitucional, véanse los artículos 151, 152 y 153 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

643 Cf. <http://narros.congreso.es/constitucion/>

PEREZ ROYO<sup>644</sup>, comentando el Decreto-ley español, realiza interesantes observaciones al comenzar por la afirmación de que “a diferencia de lo que ocurre con el Decreto Legislativo que es una institución que existe en prácticamente todos los Estados de nuestro ámbito histórico y cultural, el Decreto-ley es una institución desconocida para la mayor parte de las Constituciones vigentes en Europa. En realidad, se trata de una institución prácticamente italiana y española, regulada en ambos sistemas con notables semejanzas pero también con diferencias. Lo característico del Decreto-ley es, ante todo, el hecho de ser una norma con fuerza de ley que emana directamente del Gobierno y sobre la que el Parlamento sólo se pronuncia *a posteriori*. No se trata, por lo tanto, de una excepción al monopolio legislativo de las Cortes Generales que encuentra su origen en ellas, sino de una excepción que se produce inicialmente al margen del titular del poder legislativo. De ahí que los textos constitucionales tiendan a no admitir dicha institución o, cuando la reconocen, a regularla de manera extraordinariamente restrictiva”.

Específicamente sobre la Constitución española de 1978 (esto tras referirse a la utilización que le dio Franco) PEREZ ROYO afirma: “En efecto, el artículo 86 de la Constitución define con precisión qué ha de entenderse por Decreto-ley. Desde un punto de vista positivo define la naturaleza de la norma: ‘disposición legislativa provisional’; el órgano competente para dictarla: ‘el Gobierno’, y el presupuesto de hecho habilitante: ‘caso de extraordinaria y urgente necesidad’. Desde un punto de vista negativo, la Constitución define al Decreto-ley por la exclusión de determinadas materias no susceptibles de ser reguladas a través de dicha fuente”<sup>645</sup>.

Frente a los *provvedimenti provvisori* de la Constituição Italiana, las disposiciones legislativas provisionales, tal como se aprecia de la simple lectura de ambos textos, ya se presentan, expresamente, con las restricciones sobre las cuales el instituto no podrá versar y a las cuales podríamos llamar de límites materiales. En este sentido, al contrario de lo que ocurrió en Italia, y quizás debido incluso a la experiencia italiana, el decreto-ley en la Constitución Española del 78 nace ya limitado.

#### 4.4.1 Antecedentes

El decreto-ley tiene algunos precedentes fragmentarios en el constitucionalismo español del siglo XIX en regímenes de interinidad, siendo la forma habitual de legislar en la dictadura de Primo de Rivera. Su constitucionalización se introduce en el artículo 80 de la Constitución de 1931, con carácter provisional para cuando no se hallase reunido el Congreso y exigiendo acuerdo unánime del Gobierno y aprobación por dos tercios de la Diputación Permanente “en los casos excepcionales que requieran urgente decisión o cuando lo demande la defensa de la República”, estando limitada su vigencia al tiempo que tarde el Congreso en resolver o legislar sobre la materia.

El artículo 13 de la Ley constitutiva de las Cortes de 1942, que partía del reconocimiento a la Jefatura del Estado de la “suprema potestad de dictar normas

644 PEREZ ROYO, Javier. *Las fuentes del Derecho*. (Col. “Temas Clave de la Constitución Española”). Madrid: Editorial Tecnos, 1984, pp. 100-121.

645 *Idem, ibidem*, p. 100

jurídicas de carácter general, en los términos de las Leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939", preveía la posibilidad de la regulación por el Gobierno mediante decreto-ley, en caso de guerra o por razones de urgencia, de las materias de competencia de las Cortes, dando cuenta de su promulgación a éstas "para su estudio y elevación a Ley, con las modificaciones que en su caso se estimen necesarias". Este último inciso se suprimió por la Ley de reforma del 9 de Marzo de 1946, con lo que bastaba con la comunicación a las Cortes de la promulgación. Tras las modificaciones introducidas con la Ley Orgánica del Estado en 1967, el Gobierno propone al Jefe del Estado la sanción de decreto-ley, siendo apreciada la urgencia (se suprime la referencia a la guerra) por aquél, tras ser oída la Comisión de competencia legislativa prevista en el artículo 12, la cual podía llamar la atención de la Comisión permanente en caso de advertir materia de contrafuero.

En España es posible hablar de una propensión a gobernar mediante Decretos Leyes desde la dición del Decreto con valor de ley (el 15.09.1923) que atribuyó al General Primo de Rivera la Presidencia del Directorio Militar y suspendió temporalmente la Constitución de 1876. Aunque el Régimen Franquista hubiera utilizado abusivamente los decretos-leyes<sup>646</sup>, el Constituyente español de 1978 no se planteó rechazar la técnica. Por otra parte, el Constituyente, a ejemplo de Italia, limitó la utilización de los decretos-leyes a los casos de "extraordinaria y urgente necesidad". Es por esto que no se atribuye al Gobierno "una omnipotencia imposible de fundamentar, precisamente porque legislar no es ya disponer libremente, sino ejercitar una función sujeta a la Constitución"<sup>647</sup>.

En lo relativo a los trabajos preparatorios de la Constitución de 1976, el tema no mereció grandes debates por parte de los Constituyentes, tal como nos informa SÁNCHEZ DE VEGA<sup>648</sup> "Desde que en el Anteproyecto de Constitución aparece la cláusula 'extraordinaria y urgente necesidad', solamente la enmienda número 55, de Progresistas y Socialistas Independientes, promovió una matización gramatical ("en caso de urgencia y de extrema necesidad"), a fin de 'acentuar el carácter excepcional del decreto ley'; pero aun así, no fue ni tan siquiera defendida en Comisión. Si exceptuamos esta anecdótica enmienda del Senado, la citada cláusula fue aprobada en los distintos foros constituyentes sin debate alguno, lo cual si se hubiese dado habría podido ilustrar su análisis e interpretación".

Sin embargo, SALAS<sup>649</sup> hace un breve recorrido sobre lo que llama de "la gestación del art. 86 de la Constitución en las Cortes Constituyentes", donde habla de algunas otras propuestas de enmiendas por las Cámaras. Algunas aceptadas, otras rechazadas, pero todas ellas de pequeña importancia. La única alteración de alguna relevancia, según la opinión de dicho autor, ha sido la nueva redacción dada por la Ponencia al número 2 del precepto que antes encomendaba a las Cortes la potestad para convalidar o derogar el Decreto-ley, el cual, a la postre, pasa a ser exclusivamente del Congreso.

Con relación a la importación del modelo constitucional, no cabe duda de que

646 En este sentido, véase: SALAS, Javier. *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*. Madrid: Civitas, 1979. p. 18.

647 OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derecho Constitucional...* op. cit. p. 213.

648 Véase SANCHEZ DE VEGA GARCÍA, Agustín. La Cláusula "extraordinaria y urgente necesidad" del Decreto-ley. *Op. cit.* p. 253. nota nº 7 a pie de página.

649 SALAS, Javier. *Los Decretos-leyes ... op. cit.* p. 22.

el Constituyente se inspiró en el artículo 77 de la Constitución italiana para transportar el instituto del decreto-ley hasta su constitución monárquica, a fin de dar respuesta y limitar el fenómeno de la actuación extraordinaria de los gobiernos mediante la producción de actos normativos con rango de ley.

#### **4.5. La República Federativa y Presidencialista brasileña, los *Decretos-leis* y las *Medidas Provisórias*:**

Inspirado en el modelo norteamericano, Brasil, desde 1981, es un Estado Federal cuya forma de gobierno consiste en una República que adopta el sistema presidencialista. Según la Constitución, el Poder Ejecutivo debe ser ejercido por el Presidente de la República<sup>650</sup> en toda su entereza, acumulando las funciones de Jefe del Estado, Jefe del Gobierno, Jefe de la Administración Pública y de las Fuerzas Armadas. En Brasil, la Jefatura del Ejecutivo está concentrada en la figura del Presidente de la República, derivando sus poderes directamente del pueblo que lo elige (por sufragio universal y voto directo y secreto<sup>651</sup>), siendo los Ministros meros auxiliares que pueden ser nombrados y cesados en cualquier momento.

El Poder Legislativo es ejercido por el *Congreso Nacional*, que se compone de la *Câmara dos Deputados* (que representan al pueblo) y del *Senado Federal* (que representa a los Estados-miembros y Distrito Federal). El Congreso no puede ser disuelto, pero sus miembros -que también son elegidos directamente por el pueblo- pueden ser procesados y *cassados* por sus pares.

La responsabilidad por la ejecución de los actos del Gobierno -aún cuando son aprobados por ley- pertenece solamente al Poder Ejecutivo, y aunque dichos actos no sean bien ejecutados, el Presidente de la República tiene el derecho de permanecer en el cargo hasta el último día de su mandato, no siendo destituible a no ser que se den casos de *impeachment*<sup>652</sup>.

Se puede apreciar que las relaciones entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo son mucho más rígidas que en los sistemas parlamentarios, aunque actualmente se hable de armonía entre los Poderes por emplear los términos utilizados por la Constitución: “*independientes e harmônicos entre si*”<sup>653</sup>. No obstante, no se puede negar que del mismo modo que en las demás derivaciones del sistema norteamericano, Brasil ha dado vida a un sistema netamente desequilibrado en favor del Poder Ejecutivo (y por lo tanto degenerativo respecto del modelo originario). La combinación de las dos características esenciales del Ejecutivo

650 Art. 76. *O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.*

651 Cf. art. 14/CRFB. Destaca que el Presidente de la República en Brasil posee legitimidad democrática directa, al contrario de los EEUU, donde el Presidente es elegido por sufragio indirecto (Cf. art. II, sección I, n° 2, de la Constitución americana).

652 Es muy conocido el caso del *impeachment* del presidente Fernando Collor de Mello (26.12.1992), primer presidente elegido directamente por el pueblo tras la caída de la dictadura militar.

653 Esta es la redacción del artículo 2° de la CRFB: “*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”. Se observa que la forma federativa contribuye para una ulterior repartición de poderes las competencias derivadas de la organización del Estado (Título III de la Constitución): “*Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição*”.

(legitimidad democrática directa y concentración unipersonal de las Jefaturas del Gobierno y del Estado) aliadas a otras atribuciones otorgadas al Presidente de la República, como las competencias legislativas o el poder de veto, hace del Ejecutivo un “Super-Poder”, transformando al Presidente de la República en el exponente máximo de la organización del Poder Político.

La participación del Ejecutivo en la función legislativa está fundamentada en el carácter representativo con el que se inviste al Poder Ejecutivo y que por tanto le legitima. Esto se debe a que la legitimación común democrática que presentan los Poderes dentro del Estado permite la incorporación al texto constitucional de distintos instrumentos normativos con fuerza materialmente equiparada a la ley, pero provenientes de un órgano diferente, el Ejecutivo en vez del Legislativo. Las llamadas *medidas provisórias* previstas en el artículo 62 de la Constitución Brasileña (como *poder legislativo propio* del Presidente de la República) son ejemplos de dichos instrumentos normativos, al igual que las *leis delegadas* (cuyo el poder de legislar, en este caso, depende de previa delegación del Congreso Nacional al Presidente de la República, art. 66).

Además de esto, la Constitución Brasileña prevé una amplia participación del Ejecutivo en el procedimiento legislativo propio del Parlamento, permitiendo al Presidente de la República que inicie el proceso legislativo (art. 84, III) otorgándole la iniciativa legislativa que incluso es privada en determinadas materias (art. 61, § 1º). En otra fase (la central) del proceso legislativo, compete al Presidente sancionar o vetar<sup>654</sup> las leyes (art. 66 y 84, IV y V) y, por fin, en la promulgación y publicación (fase integradora de eficacia) .

La posición que asume el Ejecutivo en el texto constitucional brasileño le ha concedido un protagonismo en la función legislativa mucho mayor de lo que sería recomendable, lo que resultará en un cierto abuso del poder de legislar. No obstante, esta posición de privilegio no implica una ausencia total de mecanismos de control de esta función. Así, por ejemplo, el Congreso Nacional posee competencias de control sobre el Ejecutivo, como la de suspender los actos normativos exorbitantes del poder de reglamentar o de los límites de la delegación legislativa (art. 49, V), o incluso verificar la atención de los presupuestos constitucionales de las *medidas provisórias* (art. 62, párrafo 5º).

Otros tipos de control los encontraremos en el art. 49, X, que permite al Congreso fiscalizar o controlar, directamente o por cualquiera de sus Casas, los actos del Ejecutivo, incluyendo los actos de la Administración indirecta, o también en la competencia atribuida al Senado Federal para juzgar al Presidente de la República por crimen de responsabilidad (art. 52, I y 86) después de que se admita la acusación por dos tercios de la Cámara de los Diputados (art. 86).

Por otro lado, la Constitución prevé una colaboración del Congreso Nacional sobre la función ejecutiva, por ejemplo refrendando los tratados, convenciones y demás actos internacionales que serán celebrados por el Presidente de la República (art. 84, VIII); autorizando o refrendando que el Presidente de la República declare la guerra (arts. 49, I y 84, XIX); autorizando al Presidente o al

---

654 Aquí la naturaleza del veto asume naturaleza de intervención funcional incidiendo directamente sobre la actividad central del Legislativo, que es la de dictar las leyes.

Vicepresidente para ausentarse del país cuando la ausencia sea superior a quince días (art. 49, III); apreciando el decreto presidencial en la decretación del estado de defensa (art. 49, IV y 136, párrafos 4º y 6º); autorizando al Presidente de la República a decretar el estado de sitio (art. 49 e 137); participando en el Consejo de la República (art. 89, incisos II a V) y en el Consejo de Defensa Nacional (arts. 91, incisos II y III); aprobando iniciativas del Presidente de la República en lo que respecta a las actividades nucleares, o incluso delegando, a través de Resolución, poderes al Presidente de la República para la elaboración de leyes delegadas (art. 68).

Con respecto a la *legislación de urgencia* por el Presidente de la República, podemos decir que su instrumento -las *Medidas Provisórias*- se traduce en un acto normativo primario general, dictado por el Presidente de la República, situado en el proceso de elaboración normativa al lado de la ley. Está capitulado en la Constitución brasileña en el *Título IV (Da Organização dos Poderes), Capítulo I (Do Poder Legislativo), Seção VIII (Do Processo Legislativo), Subseção I (Disposição Geral - artículo 59<sup>655</sup>) y Subseção III (Das leis - art. 62)*. Cabe decir que las *Medidas Provisórias*, en la versión original del texto constitucional, poseían un régimen jurídico diferente. En aquel entonces disponía lo siguiente:

*Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.*

*Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.*

#### 4.5.1 Antecedentes

La historia político-constitucional brasileña es pródiga en ejemplos de intromisión de un Poder en las atribuciones de otro, sobre todo por la injerencia del Ejecutivo hacia los demás Poderes.

En el período monárquico, la formación ibérica de D. Pedro I, inspirada en ideales absolutistas, fue superior a las nuevas concepciones "iluministas" en el mundo (que tenían como principal motor la limitación del poder estatal, con la triple partición del mismo). De ahí que no tergiversara ante la idea de acabar con la Asamblea constituyente de 1823 y que él mismo pudiera otorgar una Constitución al País, como lo hizo en 1824. Esta carta, denominada Constitución Imperial, daba al Emperador extensas competencias tanto como Jefe del Ejecutivo (art. 102), como en el ejercicio del Poder Moderador (art. 98 y 101). La persona del Emperador era considerada como sagrada e inviolable, no estando sujeta a ninguna responsabilidad.

<sup>655</sup> El artículo 59 establece que el proceso legislativo comprende la elaboración de *I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções*. Destaca que en Brasil se distinguen las **Leyes delegadas** (acto normativo dictado por el Ejecutivo previa delegación del Legislativo) de los **Decretos-Legislativos** que allí son normas aprobadas por el Congreso Nacional que se destinan a reglamentar materias de competencia exclusiva del Poder Legislativo y prescinden de la sanción del Presidente de la República. (Y las *Resoluções* a las que se refiere el inciso VII, son actos normativos que regulan materias de la competencia privativa de cada Casa legislativa, de carácter político, procesal, legislativo o administrativo).

Así, no era de extrañar que la Constitución del Imperio, aunque proclamara una división de Poderes, incorporara una norma de excepción y temporal para enfrentar los casos que escapasen a la normalidad constitucional, atribuyendo poderes legislativos al Gobierno, utilizándose expresiones como “*medidas provisórias*” y “*necessidade urgente*”. Así ocurre en el artículo 179, XXXV, en los siguiente términos:

*XXXV. Nos casos de rebellião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como **medida provisória**, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito.*

Los términos eran empleados de una forma muy distinta a los que en el futuro inspirarían la creación de un instrumento legislativo de urgencia puesto a disposición del Ejecutivo.

La primera Constitución republicana (la de 1891) no previó la delegación de poderes ni mucho menos la “legislación de urgencia”. Sin embargo, desde que fue proclamada la República el 15 de Noviembre del 1889 y hasta la promulgación de la Constitución el 24 de Febrero de 1891, el primer Presidente de la República ejerció la función legislativa, gobernando por medio de decretos<sup>656</sup>. La segunda Constitución republicana de Brasil fue promulgada el 16 de Julio de 1934 en un clima de gran participación popular, ya que era la reafirmación de la Revolución de 1930 y de la Revolución Constitucionalista de 1932. En ella estaban consagrados los principios tradicionales del liberalismo, como la triple partición de los Poderes, vedándose la delegación de Poderes. Asimismo, la legislación de urgencia no estaba prevista en el texto.

No obstante, el 10 de Noviembre de 1937, después de un Golpe de Estado, se instaura el “Estado Novo” y es otorgada la nueva Constitución, que por haber sido inspirada en el modelo constitucional de Polonia, pasó a ser sarcásticamente denominada como “La Polaca”. Es ahora cuando aparece en Brasil la atribución de la competencia legislativa directa al Presidente en la forma de *Decreto-lei* como instrumento de legislación que podía ser utilizado libremente por el Dictador. Así se presentaba su texto:

*Art 14 - O Presidente da República, observadas as disposições constitucionais e nos limites das respectivas dotações orçamentárias, poderá expedir livremente decretos-leis sobre a organização do Governo e da Administração federal, o comando supremo e a organização das forças armadas.*

...

---

656 Cf. PEREIRA DOS SANTOS, Brasilino. *As Medidas Provisórias no Direito Comparado ... op. cit.*, pp. 220 y ss.

*Art. 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.*

Nace así como principal instrumento legislativo, del cual se valía la dictadura instaurada por Getúlio Vargas, que no permitía control alguno de las voluntades del dictador, ni político (con el Parlamento cerrado y los líderes amordazados por la censura), ni jurídico (con la Magistratura sin instrumentos y sin garantías para hacer valer sus decisiones).

En la doctrina constitucional brasileña apenas encontramos registros de influencias extranjeras que pudieran haber servido de base para la creación del *decreto-lei* en la forma en que ha aparecido en la Constitución Brasileña de 1937. Al analizarse las Constituciones de la misma época se verifica que la Constitución Española (en la praxis revocada por el régimen franquista victorioso en 1939) tendría poca o casi ninguna influencia en la configuración brasileña, ya que en los modelos españoles del decreto-ley el art. 8º autorizaba el uso del mismo no estando el Congreso de los Diputados reunido, debiendo además, tal como hemos visto, ser aprobado por dos tercios de sus miembros. La ley italiana n. 100 de 1926, aunque editada para "legalizar" la práctica de la utilización de los decretos-leyes, también condicionaba la emisión de los decretos-leyes a los presupuestos de urgencia y absoluta necesidad, lo que tampoco se da en el caso brasileño de aquel entonces.

Quizás sea la Carta Portuguesa de 1933 la que más se acerque al modelo brasileño, porque aunque condicionara la emisión de los decretos-leyes a los casos de urgencia y necesidad, establecía también que si el Legislativo se encontrara en receso, no sería necesario someterlos a su ratificación. De todas formas, como vimos, dicha ratificación no pasaba de ser una mera formalidad para convalidar los actos de la dictadura. En Brasil, la dictadura se decidió por dispensar tal formalidad, acumulando en manos del Jefe del Ejecutivo las funciones ejecutivas y legislativas. En el período que va desde 1937 hasta el momento en que fue abolido por la Constitución de 1946 fueron dictados 9.914 decretos-leyes<sup>657</sup>.

Ahora bien, restaurado el orden constitucional democrático con una amplia participación popular, la Constitución del 1946 ha querido eliminar para siempre la figura de los decretos-leyes. Tampoco admitió inicialmente la delegación legislativa, que solo vino a ser autorizada por la Enmienda Constitucional nº. 4 de 1961. Sin embargo, la providencia urgente (sujeta a control parlamentario) en los modelos europeos vendría a ser introducida por medio del Acto Institucional nº. 02 de 1964, cuando Brasil se encontraba una vez más bajo una dictadura (esta vez militar<sup>658</sup>).

A partir del Golpe militar de 1964 se instaura un nuevo orden jurídico

657 Información obtenida en el Centro de Información de la Cámara de los Diputados (CEDI). Véase en Internet: <http://www2.camara.gov.br/conheca/estruturaadm/cedi/index.html>.

658 Aunque los militares tomaran el poder en 1930 en una acción rápida y sin resistencia, el detonante fue el resultado de las últimas elecciones para Presidente de la República. El candidato de la oposición Getúlio Vargas, civil derrotado en un pleito ostentadamente fraudulento, dirigió la revolución reuniendo a su alrededor a importantes líderes políticos y militares. De esta forma, los militares insurrectos, miembros de la "Junta Pacificadora", entregaron el mando del Gobierno al jefe de la revolución en noviembre del mismo año. No obstante, al aproximarse las elecciones de 1938, Getúlio Vargas dio un Golpe de Estado, garantizando así su continuidad en el poder. Se inicia así la primera dictadura de la república brasileña, denominada "Estado Novo", exactamente como fue denominada la dictadura en Portugal.



brasileño, jurídicamente fundado en Actos Institucionales (AI), que eran en su esencia como decretos con fuerza de ley<sup>659</sup> y servían como mecanismo de legitimación y legalización de las acciones políticas de los militares, creando para ellos varios poderes extra-constitucionales. En realidad se trataba de un instrumento para mantener en la “legalidad” el dominio de los militares. Sin ellos no habría sido posible ejecutar la Constitución que se encontraba entonces en vigor (la de 1946). Así, lo que hizo el primero de estos Actos, el AI-1, fue “romper” la Constitución democrática del 46. A través de otro de estos instrumentos, el AI-5, se otorgaron poderes absolutos al régimen militar, cuya primera y mayor consecuencia fue el cierre del Congreso Nacional durante casi un año.

Ahora bien, la Constitución militar de 1967 preveía, en el artículo 49, inciso V, el *decreto-lei* como acto normativo primario integrante del proceso legislativo; el artículo 58 trataba de los presupuestos habilitantes y límites materiales y en el art. 188 se prohibía su edición por los Estados-miembros. Posteriormente, en la Enmienda Constitucional de 1969 (que es considerada por muchos como si fuera una nueva Constitución debido al tamaño de las alteraciones producidas en el texto original) el dispositivo pasó a ser tratado en el artículo 58, que añadió otro párrafo que trataba sobre los efectos del decreto-ley rechazado:

*Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:*

*I - segurança nacional;*

*II - finanças públicas, inclusive normas tributárias; e*

*III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.*

*§ 1º Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado<sup>660</sup>.*

*§ 2º A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.*

Del dispositivo se extrae que el Presidente de la República (y solo él) identificaba solo un caso de urgencia o necesidad y editaba un decreto-ley debiendo someterlo al legislativo. Dicho decreto-ley no podía ser objeto de enmiendas por el Legislativo, que disponía de 60 días para hacer el control parlamentario. En el caso de que el Legislativo no se pronunciase en dicho plazo, el decreto-ley era considerado tácitamente aprobado. El decreto-ley podía versar prácticamente sobre cualquier materia (pudiendo incluso adoptar medidas tendentes a eliminar oposiciones políticas). Finalmente, un eventual rechazo del decreto-ley por el

659 Si los decretos-leyes eran instrumentos legislativos ordinarios que podrían sufrir algún tipo de control, empleados por el Ejecutivo para ocupar el espacio que cabría al Legislativo, mucho más malévolos fueron los Actos Institucionales y los Actos Complementarios, que no eran reconocidos por el Texto Constitucional y que gozaban, no de semejante jerarquía, sino superior, a la vista de la repercusión que causaban sus ediciones. Al lado del primer Acto Institucional (de 9 de Abril de 1964), el que causó mayor repercusión fue el Acto Institucional nº 5, del 13 de diciembre de 1968, que aumentó substancialmente la inestabilidad política del País una vez que transfirió al Ejecutivo una significativa gama de poderes, usados de modo arbitrario contra los no simpatizantes del sistema vigente.

660 El texto de este párrafo primero ha sido alterado por la Enmienda Constitucional nº. 22 de 1982, cuando pasó a regir con la siguiente redacción: *§ 1º - Publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo, se, nesse prazo, não houver deliberação, aplicar-se-á o disposto no § 3º do art. 51.)*

legislativo no afectaría en nada a los actos practicados tras su edición y antes de su rechazo.

Cabe destacar que el dispositivo constitucional abría un gran abanico para la larga utilización de la actuación del decreto-ley en el ordenamiento jurídico. El régimen político de entonces tenía verdadera devoción por el “principio de la seguridad nacional”. La disciplina castrense, entonces impuesta, veía a todos aquellos que no compartiesen sus ideales como a sus enemigos. La acción del Gobierno militar fue la de reprimir duramente cualquier foco de resistencia u oposición a sus directrices. Por lo tanto, el sentido de la locución “*segurança nacional*”, presupuesto de la edición de decretos-leyes, fue comúnmente utilizada por los Gobiernos, aunque de un modo visiblemente distorsionado ya que por detrás de la amplitud del concepto de “seguridad nacional” se escondía, en realidad, la inexistencia de materias excluidas del área de actuación de los decretos-leyes<sup>661</sup>.

No obstante, debemos señalar que, aunque fueron tímidas, sí hubo algunas tentativas (las que la época permitía) por parte del Supremo Tribunal Federal de contener la utilización abusiva del decreto-ley por supuestos de amenaza a la *segurança nacional*. Registran, pues, decisiones históricas del Supremo Tribunal Federal<sup>662</sup> que inculpan con el vicio de inconstitucionalidad el artículo 5º del Decreto-ley nº 322, del 07 de abril de 1967<sup>663</sup>, frente a la ausencia de materia de *segurança nacional*, lo que, como en muchos otros casos, era evidente que no existía.

En lo que respecta a la existencia de los presupuestos habilitantes de los decretos-leyes, se generalizó la idea de que estos eran de compleja averiguación porque en el dispositivo constitucional la locución “urgente o interés público relevante” daba margen a una extensa interpretación. Si la urgencia pudiera ser realmente limitada, al contrario, el interés público no lo era, considerando que en todas las acciones entorno a los poderes estatales se da el interés público, incluso en la propia idea de Poder público. En cuanto a los presupuestos habilitantes, lo que podemos percibir es que el Supremo Tribunal Federal renunció a ejercer el control jurisdiccional firmando un entendimiento que durante muchos años orientaría las decisiones de la Corte y que incluso se reflejaría en la configuración de la *Medida Provisória*. Según falló la Corte, el control de los presupuestos de urgencia e interés público escapan del control jurisdiccional:

*A apreciação dos casos de “urgência” ou de “interesse público relevante” a que se refere o art. 58 da Constituição de 1967, assume caráter político e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da República, ressalvada a apreciação contrária e também discricionária do Congresso*<sup>664</sup>.

661 PEREIRA DOS SANTOS, Brasilino. *As Medidas Provisórias no Direito Comparado ...op.cit.*, p 281/282. En este sentido, AMARAL JUNIOR, José Levi de Mello. *Medida Provisória .... op. cit.*, p. 115/116.

662 Véanse especialmente las decisiones pronunciadas en los siguientes recursos (control difuso) de Agravo de Instrumento nº 40.960 y en los Recursos Extraordinarios nº 62.731 y nº 62.739, cuyo relator ha sido el Ministro Aliomar Baleeiro. Fallos disponibles en: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>.

663 Este era el texto del artículo impugnado: “*Nas locações para fins não residenciais será assegurado ao locatário o direito à purgação da mora, nos mesmos casos e condições previstos na lei para as locações residenciais, aplicando-se o disposto neste artigo aos casos sub judice*”.

664 Cf. STF/ RE 74.096, Rel. Ministro Oswaldo Trigueiro, 13.06.1972. Véase también el mismo fallo que se había decidido anteriormente por la inconstitucionalidad del Decreto-ley que no atendía a los presupuestos de *segurança nacional*: RE 62.739 de 23/08/67, que deliberaba en este mismo sentido en cuanto a los supuestos de

La verdad era que, salvo honorables excepciones, los controles jurídicos y políticos<sup>665</sup> sobre los decretos-leyes apenas han sido ejercidos. El STF entregó al Parlamento toda la fiscalización sobre los decretos-leyes mediante el control del Congreso, el cual debía aprobar o rechazar los actos del Ejecutivo como un “juez legislativo” y el Congreso tenía una función meramente confirmatoria de las decisiones del Gobierno. De esta forma, por ser el Gobierno militar detentador de la mayoría parlamentaria y del poder represivo, además de la sistemática favorable a la edición de decretos-leyes, el abuso de los decretos-leyes fue flagrante, como también han sido enormes los abusos perpetrados a causa de los mismos.

Los gobiernos que estuvieron bajo los auspicios de la Constitución de 1967/69, usaron y abusaron de este instrumento normativo, que pasó a ser visto en Brasil como un instrumento de las dictaduras, de cariz autoritario y una peligrosa excepción al principio constitucional de la separación de poderes, cuya finalidad inmediata es garantizar la libertad y los derechos individuales a través del ejercicio racional del poder estatal y de la posibilidad de control del Poder por el Poder a través del Derecho. Así, no es difícil entender la aversión que sentían los brasileños por el instituto, lo que, claro está, se reflejaría en los ideales constituyentes de 1988.

La inspiración para la creación de los decretos-leyes la buscó el régimen militar en el Derecho Constitucional italiano<sup>666</sup>, aunque sus objetivos de adaptación al derecho brasileño, como vimos, han sido totalmente opuestos a los ideales constituyentes italianos. Sin embargo, no cabe duda de que hubo un intento de revestir los instrumentos dictatoriales brasileños de semejante forma.

La Asamblea Nacional Constituyente de 1987/88 también se inspiró en la Constitución italiana de 1948 para crear las *medidas provisórias*, pero aquí sí vamos a encontrar el mismo “espíritu democrático” que motivó al constituyente italiano. De hecho, uno de los compromisos de los Constituyentes era el de incorporar en el Derecho Constitucional los avances socio-democráticos alcanzados en Europa.

---

urgencia e interés público relevante.

665 La investigación no ha encontrado ningún registro sobre algún decreto-ley que haya sido rechazado por el Parlamento y el motivo lo aclara AMARAL JUNIOR: “*Sim, o decreto-lei de 1967 estava inserido em uma prática institucional de nítidos traços autoritários, muito comuns, como visto, ao longo de boa parte do século XX. Em tal circunstância, como bem sintetiza Giuseppe Viesti, a separação dos Poderes ou era expressamente repudiada, ou ganhava natureza de mera aparência. Os mecanismos de controle estavam subordinados ao grupo ou partido dominante. As assembléias parlamentares limitavam-se a aprovar as decisões do Poder Executivo, poder esse que detinha ampla competência para a adoção de atos com força de lei. Assim, o Governo - nada tendo a temer em razão da inexistência de oposição - legislava sempre que considerasse necessário. Previa-se, não raro, sucessiva aprovação parlamentar, mas sem nenhum valor substancial, dado o contexto autoritário descrito.*” (AMARAL JUNIOR, José Levi Mello; *Medida Provisória...op. cit.*, p. 120).

666 La doctrina brasileña es unánime al reconocer la importación del modelo italiano. Véase AMARAL JUNIOR, Levi de Mello. *Medida Provisória e sua conversão em lei*, p. 56/7: “*No Brasil, já em 1937 surgiu o decreto-lei. Mas é na Itália que se encontra o instituto mais próximo do decreto-lei da Constituição brasileira de 1967 e, em especial, da Medida provisória da Constituição de 1988*”. *Caso típico de recepção legislativa é o das Medidas Provisórias, que o constituinte de 87/88, preocupado mais em expurgar a expressão decreto-lei do que com o conteúdo do instituto, foi buscá-las no ordenamento jurídico italiano (Constituição de 1947, art. 77), inserindo-as no atual texto constitucional de 1988 (art. 62), sem levar em conta a diferença de que naquela, a forma de governo é parlamentarista (para a qual nos dirigiamos, é verdade), enquanto que a nossa é presidencialista*”. (Cf. RAUL MACHADO HORTA - “Tendências Atuais dos Regimes de Governo”. En: *Revista de Direito Público*. São Paulo: Editora RT, nº 84, out.-dez.1987.

Entre las novedades del nuevo texto, se buscaba el fin de los decretos-leyes, pues éstos representaban usurpación de la función legislativa<sup>667</sup>. Sin embargo, los Constituyentes instituyeron un instrumento jurídico que tenía un alcance, no semejante, sino muy superior al de los decretos-leyes. Se trata de las *medidas provisórias* (art. 62, C.F. De 1988), instrumento de discutible legitimidad hasta los días actuales y motivo de divergencia entre los propios Constituyentes<sup>668</sup>.

Al instalarse la Constituyente 87/88<sup>669</sup> reinaba una tendencia general en las

---

667 Sobre el tema citamos algunos pasajes de la Constituyente. **Dentro de la Comisión de Organización de los Poderes y Sistema de Gobierno:** “*Como todos sabemos, o Poder Legislativo no Brasil, durante vinte anos de regime autoritário, foi pouco a pouco perdendo suas atribuições. Cabe, em primeiro lugar, devolver ao Legislativo suas atribuições, a sua capacidade de legislar, porque a verdade é que até então o Legislativo não legislava. Toda legislação era feita por iniciativa do Executivo, com aprovação do Legislativo, principalmente através de decretos-leis. Só para V. Ex.as, terem uma idéia, existem hoje no Congresso cerca de 180 decretos-leis, dos quais mais de 90 nem foram lidos ainda, e a outra metade também não foi aprovada, e, no entanto, já estão em vigor; alguns, há mais de dois anos. Então, para devolver ao legislativo esta primordial prerrogativa, que é a de legislar, a primeira medida que a Subcomissão tomou foi a de acabar com o decreto-lei. Portanto, o decreto-lei, que servia como elemento fundamental para essa legislação autoritária vinda do Executivo, foi retirada da esfera político-institucional tanto no relatório da Subcomissão do Poder Legislativo, como, depois, no relatório do Constituinte Egidio Ferreira Lima.*” (Constituyente JOSÉ JORGE (PFL-PE), Relator da Subcomissão do Poder Legislativo. Cf. AANC, reunião de 13.06.87, p. 92); **Dentro da Comissão de Sistematização:** “*...Tudo isso transformou a figura do decreto-lei em algo abominável, justificando, cabalmente (ou Cabralmente, se permitem o ingênuo trocadilho), seu expurgo do texto constitucional que ora se projeta. Também o abuso na utilização do decreto-lei contribuiu, de forma decisiva, para torná-lo instrumento indesejável em nosso processo legislativo. O abuso se manifesta não só na utilização excessiva, maciça e avassaladora, como – e principalmente – na invasão de matérias impróprias ao decreto-lei. Refiro-me, aqui, aos decretos-leis que, não raro, vão além da segurança nacional, das finanças públicas e da criação de cargos públicos e fixação de vencimentos, consoante os limites taxativos previstos no art. 55 da Constituição, sem considerar-se os que provocam aumento de despesa, numa notória violação à restrição constitucional, estabelecida no referido disposto*” (Cf. Discurso del Constituyente JUTAHY MAGALHÃES (PMDB – BA) en DANC 29.10.87 p. 462/464.

668 Aunque no sea la opinión mayoritaria, recientemente ha ganado importancia una corriente que no acepta la legitimidad de las medidas provisorias en virtud de su nacimiento espúreo. Acusan a la Comisión que redactó el texto final de la Carta (*Comissão de Redação*) de haber incrustado algunos dispositivos con deslealtad y “en la callada de la noche”, una vez que dichos dispositivos no habrían sido discutidos durante la Constituyente y que tampoco habrían sido aprobados en el proyecto de redacción final, entre los cuales se destaca el art. 62 referente a las medidas provisorias. Así, la introducción de tales normas en la redacción final de la Constitución pertenecerían a un universo desprovisto de validez. Uno de los más respetables constitucionalistas brasileños, JOSÉ AFONSO DA SILVA, critica con vehemencia esta postura admitiendo que “*um gênio qualquer, de mau gosto, ignorante e abusado, introduziu-as aí, inevitavelmente, entre a aprovação do texto formal (portanto, depois do dia 22 de setembro de 1988) e a promulgação-publicação da Constituição no dia 5 de outubro de 1988*” (Curso de Direito Constitucional Positivo, Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição, p. 452). Otros afirman que sí, que los dispositivos sobre las medidas provisorias fueron discutidos y votados. No obstante, lo que se discutió y votó se trataba de medidas provisorias destinadas a ser instrumentos del sistema parlamentario y, por lo tanto, la deslealtad consistiría en que las mantuvieran en la redacción final, adaptándolas al sistema presidencialista para el cual no habían sido destinadas. De los 5 mapas demostrativos de la elaboración del texto constitucional, reuniones y votaciones (disponible en: <http://www.congresso.gov.br/anc88/>) percibimos realmente que el texto debería haber sido votado en el Primer Turno de votación bajo el número 296, pero esta votación no llegó a ser realizada por el Plenario. El Mapa 1 tampoco indica votaciones a este texto en el Segundo Turno. Sea como sea, el 26.02.88 el Constituyente NILSON GIBSON (PMDB-PE) pronunció el siguiente discurso, donde denunciaba una supuesta anomalía en el procedimiento de otra Comisión, la *Comissão de Sistematização*: “*Sr. Presidente, Sras e Srs. Constituintes, duas circunstâncias nisso parecem alarmantes: a sua aprovação pela Sistematização contra nosso voto, e o silêncio, uma verdadeira conspiração de olhos fechados, da imprensa, dos setores populares, das áreas empresariais, dos juristas, e principalmente dos Constituintes. É estarecedor que nem sequer se mencione o*

Comisiones Temáticas<sup>670</sup> a cambiar el sistema de gobierno hacia el parlamentarismo. Así, la perspectiva de la adopción de un sistema parlamentario de gobierno en el que el Ejecutivo es elegido por el Legislativo y del que depende para sostenerse, llevó a la Constituyente de 1988 a pensar en un instrumento legislativo que permitiese al Gobierno, subordinado al Legislativo, gobernar sirviéndose de la edición de “actos legislativos”, pero de tal forma que la edición de una *Medida Provisória* que no fuese aprobada por el Parlamento representase en la casi totalidad de las hipótesis la caída del Gobierno con una nueva elección que debe ser realizada por el Poder Legislativo.

Bajo esta perspectiva, las *Medidas Provisórias* no se asemejaban al decreto-

---

*fato; mais grave ainda, que não se discuta ou questione. A despeito da triste e trágica experiência de toda a sociedade com os decretos-leis, não obstante as críticas que seu emprego tem suscitado ao longo dos tempos, surpreendentemente, esta previsão de um sucedâneo mais amplo e abrangente vai ganhando tácita aprovação e nem sequer é objeto de restrições. Os que defendem essa escandalosa tese, apóiam-se em que o Congresso, nos termos do Projeto, deverá converter em lei tais medidas, devendo ser convocado extraordinariamente, se estiver em recesso. Convocado por quem? E se não o for? A experiência dos decretos-leis desastrosa para os direitos, para as instituições, para a economia, para a nossa cultura já nos diz que, enquanto tivermos o Judiciário que temos – e nisso nada mudará de essencial, segundo o mesmo projeto – tais medidas terão pronta eficácia de lei, e os atingidos ficarão totalmente desamparados e desprotegidos, à mercê do Executivo Federal.” (Cf. DNAC de 26/02/1988 p. 7632).*

669 Al contrario de lo que ocurrió en Portugal en 1975, una de las características metodológicas que marcó la Constituyente de 1987 fue el inicio del proceso sin ningún texto básico preliminar, ya que el fuerte sentimiento democrático que dominó en el país en la época de la elaboración de la Constitución no recomendaba que los Constituyentes se valiesen, al menos formalmente, de los estudios realizados por la Comisión de Estudios Constitucionales (instituida por fuerza de Decreto del Presidente Sarney) publicados en el DOU del 26 de septiembre de 1986, que quedó conocido como Anteproyecto Afonso Arinos. Así, sin ningún punto de partida, se dividieron, entonces, los trabajos de los Constituyentes en 24 Subcomisiones agrupadas en 8 Comisiones temáticas que se alzaron como responsables de la elaboración de los Anteproyectos. Fueron millares de Sugerencias y Enmiendas las presentadas en esta fase. En la fase siguiente, los Anteproyectos fueron encaminados a la *Comissão de Sistematização* para la elaboración de un anteproyecto y/o proyectos de Constitución. Asimismo, se abrió un plazo para recibir las Enmiendas de Plenario y Enmiendas populares. En total se recibieron 20.791 Enmiendas. Es necesario aclarar que, como se verifica de los Anales de la ANC, hasta aquella fase todos los proyectos aprobados habían sido creados con el pensamiento dirigido hacia el sistema parlamentario como, por ejemplo, la creación del Consejo de la República y el Consejo de Defensa Nacional – ambos inspirados en el ordenamiento constitucional portugués – mociones de censura a los ministros y edición de medidas provisorias en los casos de relevancia y urgencia inspiradas en el derecho italiano. A la fase de elaboración del Proyecto de Constitución, dentro de la *Comissão de Sistematização*, siguió un momento muy controvertido del proceso constituyente, de tal modo que en noviembre de 1987 existían: un Anteproyecto de Constitución (con 501 artículos), un Proyecto (con 496 artículos), dos Sustitutivos del Relator (uno con 374 artículos, otro con 336) y millares de Enmiendas (cf. OLIVEIRA, Mauro Mauricio. *Fontes e Informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987. Quais são, onde busca-las e como usa-las*. Brasil: Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993). Existía una gran divergencia político-ideológica entre los Constituyentes y un descontento con el poder de deliberación de la *Comissão de Sistematização* previsto en el Reglamento Interno de la ANC que dificultaba sobremedida la alteración del texto una vez aprobado por la referida Comisión. Así, el creciente sentimiento de que el principio mayoritario está siendo despreciado en la relación *Comissão de Sistematização versus* Plenario General hace nacer un grupo pluripartidario autodenominado “*centrão*” que, contando con el apoyo de 309 parlamentares, movilizó esfuerzos en el sentido de alterar las reglas regimentarias a fin de modificar la distribución del poder decisorio. Como consecuencia, se consiguió frenar las intenciones socializadoras que prevalecían en las Comisiones Temáticas, dando, desde entonces, nuevos rumbos a la Constituyente.

670 Serían: I – *Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*; II – *Comissão da Organização do Estado*; III – *Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo*; IV – *Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantias das Instituições*; V – *Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e finanças*; VI – *Comissão da Ordem Econômica*; VII – *Comissão da Ordem Social*, VIII – *Comissão da Família, Da Educação, Cultura e Esportes, Da ciência e da Tecnologia e da Comunicação*. En otra fase: *Comissão de Sistematização* y luego *Comissão de Redação*..

ley que se eliminaba del orden constitucional brasileño, visto que, en éste, el Poder Ejecutivo del sistema presidencial gobernaba independiente del Congreso, no representando, a su no aprobación, la caída del Gobierno. Aún así, se discutía sobre su abusiva utilización en el sistema parlamentario<sup>671</sup>.

Al principio, los Constituyentes contaban como correcta la instauración del sistema parlamentario<sup>672</sup>. Así, todos los trabajos desarrollados por las Comisiones Temáticas eran dirigidos a la implantación de dicho sistema. No obstante, el Plenario de la Constituyente se decantó preferentemente por el sistema presidencialista. Sin embargo, los publicistas están de acuerdo en que la opción del

---

671 En este sentido, merece transcripción el discurso del Constituyente JUTAHY MAGALHÃES (PMDB-BA) el 28.10.87: *“Pode-se constatar que, de acordo com o proposto no art. 69, o decreto-lei não está previsto entre os tipos normativos integrantes do processo legislativo. Essa exclusão representa, realmente, um passo decisivo para o fortalecimento do Congresso como verdadeiro detentor da função legislativa. Entretanto, no art 72 do substitutivo, abre-se novo espaço para a atividade legiferante do Presidente da República, quando lá se admite que “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República, por solicitação do Primeiro-Ministro [letra en negrita destacada expresamente para este caso], poderá adotar medidas provisórias, com força de lei...” Ora, Sr. Presidente e Srs. Senadores, facultar ao Presidente da República a competência para adotar, em casos de relevância e urgência, medidas provisórias com força de lei é quase repetir o que dispõe o art. 55 da Constituição: “O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante... poderá expedir decretos-leis...” Há algumas diferenças entre as “medidas provisória” propostas no substitutivo e o decreto-lei ainda adotado, sobre as quais logo adiante falarei. Mas, indiscutivelmente, o primeiro desenho constitucional das duas figuras é semelhante. É necessário salientar, Sr. Presidente, que não sou daqueles que têm parti juris contra o decreto-lei. Em princípio, trata-se de modalidade normativa, como outra qualquer dotada de peculiaridades. O problema, portanto, não é o decreto-lei em si, mas a forma imperial com que ele é instrumentado na Constituição e a maneira abusiva com que tem sido utilizado. (...) Voltando a questão das medidas provisórias com força de lei, previstas no art. 72 do Substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização, pode-se notar alguns pontos de semelhança e de distinção entre elas e o decreto-lei. Os de semelhança são, em primeiro lugar, a competência do Presidente da República para expedir-los. O segundo ponto em comum refere-se aos pressupostos de relevância e urgência para a adoção das medidas. Como não se delineiam, objetivamente, esses dois pressupostos, deixando, pois que a determinação, tanto da relevância, quanto da urgência, fique a critério do Presidente da República, corre-se o risco de cairmos na situação hoje existente, isto é, a de o Presidente da República extrapolar os limites da discricionariedade e chegar às raiais do arbítrio, quando houver de eleger os fatos relevantes ou a urgência das medidas. Os aspectos distintivos entre as tais medidas provisórias e o decreto-lei começam quando, ainda nos termos do art. 72, elas devam ser submetidas, de imediato, ao Congresso Nacional, para conversão (em lei), acrescentando-se que, se o Congresso estiver em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de 5 (cinco) dias. O parágrafo único do referido art. 72 esclarece que as medidas provisórias deverão ser convertidas em lei, no prazo de 30 (trinta) dias, perdendo sua eficácia, desde sua edição, se não convertidas nesse prazo. Esta perda de eficácia constitui, realmente, a maior diferença entre as medidas provisórias e o decreto-lei, uma vez que este, sendo rejeitado, de acordo com o § 2º do art. 55 da Constituição, os efeitos de sua vigência não são nulos. Como as medidas provisórias, uma vez adotadas, geram efeitos jurídicos, caberá ao Congresso Nacional regular (por lei) as relações jurídicas delas decorrentes, sempre que as medidas não forem convertidas. Analisadas, assim, no seu contexto, as medidas provisórias com força de lei constituirão instrumento normativo nas mãos do Presidente da República, mas estarão sujeitas à soberana deliberação do Congresso Nacional, que, para convertê-las em lei, obedecerão ao processo legislativo próprio, cabendo, inclusive, emendá-las. Sem dúvida, o caráter imperial do decreto-lei desaparece. Fica, todavia, a incerteza quanto ao abuso na utilização das medidas provisórias, tanto do ponto de vista do âmbito material de seu cabimento, pois não há restrições, nem fixação das matérias que lhes são pertinentes, a exemplo do que ocorre com o próprio decreto-lei, quanto do ponto de vista da prática parlamentar que se adote para a conversão”.* (Cf. DANC de 29.10.87, p. 466)

**Parecía una premonición de lo que, de hecho, vino a suceder.**

672 En las actas de la Asamblea Nacional Constituyente son innumerables las manifestaciones de los Constituyentes que daban por hecho el cambio del sistema de gobierno presidencialista hacia el parlamentario. El tema ha sido debatido apasionadamente y su modelo, por supuesto, era el de los países europeos. Para citar un ejemplo transcribimos parte de un discurso en Plenario del Constituyente CHAGAS RODRIGUES (PMDB – PL): *“Respeito aqueles que ainda acreditam no presidencialismo, apesar de cem anos de fracasso deste regime no Brasil. Nossas raízes estão na Península Ibérica, nossas relações profundas são com os povos portugueses,*

sistema presidencialista, sin que se hiciesen adaptaciones de los demás dispositivos legislativos idealizados, engendró anomalías, cuyo ejemplo más dramático fue el de la permanencia de la medida provisoria, proyectada para un gobierno parlamentario<sup>673</sup>.

En el anteproyecto aprobado dentro de la Comisión de Organización de los Poderes y Sistema de gobierno<sup>674</sup> que fue presentado a la Comisión de Sistematización, las *medidas provisórias* no estaban enumeradas como instrumentos del proceso legislativo. Veamos sus términos:

*SEÇÃO VIII*  
*Do Processo Legislativo*

*Art 19. O processo legislativo compreende a elaboração de:*

- I – emendas à Constituição;*
- II – leis complementares;*
- III – leis ordinárias;*
- IV – leis delegadas;*
- V – decretos legislativos; e*
- VI – resoluções.*

Ahora observemos la increíble semejanza del anteproyecto con el artículo 77 de la Constitución italiana:

*Art. 20. O Executivo não poderá, sem delegação do Congresso Nacional, editar decreto que tenha valor de lei.*

*§ 1º Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República, por solicitação do Primeiro -Ministro, poderá adotar medidas provisórias, com força da lei, devendo submetê-las, de imediato, ao Congresso Nacional, para a conversão, o qual, estando em recesso, será convocado extraordinariamente, para se reunir no prazo de cinco dos dias.*

*§ 2º Os decretos perderão eficácia, desde a sua edição, se não forem convertidos em lei, no prazo de trinta dias, a partir da sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar às relações jurídicas dele decorrentes.*

No se trataba de una coincidencia, sino de una clara importación del modelo italiano para la realidad brasileña. Esta fue una razón para que los publicistas brasileños admitieran que las *Medidas Provisória* son la versión brasileña del *decreto-legge* previsto en el artículo 77 de la Constitución italiana para el régimen parlamentario de gobierno<sup>675</sup>.

No obstante, además de esto, este hecho fue admitido por el propio relator del nuevo instituto dentro de la Comisión donde surgió, es decir, en la Comisión de Organización de los Poderes y Sistema de Gobierno, donde fue idealizado por el Constituyente EGÍDIO FERREIRA LIMA (PMDB-PE). Veamos lo que dijo en la Comisión de Sistematización para defender su permanencia en el texto

*espanhol, francês, italiano e não com o povo norte-americano, única nação do mundo onde o presidencialismo realmente se firmou e produziu frutos. Sr; Presidente, este é um assunto de ordem geral".* (Cf. DANC, 13.01.1988, p. 186).

673 En ese sentido véase: BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra da. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 4. t. 1.

674 Cf. AANC, Ata da 7ª Reunião Ordinária de 12.06.87, p. 174

675 Cf. BERGMANN ÁVILA. *Medidas Provisórias ... op. cit.* p. 33 con amplia referencia a la recepción del instituto italiano.

constitucional:

*Sr. Presidente, Srs. Constituintes, concebi esta criança como Relator da Comissão de Organização dos Poderes, e gostaria de vê-la nascida e que ela se tornasse um instrumento democrático e necessário à modernização do País. O Constituinte Haroldo Lima comete um grave equívoco, pois confunde decreto que se transforma em lei, pelo caminho democrático com decreto-lei. Quem está influenciado pelo cacoete autoritário é o Constituinte Haroldo Lima. O decreto-lei foi concebido no Estado Novo, com Getúlio Vargas, quando não havia Congresso, e foi usado indiscriminadamente pelo regime autoritário que tivemos longamente – e que ainda temos agora. Oswaldo Trigueiro, que foi Ministro do Supremo Tribunal Federal, tem um belo trabalho na Revista Forense a respeito do decreto que se transforma em lei e que erroneamente chamam de decreto-lei. É interessante observar que esse estudo dele foi anterior à Constituição da Itália. Ali, ele mostra que o legislador, hoje, não é só o Parlamentar. Há hoje uma comunhão entre os Poderes Executivo e Legislativo quanto à elaboração da lei. A celeridade do processo histórico de hoje, a modernização e a complexidade da sociedade exigem instrumento ágil e preciso para que se possa atender aos casos relevantes e de urgência dentro da direção administrativa – que são muito comuns.*

***Esse texto que aqui está é sábio. Não pertence a mim. É fruto quase literal da concepção, da sedimentação dos italianos como juristas e dos italianos como políticos. A tradução é literal e perfeita do que está na Constituição italiana e que dela se estendeu para a Constituição alemã, para a Constituição francesa, para a Constituição espanhola e para a Constituição portuguesa. Vejam que beleza de construção jurídica, constitucional e política este texto contém*** [negritas nuestras]: *"Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República, por solicitação do Primeiro-Ministro, poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato para conversão – ela não é lei – ao Congresso nacional, o qual, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias." Vejam a relevância dessa medida, vejam os limites estabelecidos a essa medida que obrigam inclusive à convocação imediata do Congresso, se estiver em recesso. Em seguida, o parágrafo único diz que as medidas provisórias perderão eficácia, desde a sua edição – desde o momento em que editadas – se não forem convertidas em lei, no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes: Os danos delas decorrentes poderão ser disciplinados pelo Congresso. Trata-se, portanto, de medida eficaz, heróica, necessária, indispensável a um Estado moderno, altamente democrática e juridicamente bem elaborada. Não podemos, nesta hora, evidenciar conservadorismo e atraso. Neste momento, temos o compromisso, perante o País e o seu futuro, de elaborar o que for de melhor. Fomos buscar no direito comparado o que de melhor ele fez e concebeu a respeito da matéria. Felizmente, para honra nossa, à mesmo época em que a Itália pensava em uma medida provisória, com força de lei, a ser submetida ao Congresso, o nosso Oswaldo Trigueiro, com lucidez, perspicácia e sedimentação, já pensava de maneira idêntica. Estou certo de que esta Casa manterá o texto, rejeitando a emenda<sup>676</sup>.*

Como podemos ver, ni la Constitución portuguesa de 1976 ni la española, de la misma década que la portuguesa y solo diez años mas antigua que la brasileña, ambas nacidas tras una dictadura, sirvieron de inspiración directa para la creación de las *medidas provisórias* brasileñas. La fuente inspiradora ha sido completamente italiana<sup>677</sup>.

676 Cf. DANC, 24.09.87, Suplemento "C", 304ª votación, pp 890 a 893.

677 Por supuesto que ambas Constituciones fueron estudiadas y muy citadas por los Constituyentes. Como ejemplo: *"A Constituição portuguesa, a meu ver, adota uma solução que me parece moderna e que atenderia às nossas exigências, que é a de propor a discussão e votação dos projetos de lei em sua generalidade e em sua especificidade. Na generalidade, o pronunciamento seria, no caso português, da Assembléia da República. Aqui poderia ser do Congresso Nacional ou da Câmara dos Deputados. Em todo caso, sempre a discussão e votação*



Destacamos un hecho curioso ocurrido en aquella sesión de la Comisión de Sistematización en la votación 304<sup>a</sup>. Lo que estaba en juego era suprimir todo el dispositivo que creaba las *medidas provisórias* (entonces art. 72 del 2º Substitutivo de la Comisión de Sistematización<sup>678</sup>) en virtud de la Enmienda nº ES-27324-8 del Constituyente Sr. Eduardo Bonfim y otros. La propuesta de supresión (Destaque nº 000854-87), entre otros motivos, estaba justificada en el hecho de que el instituto se asemejaba al decreto-ley, considerado instrumento de excepción propio de las dictaduras. Así, era necesario devolver al legislativo esta primordial prerrogativa que es la de legislar. El Destaque venía firmado por el Constituyente Haroldo Lima (del PC do B - BA) y tres Constituyentes más: José Maria Eymael (del PDC-SP), Adylson Motta (del PDS-RS) y Luiz Inácio Lula da Silva (del PT-SP), actualmente Presidente de la República, quién quizás llegue al final de su mandato como el Presidente brasileño que más empleó el instrumento que quería, paradójicamente, suprimir entonces<sup>679</sup>:

---

*da especificidade do projeto de lei se daria no âmbito da Comissão especializada. Sobre matéria educacional, por exemplo, o Congresso poderia votar pela generalidade e imediatamente deferir à Comissão de Educação a discussão e o voto da especificidade. Resumindo meu ponto de vista, Sr. Presidente, entendo que o ato legislativo, em determinadas emergências, é indispensável seja facultado, na sua expedição, ao Governo. Há mecanismos para o controle, fiscalização e até sustação desses atos. Citei o caso da Constituição italiana e da própria Constituição portuguesa. Na Constituição portuguesa a Assembléia da República, por um número reduzido de parlamentares, é chamada a se pronunciar num prazo de 5 dias sobre o ato legislativo do Governo. Se não houver essa iniciativa ele é tido como aceite. E um número maior de Deputados, ultrapassado esse prazo, dentro de 15 dias, poderá até requerer a convocação da Assembléia da República para examinar. Se a iniciativa não ocorrer, dá-se como aceite, como referendado, tacitamente, pela Assembléia da República. E o processo italiano é o inverso do que adotamos na atual Constituição. De modo que há mecanismos ao nosso alcance que podem ser perfeitamente incorporados ao novo texto constitucional e que obviarão os inconvenientes do decreto-lei, na forma em que ele hoje é expedido, mas não privarão o Governo da necessidade de expedir atos com características da lei, para atender emergências. Sou a favor de uma diminuição do espaço para esses atos legislativos, através da delegação legislativa interna e da delegação externa. Era o que tinha a dizer, Sr. Presidente” (Manifestación del Constituyente Henrique Córdova (PDS-SC) en: AANC (Atas das Comissões) Ata da 3ª reunião extraordinária de 28.04.1987, p. 72.*

678 En el 1º Substitutivo se trataba el artículo 94. Después, en el Proyecto “A” de Constitución aparecía como el artículo 76 y había perdido su párrafo 2º. En el Proyecto “B” mantuvo solo el párrafo 1º y aparecía en el art. 64, y en el Proyecto “C” sometido a la Comisión de Redacción apareció como artículo 62, mantenido en el texto constitucional aprobado.

679 De las transcripciones de los anales de la ANC podemos observar que otro Constituyente, que también llegaría a Presidente de la República, estaba presente en la votación e incluso la presidía. Se trata de Fernando Henrique Cardoso (entonces PMDB-SP), que sí votó por la permanencia de las *medidas provisórias*. Otro Constituyente presente era Nelson Jobim (PMDB-RS), quién después vendría a ser Presidente del STF y que actualmente es Ministro de la Defensa del Gobierno Lula. En aquella ocasión también hizo uso de la palabra defendiendo su creación con base en el derecho comparado: “*Pelo que se lê no art. 72 do texto, não se usa a palavra "decreto-lei", mas a expressão "medidas provisórias com força de lei", sobre o que a Constituição italiana de 1948 dispõe.*” ... “*Ora, Sr. Presidente e Srs. Constituintes, a figura das medidas provisórias com força de lei se radica na Constituição italiana de 1948 com essa configuração democrática. Está, na Constituição grega, lapidariamente redigida e também, de forma um pouco diversa, na Constituição francesa, porque lá se exige uma lei de autorização. Essa lei de autorização pretendida pelo Governo, se aprovada, permite que o Governo no âmbito legal emita as ordonnances, que equivalem aos nossos decretos-leis. Este é o instituto inculcado pelo Sr. Relator, que mostra realmente que. estamos produzindo um texto democrático, mas adaptado a um mundo moderno, às ânsias deste, e que permite, em casos de relevância e urgência atos dessa natureza. Mas a soberania completa, popular, que deve existir na representação do Congresso, está plenamente assegurada. Daí porque encaminho a votação favoravelmente a manutenção do texto original pois aqui não se trata daquilo a que o eminente Constituinte Adylson Motta quis referir-se. Aqui não é o Decreto-lei de 1969; são as medidas provisórias, modernas, embasadas nas Constituições ocidentais, que têm que ser mantidas como uma forma lógica e consciente de legislar num mundo que corre muito mais rápido que o modelo de Parlamento em que ainda vivemos, que é o das democracias do século XIX. Precisamos ter consciência disso, consciência que a Europa teve logo após a guerra, logo após o fascismo, que a Grécia teve logo após a queda*

En el Proyecto de la *Comissão de Sistematização*, las *medidas provisórias*, en caso de relevancia y urgencia, podrían ser adoptadas por el presidente de la República cuando fueran precedidas de audiencia del Primer ministro (art. 76 del Proyecto). Hasta entonces, lo que estaba aprobado dentro de la Comisión era el sistema de gobierno parlamentario. Hasta aquel momento solo encontramos en nuestra investigación una propuesta que pretendiera emendar el artículo 76 para que el Presidente de la República, por iniciativa propia y no por audiencia previa del Primer Ministro, pudiera editar las *medidas provisórias*<sup>680</sup>. No obstante, la propuesta recibió la oposición del Relator, que afirmó que la iniciativa de las MP(s) era del Primer Ministro- Jefe del Ejecutivo –.

Sin embargo, tras la aprobación del Proyecto “A” de Constitución, más de la mitad de los Constituyentes se unieron para firmar una Enmienda que cambiaba el sistema de gobierno hacia el modelo Presidencialista<sup>681</sup>. La sustitución del régimen parlamentario por el régimen presidencial, desde el proyecto de Constitución “B” en el 2º Turno de la deliberación de la Asamblea Nacional Constituyente, convirtió la adopción de las *medidas provisórias* en un acto de competencia única y exclusiva del Presidente de la República (arts. 64 y 87, XXXVI), lo que se mantuvo en la Constitución presidencialista de 1988 (arts. 62, párrafo único, y 84, XXVI).

De la inevitable comparación entre la configuración constitucional del decreto-ley y de las *Medidas Provisórias*, ahora aprobadas por el Constituyente del 88, se extraen algunas semejanzas y diferencias entre los institutos. Entre las semejanzas, podemos decir que: a) ambos institutos forman parte del proceso legislativo (art. 49, inciso V, CRFB de 1967 y art. 59, inciso V, CRFB de 1988); b) son actos del Ejecutivo con fuerza de ley; c) tienen como presupuestos constitucionales la urgencia y/o interés público relevante; d) deben ser apreciados por el Congreso Nacional; e) las relaciones jurídicas oriundas deben ser reguladas por ley, en un sentido estricto.

Por otra parte, en las diferencias, podemos apuntar: a) el carácter de provisionalidad de las medidas; b) los plazos de aprobación y de examen son diferentes; c) la posibilidad de enmienda del legislador, vedada en el decreto-ley; d) la delimitación expresa del campo de actuación del decreto-ley (incisos I, II y III); e) la aprobación tácita del Congreso, no habiendo manifestación del mismo acerca de

*dos coronéis, e que teremos aqui neste Brasil de 1987”.*

680 Cf. AANC, vol. 259, p. 109. Enmienda 2P01647 de 13.01.1988 del Constituyente. *Onofre Corrêa* (PMDB-BA y parecer del Relator Bernardo Cabral (PMDB-AM).

681 La propuesta fue presentada en la Comisión de Sistematización y el Relator no tuvo más remedio que aprobarla, incluso en contra de su convicción personal. En su opinión, entonces, alertó del peligro de las *medidas provisórias* en el sistema presidencial: “*A emenda 2P01830-1 chega a essa Relatoria com a sustentação indesmentível de 345 assinaturas de ilustres senhores Constituintes. Não bastasse essa circunstância, por si só garantidora da sua força regimental, acresce-se o fato de que o seu primeiro signatário é o ilustre Senador Humberto Lucena, expressão eminente da vida política nacional. Ao Relator cabe cumprir o determinismo regimental. A emenda deve ser acolhida, tendo em vista o privilégio que o Regimento Interno dá às emendas coletivas com mais de 280 assinaturas (Art. 1o., Resolução no. 3/88). Devo destacar, no entanto, a minha posição manifestada no Plenário da Comissão de Sistematização, quando, de forma coerente, votei pela aprovação do Sistema Parlamentar. O presidencialismo brasileiro, verdadeira monarquia absoluta “ad tempus” (...) Basta dizer que o poder de veto presidencial, tal como está previsto no Capítulo do Poder Legislativo, supõe um Presidente que não governe. A mesma isenção é a que dá ao Presidente Chefe de Estado a possibilidade de expedição do instrumento das medidas provisórias, uma medida que na prática- veio substituir o Decreto-Lei”.*

la materia en el decreto-ley; f) la exclusividad de expedición del decreto-ley solamente por el Presidente de la República (art. 188, de las Disposiciones Generales y Transitorias, y art. 200, de la Enmienda nº 01, de 1969), siendo que la actual Constitución no vetó la edición de medida provisoria por parte de los otros jefes del poder ejecutivo (Estados y Municipios); h) en los decretos-ley los presupuestos son alternativos, urgentes "o" relevantes, mientras que en las medidas provisionales los presupuestos no son alternativos, urgente "y" relevante, es decir, la partícula es aditiva.

Sin embargo, podemos afirmar que la principal diferencia entre éstos dos institutos no reside en los textos constitucionales, sino sobre todo en el ambiente político-constitucional. La realidad política anterior a 1988 era bastante diferente, existía una inmensa crisis en el constitucionalismo brasileño. Por ello, no podemos dejar de admitir que la dimensión histórica de las *medidas provisórias*, contempladas desde el punto de vista de los propios Constituyentes, no tiene el mismo rango autoritario del decreto-ley aunque en esencia sean prácticamente iguales en su configuración normativa, ya que ambas normas han sido inspiradas en el derecho italiano. En la doctrina sucede lo mismo, mereciendo ser destacado:

*Cotejando a norma da Constituição de 1988 com a da época dos militares, nota-se que a alteração do texto produziu repercussão de monta no entendimento acerca da atuação do Congresso Nacional no tocante à medida provisória, invertendo o permissivo que vigia até então. A versão original do artigo 62 da Carta de 1988 afirmava que a medida provisória não convertida em lei no prazo de 30 (trinta) dias perdia a eficácia; já o artigo 55 da Emenda nº 01/69 exigia que ela fosse aprovada ou rejeitada, especificando que o silêncio redundava em aprovação. Importa salientar que a nova Carta pretende apartar a medida provisória das instituições autoritárias outrora vigentes porque, em caso contrário, não haveria motivo para ter convocado Assembléia Constituinte. O novo texto, portanto, deve ser olhado de forma nova, não sendo razoável dar-lhe interpretação moldado ao antigo, que bem calhava ao regime de força da época<sup>682</sup>*

Ahora bien, el abuso en la edición de las *medidas provisórias* por parte de los Gobiernos brasileños, sumado a una casi inexistencia de control jurisdiccional, motivado por la cobardía y timidez (por usar el lenguaje de Canotilho<sup>683</sup>) de los tribunales y su resistencia a controlar la constitucionalidad, provocaron la reforma constitucional de régimen jurídico de las *medidas provisórias*.

Dicha reforma, al contrario de la revisión constitucional portuguesa de 1945 (que constitucionalizó la praxis de la edición de actos legislativos por parte del Gobierno), se dirigió en el sentido de contener la gran actividad legislativa del Gobierno, lo que se produjo a través de la Enmienda Constitucional nº 32/2003<sup>684</sup>. No

682 MENEZES NIEBHUR, Joel. *O Novo Regime Constitucional da Medida Provisória*, p 142-143.

683 GOMES CANOTILHO, refiriéndose a los sucesos en el ordenamiento constitucional portugués de 1933, dijo: “*A inflação dos decretos-leis, motivados ou não por casos de urgência ou necessidade, o controlo meramente teórico da Assembléia Nacional, a cobardia e timidez dos tribunais quanto à arguição da inconstitucionalidade, tudo se conjugou para, na revisão de 1945, o legislador constituinte confessar francamente ser necessário pôr de acordo a “verdade formal” com a “verdade real”*” (Cf. *Direito Constitucional e teoria da Constituição...p. 738*)

684 Debemos mencionar que, frente a la gran distorsión del sistema brasileño donde el Ejecutivo legislaba sin que hubiera un control efectivo, ya fuera parlamentario (ejercido por el Legislativo), ya fuera jurisdiccional (que en Brasil esta a cargo del Poder Judicial), lo cierto es que las ediciones y reediciones de las *medidas provisórias* alteraban tanto el proceso legislativo que incluso hubo intentos del propio Ejecutivo de hacer una auto-limitación en sus ediciones. Los esfuerzos en este sentido se dieron por medio de los Decretos 1.937, de

obstante, la ha mantenido como norma de carácter excepcional justificada por la existencia de urgencia y relevancia.

El principal cambio que merece ser destacado fue la efectiva limitación temporal de la eficacia de las medidas provisionales y la prohibición de su eterna reedición. Por el nuevo reglamento, las medidas provisionales perderán eficacia, desde su edición, si no son convertidas en ley en el plazo de sesenta días (este plazo puede ser extendido por 60 días más en la hipótesis de que el Congreso Nacional no consiga apreciar la Medida Provisional en el plazo inicial), lo que vino a limitar la exageración en la reedición de este tipo de norma por parte del Gobierno a una única, en la misma sesión legislativa (artículos 62, §§ 3º, 7º y 10º).

Instituye una lista de asuntos que no pueden ser objeto de *medidas provisórias* (limitaciones materiales), poniendo término a algunas de las controversias que existían sobre este asunto (cf. nueva redacción del artículo 62, § 1º - artículo 1º de la enmienda). La alteración atendió a la vieja reclamación de la doctrina que exigía claridad en el texto constitucional sobre las materias en las que podría ser utilizada la MP y superó la interpretación del STF sobre el tema.

No obstante, tal y como podemos ver en el cuadro ubicado más abajo, se dieron otros cambios significativos como son: la determinación expresa de la apreciación parlamentaria de sus presupuestos constitucionales antes del juicio de mérito (artículo 62, § 5º); la aplicación a las medidas provisionales de la sistemática del régimen de urgencia de los proyectos de ley de iniciativa presidencial, del artículo 64, §§ 1º e 2º (artículo 62, §§ 6º y 8º); y la inclusión automática de las medidas provisionales en vigor en la pauta de las convocatorias extraordinarias del Congreso Nacional (nueva redacción del artículo 57, aumento del § 8º - artículo 1º de la enmienda).

Con la nueva redacción, ya no caben dudas en el sentido de que la Medida Provisional alterada por el Congreso Nacional depende, necesariamente, de la sanción del Presidente de la República para consolidarse como ley. En la hipótesis de veto perderá su eficacia *ex tunc*. Siendo parcial el veto, es decir, alcanzando el veto solamente los tópicos que habían sido modificados por el Congreso Nacional, se entiende que nada, en los tópicos en cuestión, subsistirá, ya sea la redacción

---

21.061996 (que establecía que solo se admitían proyectos de *Medida Provisória* que explicaran el estado de necesidad legislativa y la conveniencia de su edición. Definía el Estado de necesidad legislativo como aquel que “*caracteriza-se pela exigência ou indispensabilidade de tomada de providência de índole legislativa com efeito imediato sob pena de se verificarem prejuízos de ordem administrativa, econômica, social ou de segurança pública*”); Dec. 2.954, de 29.01.1999 (que limitaba las condiciones para la edición) e Dec. 4.176, de 28.03.2002 (que fija las reglas generales para su elaboración, tras la Enmienda 32/2001). Lo curioso es ver que incluso el legislador fascista ha intentado frenar la intensificación de los *Decreti-legge*, lo que hizo a través de la *Legge 129*, de 19.01.1939, tal y como dice VIESTI: “*Ma l'inflazione dei decreti-legge continuò e crebbe senza ritengo, tanto che lo stesso legislatore fascista si indusse a introdurre dei limiti oggettivi attraverso l'art. 18 della Lg. 19 gennaio 1939, n. 129 (istitutiva della camera dei Fasci e delle Corporazioni), che consentiva l'adozione di quelle ordinanze solo in stato di necessità per causa di guerra o per urgenti misure di carattere finanziario e quando le Commissioni legislative delle Camere non avessero adempiuto al loro compito entro un mese dalla presentazione dei disegni di legge*”. Sin embargo, se nota que tanto en Italia como en Brasil, a pesar de los intentos del propio Ejecutivo de auto-limitarse, la verdad es que siguieron con la misma práctica. En Italia, según VIESTI, los decretos-leyes han sido de gran importancia para las reformas post-fascismo: “*E poiché le necessarie riforme antifasciste non potevano ovviamente attuarsi con il concorso degli organi legislativi esistenti in quel momento, che erano espressione del regime debellato, il decreto-legge si rivelò l'unico strumento utilizzate*”. (Cf. *op. cit.* pp.27 y 28).

original, ya sea la alterada, es decir, se revigoriga la legislación antecedente a la Medida Provisoria.

Ha establecido importantes normas de transición de un régimen a otro, pero esto también provocó la eternización de algunas *medidas provisórias*. Y es que, según la regla prevista en el artículo 2º de la enmienda, llegaron a existir dos tipos de medidas provisionales en el ordenamiento jurídico brasileño, los cuales son: (I) las “provisionales permanentes”, que son las medidas ya editadas y vigentes cuando se da la promulgación de la enmienda y que continúan indeterminadamente vigentes hasta la deliberación definitiva del Congreso Nacional, o hasta su revocación expresa; (II) y las medidas **provisórias** adoptadas posteriormente a la promulgación y que están sometidas al nuevo reglamento previsto en la enmienda.

Las alteraciones introducidas por la Enmienda 32/2001 han provocado numerosas manifestaciones de la doctrina brasileña, tanto favorables<sup>685</sup> como contrarias<sup>686</sup> a las alteraciones. Lo cierto es que, tras cinco años de debates en el Congreso Nacional, la reforma constitucional llevada a cabo por la Enmienda 32 no vino a solucionar el problema del abuso en las ediciones y se han creado otros para el Congreso Nacional, impidiendo su actividad legislativa ordinaria, lo que cierra la puerta para la apreciación de cualquier otra deliberación legislativa. Por estos y otros motivos, se tramita nuevamente en el Congreso Nacional una propuesta de

685 A propósito VIEIRA afirma que toda la prensa brasileña ha recibido muy bien la edición de la EC 32/0, destacando en sus noticiarios que el Congreso Nacional había puesto freno a las *medidas provisórias* y que había retirado poderes al Presidente de la República, limitando el uso de las mismas. Sobre la corriente publicista que recibió la Enmienda con satisfacción, el autor destaca: “*Também foram bem recebidas as modificações da emenda entre muitos juristas, colhendo algumas manifestações de verdadeiro entusiasmo e exaltação: ‘A Reforma Constitucional anunciada... é bem-vinda e, tal como está, representará grande avanço e será elemento de pacificação social’* (SUZUKI, Anderson; DIAS, Fábio Marques; VIOLIN, Marco Antônio. *Constituição Federal e Medidas Provisórias*, in SOUZA, C.A.M. de. (Coord.) *Medidas Provisórias e Segurança Jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 34.); ‘*Promulgada a emenda que acaba com as reedições! Esta foi a solene proclamação que se ouviu atentamente, para regozijo da Nação e do povo...*’ (SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas Provisórias: Instrumento de Governabilidade*. São Paulo: NDJ, 2003. p. 97.); ‘*Parece que se pode afirmar com tranquilidade que, caso seja aprovada a proposta de Emenda Constitucional...estarão resolvidos a grande maioria dos graves problemas envolvendo as sucessivas edições e reedições de Medidas Provisórias...não deverão ser enfrentados mais problemas sérios com a edição de Medidas Provisórias.(sic)*’ (OLIVEIRA, Edson Freitas de. *Apud SUZUKI, A.; DIAS, F.M. e VIOLIN, M.A. Constituição Federal e...*, op. cit., p. 33.).” Podemos encontrar más citas en: VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias em Matéria Tributária: as Catilinares Brasileiras*. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica/SP(tese),1999, p. 204) y del mismo autor: *Bocage e as Medidas Provisórias: A emenda pior que o soneto*. Disponible en: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1735/1435> [última fecha de consulta: 11.03.09]

686 En ese sentido, afirman: “...apesar de alguns avanços periféricos, a Emenda Constitucional n.º 32 amplia ainda mais os poderes do Presidente da República... reflete um esboço de reação do Congresso Nacional, certo inconformismo com o uso abusivo que o Presidente da República tem feito das medidas provisórias... A intenção talvez fosse realmente... pôr cobro aos abusos. No entanto... é claríssimo que tal intenção não vingou... porque... a aludida Emenda Constitucional resolve pouco... traz poucas soluções e muitos outros problemas” (NIEBUHR, Joel de Menezes. *O Novo Regime Constitucional ... op. cit. passim*); “*O que se nota, prima facie, é que o constituinte derivado investiu-se das prerrogativas de constituinte originário e, sem a menor cerimônia, ‘reconstruiu’, a seu talante, a figura da medida provisória.*” (Cf. CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 18ª ed., revista e ampliada até a Emenda Constitucional n. 38/2002, São Paulo, Malheiros, 2002.p. 245.); “*Deveras, com tal emenda recebemos, ao invés da solução normativa desejada, novos surtos de problemas normativos; ao invés do remédio constitucional almejado, novos tremores de doença constitucional; ao invés da cura cívica cobijada, novas crises de moléstia cívica; ao invés do alívio cidadão ansiado, novas convulsões de enfermidade cidadã*”. (VIEIRA, José Roberto. *Bocage e as Medidas Provisórias: A emenda pior que o soneto*. Disponible en: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1735/1435>. [Última fecha de consulta: 11.03.09])

reforma constitucional. Se trata de la Propuesta de Enmienda Constitucional (PEC) nº 511/2006, que altera las reglas de tramitación de las medidas provisionales y cuyo principal cambio es el fin de la obstrucción de la pauta del Plenario por las MPs. Sin embargo, mientras no sea aprobada la nueva reforma constitucional, compararemos la versión original con la versión establecida por la Enmienda 32/2001:

Redacción original art. 62 de CRFB/88	Redacción de la Enmienda 32/2001
<p>Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.</p>	<p>Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)</p>
<p>Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.</p>	<p>§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>I – relativa a: <ul style="list-style-type: none"> <li>a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;</li> <li>b) direito penal, processual penal e processual civil;</li> <li>c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;</li> <li>d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;</li> </ul> </li> <li>II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;</li> <li>III – reservada a lei complementar;</li> <li>IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.</li> </ul> <p>§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.</p> <p>§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.</p> <p>§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.</p> <p>§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.</p> <p>§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação,</p>

*todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)*

*§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.*

*§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.*

*§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.*

*§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.*

*§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.*

*§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto*

## **5. LAS MEDIDAS PROVISÓRIAS BRASILEÑAS FRENTE A LOS DECRETOS-LEYES EN ITALIA, ESPAÑA Y PORTUGAL.**

Aunque en los países comparados esté previsto un trámite prioritario para los proyectos de ley del Gobierno considerados urgentes<sup>687</sup>, otra clase de urgencias legislativas llevaron a que el Constituyente viniera a prever la legislación de urgencia por parte del Ejecutivo, conforme a la configuración constitucional ya demostrada.

### **5.1. Medidas Provisórias y Decretos-leyes como “legislación de urgencia”**

Una vez demostrada la configuración constitucional en cada uno de los ordenamientos comparados, concluimos que la principal característica de las *medidas provisórias* y de los decretos-leyes es la de ser un acto con fuerza de ley que puede ser adoptado por el Gobierno o por el Consejo de Ministros en circunstancias extraordinarias, por lo que son considerados como “poderes legislativos de excepción”.

<sup>687</sup> En Italia véase el art. 72.2./CI; En Brasil (art. 64 §§ 1º y 2º/CRFB); En España, el procedimiento de urgencia se trata en el artículo 93 del Reglamento del Congreso de los Diputados. Siguiendo el ejemplo de Italia (art. 72.3) y España (art.75.2), la Constitución brasileña prevé la discusión y votación de proyectos de ley directamente por las Comisiones, independiente de la aprobación del Plenario, conforme previsión reglamentaria. (artículo 58, § 2º, I /CRFB)

En Portugal, a diferencia de los demás países, debido a una amplia competencia legislativa otorgada por la Constitución al Gobierno, no se admite que allí los poderes otorgados al Ejecutivo para dictar decretos-leyes puedan clasificarse como “de excepción” o como instrumentos de la legislación de urgencia.

Respecto a Brasil, se puede decir que la medida provisoria consubstancia un acto normativo primario general, editado por el Presidente de la República, situado en el proceso de elaboración normativa al lado de la ley.

No obstante, antes de comenzar la comparación, recordamos, una vez más, que la Enmienda Constitucional 32/2001 representa una división de las aguas en cuanto al instituto de la medida provisoria: hasta su promulgación, las medidas provisionales estuvieron sujetas a un dado régimen jurídico, originariamente introducido por la Asamblea Nacional Constituyente el 5 de octubre de 1988; desde la EC 32/2001, las medidas provisionales pasaron a obedecer a un nuevo y completamente distinto régimen jurídico. La comparación que haremos a continuación tendrá en cuenta el régimen jurídico introducido por la EC 32/ 2001, actualmente en vigor, aplicable a las medidas provisionales editadas desde su promulgación, aunque puntualmente pueda referirse al régimen anterior. Una vez más repetimos que, desde el 2006, se tramita por el Congreso Nacional una Propuesta de Enmienda Constitucional (PEC 511) cuyo objeto es el de dar una nueva configuración a las *medidas provisionales*.

Al igual que en Brasil, la configuración del decreto-ley en la Constitución Española reconoce la potestad legislativa (propia) del Gobierno, pero unida a algunas restricciones, que también existen en la actual configuración constitucional brasileña. Asimismo, de los dos supuestos constitucionales en los que el Gobierno puede dictar normas con rango de ley, la *medida provisória* o los decretos-leyes (español e italiano) constituyen la manifestación de una facultad propia del Ejecutivo, frente a las *leis delegadas* (Brasil) o los decretos legislativos (España e Italia) en que la facultad de legislar se ejerce por delegación de las Cortes para cada caso.

El régimen jurídico de la legislación de urgencia está asentado sobre tres grandes pilares<sup>688</sup>:

---

688 Un término muy parecido es la clasificación que deriva de la interpretación que el TC español ha dado al artículo 86 (Cf. entre otras, STC 29/1982, fundamento jurídico 1º, párrafo 1; STC 6/1983, F.J. 5, párrafo 1.º) donde se extraen 3 (tres) bloques definidos de requisitos esenciales: A) **Excepcionalidad** o ocurrencia de un caso de extraordinaria y urgente necesidad; B) **Limitación material**: los decretos-leyes “no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al derecho electoral general”; C) **Provisionalidad**, es decir “una disposición legislativa provisional” que debe ser sometida inmediatamente al Congreso de los Diputados para que se pronuncie **expresamente** sobre su convalidación o derogación, en el plazo de los 30 días siguientes a su promulgación. Según entiende el TC, esta triple delimitación del Decreto-ley deriva de su carácter de excepción a la potestad legislativa de las Cortes y, por ende, al principio de separación de poderes. Como señala la STC 29/1982, la Constitución ha adoptado “una solución flexible y matizada respecto del fenómeno del decreto-ley, que, por una parte, no lleva a su completa proscripción en aras del mantenimiento de una rígida separación de los poderes, ni se limita a permitirlo en forma totalmente excepcional en situaciones de necesidad absoluta, entendiendo por tales aquellas en que pueda existir un peligro inminente para el orden constitucional. Nuestra Constitución ha contemplado el decreto-ley como un instrumento normativo del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la sociedad actual, siempre que su utilización se realice bajo ciertas cautelas”.



A) **la exigencia de presupuestos habilitantes** tasados en términos muy estrictos, que se cifra en una necesidad de carácter extraordinario y urgente (que, como veremos, son de difícil verificación y control)

B) **la existencia de límites materiales** que ni siquiera en las circunstancias anteriores pueden ser invadidos por decretos con fuerza de ley del Gobierno. Se registra que estos límites materiales han sido introducidos por el Constituyente español, a diferencia del *decreto-legge* donde el Constituyente italiano no estableció expresamente en el texto tales límites. Del mismo modo, en Brasil, aunque el Constituyente originario los hubiese planteado, no fueron previstos en el texto original y solamente con la Enmienda 32/2001 pasaron a constar en el texto constitucional.

C) por último, **el reconocimiento de un doble mecanismo de control**: por el Parlamento en primera instancia, que puede ratificar o derogar la decisión gubernativa, y posteriormente por el Tribunal Constitucional. Aunque, como veremos, en un capítulo propio, estos controles no siempre son efectivos.

## 5.2 Decretos-leyes como legislación ordinaria:

En Portugal, donde la competencia del Gobierno para dictar actos legislativos no está clasificada como “excepcional” y ordinariamente se reconoce una amplia competencia legislativa del Gobierno para dictar decretos-leyes, vemos como la doctrina portuguesa<sup>689</sup> interpreta estas competencias que se suelen clasificar en tres tipos distintos:

A) **Competencia legislativa originaria e independiente.** Es la competencia para dictar actos legislativos en la forma de decretos-leyes originarios que no depende de la previa autorización del Legislativo. Se habla aquí de una competencia originaria porque el Gobierno puede (en concurrencia con la Asamblea de la República) dictar actos legislativos primarios, siempre que no se trate de materias reservadas a la Asamblea de la República. (*cf.* art. 198º/ 1ºa ).

B) **Competencia legislativa dependiente.** Aquí el Gobierno depende de la previa autorización para dictar los siguientes actos:

**B.1 Decretos-leyes autorizados:** En las materias tratadas en el artículo 165º/1 (*Reserva relativa de competência legislativa*) el Gobierno sólo podrá legislar después de ser autorizado por la Asamblea de la República. Estos decretos se equiparan a las Leyes delegadas brasileñas o a los decretos legislativos español e italiano. Según el artículo 165º/2 y siguientes, las leyes de autorización deben definir el objeto, sentido, extensión y duración de la autorización, que pueden ser prorrogadas, pero no pueden ser utilizadas más de una vez. La ley de autorización caduca con la dimisión del Gobierno, salvo si se trata de materia fiscal, caducando entonces al término del año económico respectivo.

**B.2 Decretos-leyes de “desenvolvimento”:** Respecto a las materias de competencia reservada a la Asamblea de la República (absoluta o relativa), cuando esta haya procedido a la fijación de los principios o de las bases generales de los regímenes jurídicos el Gobierno puede, concurrentemente, editar decretos-leyes de desarrollo sobre las mismas materias, aunque adentro de los cuadros planteados por la propia Asamblea de la República (cf. art. 198/1<sup>o</sup>c<sup>o</sup>)<sup>690</sup>. Estos decretos-leyes se equipararon a la capacidad reglamentaria que posee el Gobierno en los demás países.

**C) Capacidad exclusiva - reserva de decreto-ley:** En los términos del artículo 198<sup>o</sup>/2 el Gobierno posee competencia legislativa exclusiva con relación a materias que conciernen a su propia organización y funcionamiento. La doctrina entiende que se trata de una auténtica reserva de decreto-ley.<sup>691</sup>

Visto el caso portugués, que se distingue de los demás, pasamos a comparar los requisitos de admisibilidad de la **legislación de urgencia** en los ordenamientos jurídico-constitucionales de Brasil, España e Italia, donde sí poseen la misma naturaleza.

### 5.3. Presupuestos habilitantes de la legislación de urgencia

Brasil, España e Italia sí caracterizan los actos normativos estudiados como instrumentos de su “legislación de urgencia”. Así, en Brasil en los casos de “*relevância e urgência*”, en España en los casos de “extraordinaria y urgente necesidad” y en Italia en los “*casi straordinari di necessità e d'urgenza*” y, sólo en estos casos, es cuando se admiten poderes excepcionales al Gobierno para la legislación de urgencia.

La circunstancia de la previsión simultánea del término “extraordinario”, tanto en la Constitución española como en la italiana, condujo a que la doctrina de ambos países emprendiera grandes esfuerzos en el sentido de aclarar su significado frente a las cláusulas de “necesidad” y “urgencia”, llegando a una conclusión -mayoritaria- que tiende a considerar la “extraordinariedad” como una adjetivación reforzada, que recae sobre los presupuestos justificativos de “necesidad” y de “urgencia”<sup>692</sup>.

690 Según CANOTILHO, (*Direito Constitucional e Teoria. ... op. cit. p. 738*) es discutible si existe también competencia dependiente cuando el Gobierno emana decretos-leyes de desarrollo de leyes que se circunscriben a la definición de los principios y bases generales de los regímenes jurídicos pero fuera de la capacidad reservada a la Asamblea de la República.

691 “Esta reserva de decreto-lei, que um autor considerou como a “reserva mais reservada de competência legislativa” (Paulo Otero), abrange a tradicional “lei orgânica do Governo”, mas é duvidoso que nela caibam as chamadas “leis orgânicas dos Ministérios”.” (Cf. CANOTILHO, *op. cit. p. 738*).

692 En ese sentido, véase en Italia: PITRUZZELLA, *La legge di conversione...op. cit. p. 56*; En contra, VIESTI, *op. cit. p. 217-218* para quién: “la straordinarietà è una caratteristica **dell'evento** [la letra en negrita ha sido destacada expresamente para este caso] che si forma e si impone all'attenzione del Governo” y sigue diciendo que “straordinario è l'opposto de ordinario; ma non è nemmeno, necessariamente eccezionale (...). Per essere ancor più precisi, possiamo affermare che un caso è straordinario” quando no rientra tra quello già previsti e regolati dal diritto, perché se così fosse non occorrerebbe adottare un atto de produzione giuridica, ma sarebbe sufficiente applicare la legislazione già esistente. La straordinarietà che è un modo de essere della circostanza da regolare finisce con il diventare, mediante una significativa trasposizione concettuale dello stesso

En España, SANTOYALA MACHETTI<sup>693</sup>, al comentar los presupuestos habilitantes, concuerda como punto de partida con “la línea doctrinal que afirma que el concepto de “extraordinario” carece de valor autónomo con respecto a la “necesidad” y la “urgencia” que únicamente sirve para recalcar el carácter “no normal” de esta forma de producción normativa, precisamente definida por su “necesidad” y por su “urgencia”<sup>694</sup>.

Sin embargo, ni el artículo 77 de la Constitución Italiana, ni el artículo 86 de la Constitución Española definieron en qué consisten los casos de “necesidad” y “urgencia”, motivo por el cual una parte de la doctrina los clasificó como conceptos jurídicos indeterminados<sup>695</sup>. “Estamos, pues, ante un supuesto típico de concepto jurídico indeterminado o, mejor constitucionalmente indeterminado y no ante una pretendida facultad discrecional en el Gobierno para determinar si se dan o no tales presupuestos. Concepto indeterminado pero determinable en cada caso con un margen mayor o menor de exactitud, pero que excluye, de todos los modos, los supuestos de clara arbitrariedad”<sup>696</sup>. La cuestión no es unánime en ninguno de los países comparados<sup>697</sup>.

Hay que anotar que en Italia la Corte Constitucional considera la extraordinariedad, la necesidad y la urgencia como un requisito único. La doctrina, que parte de esta concepción unitaria de los presupuestos habilitantes, discrepa sobre el elemento nuclear de la forma en que un sector entiende que el elemento determinante es la urgencia y la necesidad, lo que no vendría a reducir los límites

*provvedimento legislativo”.*

693 *Op.cit.* p. 105.

694 *Cf.* en la doctrina española: SANCHEZ DE VEGA. *En qué casos puede el Gobierno...op. cit.* p. 13. Véase, también, en un sentido más desarrollado acerca del problema interpretativo sobre el carácter de “extraordinario”: CARMONA CONTRERAS. *La configuración...op.cit.* p. 76 a 86.

695 “Esta característica se deduce a partir de la constatación del hecho evidente de que la mayoría de los conceptos y términos a los que recurre el derecho pertenecen al lenguaje ordinario y no a un ámbito lingüístico estrictamente técnico-jurídico. Ello dificulta notablemente el proceso de definición y concreción rigurosa de los mismos, permitiendo un notable margen de discrecionalidad a la hora de su interpretación”. CARMONA CONTRERAS, Ana M. “Algunas reflexiones sobre la urgente necesidad”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. 96. Abril-Junio 1997, p. 259.

696 *Cf.* SALAS. *Los decretos-leyes...op. cit.* p.30. Para un amplio análisis de la “urgencia” como concepto jurídico indeterminado y susceptible -o no- de ser fiscalizado y si se trata -o no- de acto discrecional bastando solo la voluntad del Gobierno para que lo sea, o si se trata de circunstancias objetivas y controlables véase SANTOLAYA (*op. cit.* pp 121 a 131) donde dice: “Como conclusión podemos afirmar que la “extraordinaria y urgente necesidad”, tal como ha sido definida por nuestra Jurisprudencia, no puede ser considerada probablemente ni como “supuesto típico de concepto jurídico indeterminado”. (García de Enterría/T.R. Fernández, ni tampoco como una “potestad discrecional” (Pérez Royo). Nos encontramos ante una situación intermedia, a la que quizás se pudiera aplicar el rótulo de “concepto jurídico indeterminado” si realizamos de él una interpretación “no administrativista”, es decir, si partimos de que se trata de un acto producido con una específica habilitación constitucional, proveniente del órgano dotado de la misión de definir la política general y controlado por el que representa la soberanía popular”. *Cf.* CARMONA CONTRERAS (*La configuración...op. cit.* pp 62 a 75).

697 En Brasil no es distinto. Gran parte de la doctrina no acepta que los presupuestos sean conceptos indeterminados dependientes solamente de la discrecionalidad del Presidente: “*Se relevância e urgência fossem noções só aferíveis concretamente pelo Presidente da República, em juízo discricionário incontestável, o delineamento e a extensão da competência para produzir tais medidas não decorreriam da Constituição, mas da vontade do Presidente, pois teriam o âmbito que o Chefe do Executivo lhes quisesse dar. Assim, ao invés de estar limitado por um círculo de poderes estabelecido pelo Direito, ele é quem decidiria sua própria esfera competencial na matéria, idéia antinômica a tudo que resulta do Estado de Direito*”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002).

del poder del Gobierno, y otra parte de la doctrina afirma ser la necesidad el elemento nuclear donde la urgencia constituiría solamente una forma de ser<sup>698</sup>.

Dicha discrepancia provocó el surgimiento de dos corrientes sobre el que debería ser el concepto jurídico-constitucional de los presupuestos habilitantes: una atribuye una **concepción subjetiva** a los presupuestos habilitantes, remitiendo al campo de la valoración política la existencia -o no- de dichos presupuestos<sup>699</sup>. Entonces, la existencia de casos extraordinarios de necesidad y urgencia se deja a discreción del Gobierno, que es quien ha asumido la responsabilidad:

*Progressivamente tuttavia, la nozione della necessità e dell'urgenza si è venuta dilatando fino al punto di trasformare questo presupposto in una semplice valutazione di opportunità politica e l'impiego del decreto legge si è steso a casi nei quali l'urgenza non deriva da ragioni obiettive, ma soltanto dall'intento di realizzare un certo progetto di riforma legislativa più rapidamente (o più energicamente) di quanto sarebbe possibile per le vie ordinarie<sup>700</sup>.*

Sin embargo, la inflación de los decretos-leyes condujo a que más recientemente la doctrina italiana pasara a defender el control de la configuración -o no- de la existencia de los presupuestos habilitantes a la luz de criterios **objetivos**<sup>701</sup>.

En este sentido, el Parlamento italiano intentó aprobar una ley que, expresamente, dispusiera sobre una motivación objetiva de los presupuestos de necesidad y urgencia. Se trata de la *Legge 23-08-1998 n. 400* que en esta parte fue rechazada, lo que, según PITRUZZELLA<sup>702</sup>, resultó en un fortalecimiento de la doctrina que defiende la naturaleza subjetiva de los presupuestos habilitantes. No obstante, la misma ley, en el artículo 15, parece haber logrado un éxito al introducir algunos otros criterios objetivos a la legislación de urgencia. Establece lo siguiente:

*Art. 15 Decreti-legge*

*1. I provvedimenti provvisori con forza di legge ordinaria adottati ai sensi dell'articolo 77 della Costituzione sono presentati per l'emanazione al Presidente della Repubblica con la denominazione di "decreto-legge" e con l'indicazione, nel preambolo, delle circostanze straordinarie di necessità e di urgenza che ne giustificano l'adozione, nonché dell'avvenuta deliberazione del Consiglio dei Ministri. [negrita nuestra ]<sup>703</sup>*

698 Asimismo, en España, el alcance de estos conceptos, tanto en su consideración conjunta, como en su análisis por separado, ha sido objeto de distintos estudios doctrinales que, igualmente, divergen enfatizando uno de sus elementos con respecto a los demás. En Brasil la divergencia ha sido respecto de la expresión “*relevância “e” urgência*”, pues para algunos la conjunción “e” tiene valor aditivo y por lo tanto exige la presencia concomitante de ambos presupuestos habilitantes.

699 En este sentido, RODRÍGUEZ, María. “Artículo 77” en: CRISAFULLI, Vezio; PALADÍN, Livio. (dir) *Commentario breve alla Costituzione*. Padova: Cedam, 1990, p. 477. En el mismo sentido, ESPOSITO. *Decreto-legge...op. cit.* p. 835. Para estos autores la necesidad no sería objetivamente determinable y por esto no poseería carácter absoluto, pero sí relativo, es decir, dependiente de una valoración política.

700 PIZZORUSSO, Alessandro. *Manuale di istituzione di diritto pubblico*. Napoli: Jovene, 1997, p. 435-436.

701 Cf. RODRIGUÉZ (*Articolo 77... op. cit.* p. 477).

702 *La legge di conversione del decreto legge. op. cit.*, p.181.

703 En España, las circunstancias de urgencia y necesidad, aunque puedan ser apreciadas en el Gobierno con un "razonable margen de discrecionalidad", deben, no obstante, hacerse explícitas a la definición de su concurrencia (lo que se hace habitualmente en el preámbulo del decreto-ley), y no autorizan para incluir disposiciones que no guarden relación con la situación que se trata de afrontar o no modifiquen de forma instantánea la situación jurídica existente. Aunque la presencia de los presupuestos siempre deba ser justificada,

(...)

3. I decreti devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo.

Todavía encontramos en la doctrina italiana la discordancia existente entre una corriente que atribuye a la urgencia y a la necesidad un contenido independiente del contenido material de la medida (*urgenza di provvedere*), y otra que relaciona la necesidad y la urgencia concreta y directamente con el contenido de los decretos-leyes (*urgenza del provvedimento*), como exigencia improrrogable de determinar una modificación en el mundo jurídico por medio de la vía normativa primaria.

La urgente necesidad de intervenir normativamente, independiente del contenido normativo del acto (*urgenza di provvedere*), es la corriente mayoritaria en la doctrina italiana<sup>704</sup>. Se refiere únicamente a la inmediata necesidad de actuar jurídicamente como exigencia de una súbita respuesta normativa, es decir, la urgencia sería solo para la adopción de medidas y no para las medidas en sí mismas. De esta forma, se admite que una vez atendida la necesidad normativa sus efectos puedan variar en el tiempo, tanto para dilatarse como incluso para retroceder<sup>705</sup>.

*Si potrebbe soltanto affermare che l'urgenza del provvedere propria dell'istituto, dovrebbe implicare un deroga all'art. 73,III<sup>706</sup> comma della costituzione, con la*

---

aún así SANTOLAYA MACHETTI cita casos de decretos-leyes cuya exposición de motivos es inexistente: “A pesar de ello, no han faltado Decretos-leyes, como el 13/194, de 13 de diciembre, que carecen totalmente de exposición de motivos, e incluso, lo que es aún más llamativo, se han producido casos en los que ningún Ministro del Gobierno ha presentado el Decreto ante el Congreso en el acto de convalidación, no explicando, por tanto, los argumentos del Gobierno en relación con esta medida” (*op. cit.* p. 129). En Brasil, los presupuestos de urgencia y relevancia deben ser justificados en la fase de la elaboración del proyecto de *Medida Provisória* dentro del propio Ejecutivo. En ese sentido, el Decreto 4.176/2002 dispone en el artículo 39 que: “*Os projetos de medida provisória somente serão apreciados pela Presidência da República quando devidamente demonstradas a relevância e a urgência da matéria objeto da proposta*” cuya demostración se hace a través de la exposición de motivos, como ya establecía el Decreto 1.937 en el artículo 23: “*Os projetos de medida provisória deverão observar, na sua elaboração, a orientação constante do Anexo I a este Decreto, e serão encaminhados à Casa Civil da Presidência da República mediante exposição de motivos da autoridade proponente, que deverá explicitar o estado de necessidade legislativo e a conveniência da edição da medida, observado o mesmo procedimento disposto no art. 16*”.

704 Entre otros la admiten: BERTI, CAZZOLA, DI CIOLO, ESPOSITO, PALADIN, MANZELLA, SORRENTINO, ZAGREBELSK. La crítica RAVERAIRA, M. *Necessità ed urgenza dei decreto-legge e legge di conversione*. GC, I, 1979.

705 Ejemplos en Italia de *decreti-legge* con efectos retroactivos los encontramos en el *Decreto-legge 12-II-73* y en el *Decreto-legge 11-VIII-195*, que, respectivamente, otorgaban beneficios a las víctimas del terremoto de Sicilia en 1968 y a los afectados por la epidemia de cólera en la Región de Campania en 1973. En España, el Decreto-ley 9/1984, del 13 de julio establecía retribuciones a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad con efectos retroactivos al 1º de enero de aquel mismo año. En cuanto a los efectos futuros, se puede ver el caso del Decreto-ley 14/1981 que establecía su entrada en vigor sólo después de 2 meses desde su publicación. Cf. SANTOYALA MACHETTI, *el régimen...* *op. cit.* p. 117 a 119. En Brasil, la MP 130 del 13 de Septiembre del 2003 autorizaba descuentos en el pago de los trabajadores (cuando estuvieran previstos en el contrato) de prestaciones de hipotecas y otros préstamos y financiamientos. Sin embargo, remitía al reglamento del propio Ejecutivo, es decir, no tuvo aplicación inmediata. De todas formas, cabe decir que la EC 32/2001 creó una posibilidad de edición de MP diferida en el tiempo al establecer que la institución o el aumento de determinados impuestos solamente producirá efectos en el siguiente año financiero y aún así sólo en el caso de haber sido convertida en ley antes del último día del año en que fue editada. (Cf. parágrafo 2º del artículo 62).

706 El artículo 73.3 de la CI establece lo siguiente: “*Le leggi sono pubblicate subito dopo la promulgazione ed entrano in vigore il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione, salvo che le leggi stesse stabiliscano un termine diverso.*”

*conseguenza che i decreti legge, anche se nulla statuisce al riguardo l'art. 77, entrano in vigore immediatamente dopo la loro pubblicazione, salvo che sia disposto diversamente*<sup>707</sup>.

La corriente que adopta la “*urgenza del provvedimento*”<sup>708</sup> considera como marco inicial para la verificación de la urgencia en el mismo momento de la emisión de los decretos-leyes, ocasión en la cual se legitimaría el recurso a él mismo y sería su elemento permanente de validez, lo que significa afirmar que su vigencia temporal estaría limitada a las disposiciones creadas y, una vez extinguida y superada la situación de urgente necesidad, la consecuencia sería el agotamiento de su vigencia<sup>709</sup>.

Resaltamos la doctrina elaborada por ESPOSITO<sup>710</sup>, adoptada por el Tribunal Constitucional Español (STC 6/1983), que distingue los conceptos de **necesidad absoluta** y **necesidad relativa** a partir de una pretendida interpretación sistemática de la Constitución. Parece que el objetivo de la distinción es evitar la confusión entre los presupuestos habilitantes de los decretos-leyes (necesidad relativa) y el grave peligro para el sistema constitucional o el orden público a que se refieren las situaciones previstas en el artículo 116 de la Constitución Española, en el art. 136 y siguientes de la Constitución Brasileña y en el artículo 78 de la Constitución Italiana (necesidad absoluta).

De esta forma, la necesidad relativa incluiría tan sólo situaciones concretas de desarrollo de programas y acciones del Gobierno que, por sí mismas, no implican un peligro para el orden constitucional y cuya individualización se lleva a cabo atendiendo, fundamentalmente, a un factor concreto: la urgencia temporal<sup>711</sup>.

Por su parte, la necesidad absoluta se trataría únicamente en los casos extraordinarios de excepción y emergencia previstos en el artículo 116/CE, 126 y siguientes de la CRFB o 78/CI, en los cuales no existe la posibilidad de recurrir a los mecanismos ordinarios de legislación. “Serían supuestos de salvación estatal, de tutela última del orden público, de conservación de los bienes y valores fundamentales constitucionales”<sup>712</sup>.

707 PITRUZZELLA. *La legge di conversione...op. cit.* p. 182.

708 CARMONA CONTRERAS informa que en España mantiene una postura favorable a esta tesis GARCÍA DE ENTERRÍA/T.R. FERNADÉZ (*op. cit.* p. 162), así como S. ALBELLA: “Las cortes generales y el Decreto-ley”, en AA.VV.: Las cortes generales, vol. I, I.E.F., Madrid, 1987, pág. 465; En Italia véanse, G. U. RESCICNO: “Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza”. *Novissimo Digesto italiano*, VolXII *italiano* p. 101; C. ESPOSITO: *op. cit.*, pág. 844.

709 Merece ser recogida la crítica realizada por CONTRERAS sobre la confusión que hace esta corriente entre el elemento de **validez** de una norma con su **vigencia** (*cf. La configuración... op. cit.* p. 124 y ss) y antes, la objeción crítica que hace del que el TC ha llamado como *inconstitucionalidad sobrevinida* por la falta de adecuación entre la situación habilitante y la normativa producida en los casos expresados en la STC 6/83, FJ 7. (*Cf. La configuración... p. 122 y ss*).

710 C. ESPOSITO: “Decreto-legge”, en *Enciclopedia del Diritto. op.cit.*, pp. 834-835. Y radicalmente en contra de esta teoría véase M. RAVERAIRA, “*Necessità e urgenza dei decreti-legge e legge di conversione*”, en *Giur. Cost.*, 1986. pp.1449-1450.

711 El TC español ha definido “como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes” (STC 6/1983).

712 *Cf.* CARMONA CONTRERAS (*la configuración...op. cit.* p.99-104) para quién no parece aceptable referirse a necesidades absolutas y relativas, contraponiendo situaciones de excepción-emergencia y otras

### 5.3.1. “*Relevância e urgência*”. El caso brasileño.

La Constitución brasileña optó por adoptar una expresión de lingüística simplificada. Al no cargar los presupuestos habilitantes con la adjetivación “extraordinaria” vino a prevenir eventuales problemas de interpretación de sus contenidos, lo que sí ocurrió en Italia y España<sup>713</sup>.

Ya cuando optó por introducir la “relevancia” como presupuesto -y no la necesidad- el Constituyente quiso mostrar que la necesidad (que siempre se considera existente) no era absoluta, sino tan solo relativa. Sin embargo, aunque no sea la corriente mayoritaria, hay quienes discrepan fundamentalmente de esta tesis, como FERREIRA FILHO, que afirma:

*A meu ver, fora de circunstâncias manifestadamente excepcionais, como as graves crises: guerra, insurreição, crise econômica financeira, descabem 'medidas provisórias' ou 'decretos-leis', ou regras legisladas pelo executivo, seja qual for o nome que tenham, 'exceto as leis delegadas' pois nesse caso haverá a prévia autorização do legislativo*<sup>714</sup>.

Si prevaleciera tal pensamiento, casi la totalidad de las medidas provisionales editadas en Brasil no pasarían el control de constitucionalidad. Lo que se admite en Brasil (a ejemplo de Italia y España) es un concepto relativo de necesidad, separado de aquel matiz catastrófico o de inminente amenaza a las instituciones.

Siempre inspirada en la doctrina constitucional de España e Italia, la corriente que prevalece es más bien flexible y defiende que el Estado contemporáneo abriga relaciones socio-económicas de una complejidad mucho mayor que las que se conocían en el mundo liberal. Hoy por hoy, además de las situaciones de los arquetipos necesidad y urgencia, coexisten con ellas otras en grados e intensidad variados. Así, al contrario que las situaciones constitucionales de carácter extraordinario (establecidas en los artículos 136 y 137 de la Constitución brasileña), los presupuestos (habilitantes) constitucionales tratados por el artículo 62 se refieren a situaciones de plena normalidad constitucional e institucional.

Las causas justificativas estarán siempre relacionadas con el advenimiento del Estado social, de índole intervencionista, siempre llamado a dar respuestas rápidas y eficaces a las diversas crisis estructurales provocadas por las oscilaciones ocurridas en el plano socio-económico. Para enfrentar estas crisis, es necesario que la Constitución abrigue procedimientos normativos alternativos distintos del procedimiento parlamentario ordinario:

---

simplemente no ordinarias, como condiciones que excluyen o permiten el recurso al decreto-ley, sobre todo cuando ya la propia Constitución ha procedido a diferenciar tales circunstancias claramente, situándolas en planos ontológica y jurídicamente distintos (Cf. *op. cit.* pp. 99-104). En el mismo sentido crítico, véase también a CRUZ VILLALÓN, para quién la teoría de la necesidad relativa constituye un serio peligro para el equilibrio del sistema parlamentario. (Cf. *El estado de sitio en la....op. cit.* pp. 148-149).

713 Sin embargo, debemos decir que se dieron intentos de introducir la adjetivación en la Constitución. En enero del 2000, el Diputado Miro Teixeira presentó la siguiente propuesta (no aprobada) a la Reforma Constitucional que entonces se elaboraba: “*A edição de medida provisória deverá pressupor a ocorrência de caso extraordinário, onde a necessidade e a urgência exijam providências imediatas*”. Cf. *Diário da Câmara dos Deputados*, 26.04.2000, p. 19.161.

714 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “A Disciplina Constitucional das Crises Financeiras”. *RDA*. Rio de Janeiro: FGV, jul-dez, 1990, p. 35.

*Quando alcuni decenni fa, in base alla ideologia liberal-democratica, i compiti dello Stato erano limitati essenzialmente ad assicurare l'ordine pubblico all'interno e la sicurezza ai confini del paese, la situazione di urgente necessità di intervenire con atti legislativi era evidentemente collegata soltanto ad eventi quali la guerra, le calamità naturali, gli impellenti bisogni finanziari, e simile circostanze.*

*Ma allorché, sulla spinta di nuovi presupposti ideologici, i compiti dello Stato si sono accresciuti, e l'intervento si è fatto ogni giorno più massiccio, la stessa necessità ed urgenza ha assunto, accanto a quella tradizionale, nuovi possibili contenuti, così da suggerire e giustificare il ricorso alla decretazione legislativa di urgenza, per disciplinare le materie e rapporti che nei decenni addietro non conoscevano (proprio perché non abbisognavano) siffatte forme di regolamentare.<sup>715</sup>*

De esta forma, si por un lado las demandas sociales se caracterizan como punto de partida para la necesidad de creación de la norma jurídica primaria, por otro lado, en el plan institucional de poderes públicos calificados para dar dichas respuestas exigidas por las demandas sociales sería el Ejecutivo el que, por su propia estructura organizativa, se presentaría como el Poder más apto para desempeñar dichas tareas.

Sin embargo, la doctrina se divide entre los que admiten la edición de medidas provisionales **también** para atender a los casos excepcionales previstos en los artículos 136 a 149 (*Título V -Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas*) y aquellos que no lo admiten en ninguna hipótesis.

La corriente que no admite la edición de *medidas provisórias* para casos como el de declaración del *Estado de Defesa* o *Estado de Sítio* defiende que el Ejecutivo no puede emitir actos normativos primarios que tengan relación con la extraordinariedad o expeccionalidad constitucional, ya que los presupuestos habilitantes para la edición de estos actos son considerados dentro del plan de normalidad constitucional (necesidad relativa). Así, para atender a estas situaciones excepcionales en el plan de extraordinariedad constitucional, el Gobierno debe utilizar los Decretos Presidenciales, que incluso prescinden de la conversión en Ley o de ratificación por el Parlamento.

A nuestro juicio, la razón está en la segunda vertiente doctrinaria, ya que la Constitución, en estos casos, establece un procedimiento distinto para la actuación del Congreso Nacional, el cual debe manifestarse en un plazo mucho más breve que aquel previsto para el análisis de las medidas provisionales, es decir, el Gobierno sólo podrá decretar el *Estado de Sítio* mediante previa autorización del Congreso Nacional (artículo 137). Para que subsista el *Estado de Defesa*, el Congreso Nacional debe manifestarse en el plazo máximo de 24 horas, decidiendo por mayoría absoluta (§ 4º, artículo 136). Es así como no hay necesidad de que el Congreso Nacional convierta en ley o ratifique una situación que ya ha sido previamente analizada y autorizada por el mismo.

No obstante, aunque la declaración del *Estado de Defesa* o de *Sítio* sea realizada por un instrumento distinto al de la medida provisoria (Decreto Presidencial autónomo), esto no excluye que para atender a estos casos excepcionales no puedan ser tomadas determinadas providencias por medio de



*medidas provisórias*, porque así lo establece la propia Constitución<sup>716</sup>.

Ahora bien, aunque el presupuesto de “relevancia” no comporte grandes indagaciones jurídicas hay quién entiende que él, por sí solo, no produce “energía jurídica” capaz de autorizar al Gobierno a actuar normativamente. Así, el énfasis estaría puesto en el presupuesto de la “urgencia”. Por nuestra parte, aunque entendamos que “**todo**” el procedimiento legislativo debe ser considerado relevante (ya que no es posible concebir que el Legislativo –al igual que los demás Poderes– esté mantenido con el dinero público para deliberaciones “irrelevantes”) y que el presupuesto *relevância* está dotado de gran subjetividad, pensamos que la discusión es inútil, porque la Constitución exige la concurrencia de los dos requisitos, puesto que habla de “*relevância e urgência*”. Así, como la conjunción “**e**” posee un valor aditivo, aunque pudiera ser cierto que el énfasis estuviera puesto en el presupuesto de la urgencia esta no podría ser considerada por separado si el caso no fuera también relevante. Así, al exigir la presencia de ambos presupuestos, lo que dijo el Constituyente es que la relevancia tiene que ser expresamente demostrada.

Fue el binomio **relevancia-urgencia** el que ha sido elegido por el Constituyente como la única situación que autoriza la edición de medidas provisionarias. Entonces, la falta de uno de los presupuestos invalida e ilegítima las *Medidas Provisórias*, que de esta forma se convertirían en un instrumento de arbitrio y fuerza contrario a la Democracia.

Para efectos de verificación de los presupuestos, debe ser entendido que el Constituyente, al elegir la relevancia como requisito, pretendió atribuir una calidad especial a la naturaleza del interés de ser regulado. Por esto sería correcto afirmar que solamente en los “casos graves o anormales” estaría justificada la edición de *medidas provisórias*, pero además dicho interés tiene que ser urgente, entendida esta urgencia como algo que no pueda aguardar el transcurso del tiempo, bajo pena de que el beneficio pretendido se vuelva inalcanzable o que se consume el daño que se pretendiera evitar<sup>717</sup>.

Sin embargo, debemos reconocer que, como en España o Italia, la caracterización objetiva de estos presupuestos no es una tarea sencilla de realizar, aunque la doctrina se haya esforzado en este sentido. Para MENEZES NIEBUHR<sup>718</sup>, “*os conceitos de relevância e urgência remetem o intérprete diretamente a situações fáticas determinadas. Não há relevância e urgência em abstrato, sem o correspondente suporte fático. Tais conceitos só são aferíveis mediante o perigo ou a ocorrência de algo que precisa ser palpável*”.

La relevancia está relacionada doctrinariamente con la noción de “gravedad”. Véase como ejemplo la definición que hace BERGMANN ÀVILA fundamentada en la doctrina francesa. Para él se trataría la relevancia de la “*preservação da ordem*

716 Véase el párrafo 3º del artículo 167, que hace referencia directa al artículo 62 que trata de las medidas provisionarias: “§ 3º - *A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62*”.

717 En ese sentido, véase: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

718 MENEZES NIEBUHR, Joel. *O Novo Regime ...op. cit.* p. 92-93.

*pública e da continuidade do serviço público. E que a situação que serve de base à situação estatal deve envolver gravidade, não estando dentro dos riscos normais e suportáveis para a vida em comunidade*<sup>719</sup>.

También:

*No que concerne à medida provisória, a relevância há de ser tal que a não adoção do ato normativo governamental poderá resultar em grave comprometimento da ordem pública; há de estar atrelada a uma necessidade social e pública irrefutável.*<sup>720</sup>

La expresión *urgente*, a su vez, está más relacionada con una idea de tiempo. Se corresponde con aquello que no se puede posponer, que es inminente:

*assinala o estado das coisas que se devam fazer imediatamente, por imperiosa necessidade, e para que se evitem males, ou perdas, conseqüentes de maiores delongas ou protelações*<sup>721</sup>.

También expresa una idea de necesidad, pero calificada por el tiempo exigido para su satisfacción. Es aquello que no se puede postergar. Al igual que en España e Italia, no hay discusión entre la doctrina brasileña sobre que no habrá urgencia:

1. Si la materia puede esperar el trámite legislativo de régimen de urgencia previsto en los párrafos 2º y 3º del art. 62.

*(...) "A medida provisória só é adotada em último caso, nas hipóteses em que os demais procedimentos especiais previstos na Constituição Federal, a saber, projeto de lei de iniciativa do Presidente da República com solicitação de urgência e lei delegada, não forem suficientes para dar resposta adequada à relevante situação fática que se apresenta"*<sup>722</sup>.

2. Aunque la opinión no sea unánime, hay una corriente doctrinal que no admite la edición de medidas provisionales si la materia puede quedar diferida en el tiempo<sup>723</sup>, como en el caso de que se prevea una *vacatio* superior al propio plazo de eficacia de la medida.

719 BERGMANN ÁVILA. *op. cit.* p.35

720 MANSO SEQUEIRA OVIDIO RODRIGUES, Ana Cláudia. "A medida provisória e seu controle abstrato de constitucionalidade". *Estudos de Direito Público*. Brasília: Brasília Jurídica e UNB, 2000, p. 118.

721 FIGUEIREDO, Marcelo. *A medida provisória na Constituição*. São Paulo: Atlas, 1991.137 p. 24.

722 MENEZES NIEBUHR. *O Novo Regime Constitucional... op.cit.*, p. 94.

723 Se confirma la reflexión de MENEZES NIEBUHR: "*A medida provisória, conforme já assinalado, reveste-se de eficácia imediata, justamente para responder à situação que reclama providência urgente, havendo verdadeiro perigo de prejuízo e gravame de monta caso o Estado não produza normas também imediatamente.*" (*op. cit.* p. 116). Y la opinión de BARROS CARVALHO: "*As medidas provisórias constituem inovação da Carta de 1988. Sob o ângulo político, diríamos que vieram compensar a União pelo desaparecimento do decreto-lei. Seu perfil jurídico, não obstante, é diverso. Bem que subordinadas aos pressupostos de relevância e urgência, são expedidas pelo Presidente da República e irradiam, de pronto, todos os efeitos para os quais estão preordenadas. (...). Pode-se afirmar, por isso mesmo, que é traço imanente à fisionomia jurídica da entidade o entrar em vigor imediatamente quando publicada. Abriga uma contradição de ordem semântica cogitar de medida provisória publicada, mas com prazo inicial de vigência fixado para tempo posterior. E a urgência?*". Cf. BARROS CARVALHO, Paulo de. "Medidas Provisórias". *Revista de Direito Público*. São Paulo, RT, n.96, p. 143-147, out./dez. 1990. [letra en negrita resaltada expresamente para este caso]

A pesar de este entendimiento, se resalta la permisión contenida en el párrafo 2º del artículo 62<sup>724</sup> que llevó a que la doctrina hablara de otra clase de *medidas provisórias* desprovistas de efecto, es decir, solo producirá efecto la eventual ley de conversión<sup>725</sup>. Por esto, concluyen que la Constitución hubiera dispensado el presupuesto de urgencia en este preciso caso<sup>726</sup>.

Igualmente, destacamos que en los tres países comparados (Brasil, España e Italia) se admite el control parlamentario de los presupuestos habilitantes. La Constitución Brasileña (EC 32/2001) determinó un control previo de los presupuestos de *relevância e urgência*, estableciendo en el art. 62 acrecentado del § 5º que la “deliberación de cada una de las casas del Congreso Nacional, sobre el mérito de las medidas provisionales, dependerá del juicio previo sobre el atendimiento de sus presupuestos constitucionales”<sup>727</sup>. En Italia, una previsión parecida consta del artículo 96-bis<sup>728</sup> del Reglamento de la Cámara de los Diputados aprobado el 18 de enero de 1971 y publicado el 01.03.71 en la *Gazzetta Ufficiale nº 53* y posteriores modificaciones.

En lo que respecta al control jurisdiccional, Brasil pasa de la fase en la cual entendía que la apreciación de la concurrencia de los presupuestos habilitantes es un “juicio puramente político” del Gobierno para, a la postre, seguir los pasos de lo que decidió en España el Tribunal Constitucional en la STC 29/1987, admitiendo el control por el STF en los “supuestos de uso abusivo o arbitrario”, conforme veremos en el capítulo cuatro.

Anticipamos, sin embargo, que en Brasil, el STF, aún en la época del decreto-

724 Cuya redacción es la siguiente: “§ 2º *Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada*” [letra en negrita resaltada expresamente para este caso].

725 AMARAL JUNIOR *Medida Provisória ... op. cit.* p. 234, verbis: “*Note-se: a medida provisória em tais hipóteses, jamais produzirá efeitos, mas apenas e tão somente a sua eventual lei de conversão*”.

726 *Idem, ibidem* p. 234, que cita José Afonso da Silva: “*Não se proibem, como se notou, medidas provisórias sobre matéria tributária, mas se estatui que se a medida implicar instituição ou majoração de impostos, salvo os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada (art. 62, § 2º). Essa situação prova falta do pressuposto de urgência, mas assim mesmo a Constituição permite a medida*” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 530) [letra en negrita resaltada expresamente para este caso].

727 No obstante, aunque en Brasil la Constitución establezca expresamente que cabe al Legislativo el examen previo de los presupuestos constitucionales de las medidas provisionales, la literatura al respecto es todavía pequeña. En Italia se puede consultar BERTOLINI, G.. “*Conversione dei decreti legge e controllo parlamentare al Senato*” en *Quaderni Costituzionale*, 1982, nº. 2, pp. 449 e ss. Ya en España véase TUR ALSINA, Rosario. *El control parlamentario de los Decretos-leyes*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

728 Veamos su redacción: “1. *Il Presidente della Camera assegna i disegni di legge di conversione dei decreti-legge alle Commissioni competenti, in sede referente, il giorno stesso della loro presentazione o trasmissione alla Camera e ne dà notizia all'Assemblea nello stesso giorno o nella prima seduta successiva, da convocarsi anche appositamente nel termine di cinque giorni dalla presentazione, ai sensi del secondo comma dell'articolo 77 della Costituzione. La proposta di diversa assegnazione, ai sensi del comma 1 dell'articolo 72, deve essere formulata all'atto dell'annuncio dell'assegnazione e l'Assemblea delibera per alzata di mano, sentiti un oratore contro e uno a favore per non più di cinque minuti ciascuno. I disegni di legge di cui al presente articolo sono altresì assegnati al Comitato per la legislazione di cui all'articolo 16-bis, che, nel termine di cinque giorni, esprime parere alle Commissioni competenti, anche proponendo la soppressione delle disposizioni del decreto-legge che contrastino con le regole sulla specificità e omogeneità e sui limiti di contenuto dei decreti-legge, previste dalla vigente legislazione*”.

ley de la Constitución de 67/69, sedimentó la interpretación de que los presupuestos de relevancia y urgencia no deberían de ser apreciados por aquella Corte Constitucional toda vez que se trataba de criterios políticos:

*A apreciação da 'urgência' ou 'interesse público relevante' assume caráter político: é urgente ou relevante o que o Presidente entender como tal, ressalvado que o Congresso pode chegar a julgamento de valor contrário, para rejeitar o decreto-lei. Destarte, não pode haver revisão judicial desses dois aspectos entregues ao discricionarismo do Executivo, que sofrerá apenas correção pelo discricionarismo do Congresso'.<sup>729</sup>*

No obstante, la doctrina, de una forma o de otra, siempre se rebeló contra la apreciación discrecional del Presidente para decidir sólo sobre la existencia de los presupuestos y, en su gran mayoría, siempre ha admitido el control jurisdiccional, criticando la posición del STF.

Así, dos años después de la STC 29/1987 en España, el Supremo Tribunal Federal admitió, por primera vez, la posibilidad de someter a análisis los presupuestos de una medida provisoria, desde que fuera configurado el abuso o desvío de poder<sup>730</sup>. Ya en 1990, el Supremo Tribunal Federal<sup>731</sup>, por voto del Ministro relator Celso de Mello, demostró en otro grado el interés de analizar mejor los presupuestos y concluyó que, incluso siendo el Presidente de la República, "el árbitro inicial de la conveniencia, necesidad, utilidad y oportunidad de su ejercicio", esto no substraería "al Judiciario el poder de apreciar y valorar, hasta, si es el caso, los requisitos constitucionales de edición de las medidas provisionales. La mera posibilidad de evaluación arbitraria de aquellos presupuestos, por el jefe del Ejecutivo, constituye razón bastante para justificar el control jurisdiccional". Sin embargo, se registra que hasta hoy no existió ningún caso de declaración de inconstitucionalidad por tales motivos.

Ya en Italia, la *Corte Costituzionale* se declaró competente para verificar la existencia de dichos supuestos, admitiendo la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad del *Decreto-legge* en casos de evidente falta de sus presupuestos habilitantes<sup>732</sup>. En el 2007<sup>733</sup> anuló por primera vez un *Decreto-legge* por carencia evidente de los presupuestos y aclaró que la conversión parlamentaria no puede salvar los vicios que inciden sobre la separación de poderes y no exclusivamente en la relación política entre el Parlamento y el Gobierno.

Sobre este tema realizaremos posteriormente una reflexión más detenida en el capítulo cuatro.

729 Aliomar Baleeiro. RE 62.731 de 62.739/67 RE. 62.731 y publicación en la R.T.J. 44, 54/9 y 45, 559/80.

730 Cf. ADInMC 162, Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, juzgada en 14.12.1989, publicada en DJ 19.09.1997.

731 Cf. ADInMC 293 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, juzgada en 06/06/1990, DJ 16.04.1993.

732 Cf. Sentencia 29/1995

733 Cf. Sentencia 171/2007

## 5.4. Límites Materiales

**5.4.1. La Constitución italiana:** La Constitución de 1947, literalmente, no estableció límites materiales explícitos a la edición de *decreti-legge*. Así, en principio, la legislación de urgencia puede versar sobre todas las materias que tocan al *Stato* (en coherencia con el establecido en el artículo 117/CI que trata de la Potestad Legislativa del Gobierno).

La existencia -o no- de límites materiales a la legislación de urgencia ha sido muy controvertida en la doctrina italiana<sup>734</sup>. Una corriente defendía la libre apreciación del Gobierno para verificar los casos extraordinarios de necesidad y urgencia que autorizaran la edición de los *decreti-legge* sobre cualquier materia. La otra, excluía del ámbito material de legislación de urgencia (así como de la legislación delegada) las materias referidas en el artículo 72.4/CI que exige examen y aprobación directa de la Cámara de las siguientes materias:

*La procedura normale di esame e di approvazione diretta da parte della Camera è sempre adottata per i disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale e per quelli di delegazione legislativa, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali, di approvazione di bilanci e consuntivi.*

No obstante, la *Legge* 23 de agosto de 1988 n.º. 400 puso fin a dicha controversia al establecer en su artículo 15.2 que:

*2. Il Governo non può, mediante decreto-legge:*

*a) conferire deleghe legislative ai sensi dell'articolo 76 della Costituzione;*

*b) provvedere nelle materie indicate nell'articolo 72, quarto comma, della Costituzione;*

*c) rinnovare le disposizioni di decreti-legge dei quali sia stata negata la conversione in legge con il voto di una delle due Camere;*

*d) regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti;*

*e) ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale per vizi non attinenti al procedimento.*

**5.4.2. La Constitución española:** Parece que ha sido la Constitución Española la pionera en introducir limitaciones materiales a la edición de los decretos-leyes<sup>735</sup>. Hasta la promulgación de la Constitución Española de 1978 no era

<sup>734</sup> Sobre dicha controversia véase PITRUZZELLA, *op. cit.* p. 160; ESPOSITO *op. cit.* pp 842-844 y CROSA, Emilio. *Corso de diritto Costituzionale*. Torino: Giapichelli, 1950, p. 264 que defendían otras exclusiones.

<sup>735</sup> En este sentido, (pero con críticas a dichas limitaciones) véase OTTO Ignacio de. *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona: Ariel, 1991, p. 199. Sin embargo, ALZAGA VILLAAMIL, Óscar. (*Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, I vol., 2ª edición. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999) no está de acuerdo con esta opinión. Según afirma: “Para empezar, hemos de constatar que sólo en parte es cierto que estemos ante una limitación completamente original de la Constitución española de 1978. Desde luego no la conoció el art. 80 de la Constitución de nuestra Iª República, ni se encuentra en los limitados casos en que el constitucionalismo europeo incorpora hoy la figura del DL, ni siquiera figura en el art. 77 de la Constitución Italiana vigente, que, como ya hemos expuesto, sirvió —en líneas generales— de pauta inspiradora para nuestro constituyente. No le asiste toda la razón, sin embargo, al Prof. Otto cuando resalta la circunstancia, también subrayada por buena parte de la doctrina, de que éste es un límite

frecuente en el Derecho Comparado que los textos constitucionales delimitasen “negativamente” las materias a ser excluidas del ámbito de los decretos-leyes.

Como se desprende de la fórmula constitucional prevista en el art. 86.1/CE, los decretos-leyes no pueden “afectar”<sup>736</sup> a determinadas materias que, así, quedan expresamente excluidas del ámbito de esta especie de acto normativo:

- I) el ordenamiento de las instituciones básicas del Estado<sup>737</sup>;
- II) los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I <sup>738</sup>;
- III) el régimen de las Comunidades Autónomas<sup>739</sup>
- IV) el Derecho electoral general<sup>740</sup>.

Junto a estas materias excluidas en el precepto que regula los Decretos-leyes, existen otras en las que el Decreto-ley está excluido por así deducirse del propio dictado de la norma a través de interpretación doctrinaria o jurisprudencial:

1. la reforma, revisión y suspensión de la Constitución (Arts. 167 y 168 CE.);
2. la ratificación de Tratados internacionales (Arts. 93 y 94.1 CE)<sup>741</sup>;
3. la posibilidad de realización de delegaciones legislativas (Art. 82 CE y STC 29/1982);
4. planteando problemas jurídicos importantes la posibilidad de la deslegalización mediante un Decreto-ley, donde existe algún pronunciamiento constitucional

---

inventado por la CE y desconocido por otros ordenamientos, ya que, por ejemplo, el Constitucionalismo iberoamericano ha conocido diversos casos de establecimiento de límites materiales al Decreto-ley, siguiendo la doctrina al respecto mayoritaria en Argentina y Chile”. Aunque sea cierto que Argentina y Chile establecieron restricciones a la edición de los decretos-leyes, entendemos que la Constitución española innova en los términos que plantea para las limitaciones materiales.

736 El Tribunal Constitucional ha señalado que la cláusula restrictiva "no podrán afectar" debe ser entendida de tal modo que ni reduzca a la nada el Decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución, ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Estado o se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos (STC 111/1983) o de los elementos estructurales esenciales o generales de la organización y funcionamiento de instituciones estatales básicas (sí otros aspectos accidentales o singulares de las mismas, (STC 60/1986).

737 El Tribunal Constitucional ha interpretado las instituciones básicas como "aquellas organizaciones públicas sancionadas en el propio texto constitucional cuya regulación reclama una ley", entrando obviamente en dicho concepto el Gobierno y la Administración del Estado (STC 60/1986). Combinando esta delimitación material con la referencia a la "afectación", se entiende que el Decreto-ley no puede realizar una regulación general ni sentar las líneas esenciales de la regulación, pero sí aspectos parciales y concretos de alguna parte del ordenamiento de una institución concreta.

738 El ámbito negativo de exclusión del Decreto-ley contemplado en el artículo 86 en esta materia es más amplio que el positivo de exigencia de ley orgánica del artículo 81.1. Este último es más restringido, pues sólo cubre el desarrollo general de un derecho o, en todo caso, la regulación de aspectos esenciales de dicho desarrollo aunque se produzca en leyes sectoriales (STC 111/1983). No obstante, ha de combinarse esta interpretación extensiva con la restrictiva del verbo "afectar" ya mencionada.

739 La STC 29/1986 declara que esta limitación debe interpretarse en el sentido de que el Decreto-ley no puede afectar al régimen jurídico-constitucional de las Comunidades Autónomas, incluida la posición constitucional que les otorga la Constitución, esto es, que no puede regular el objeto propio de aquellas leyes que, de acuerdo con el artículo 28.1 LOTC, sirven de parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de las demás: leyes delimitadoras de competencias y leyes de armonización. Sí puede el Decreto-ley regular materias en las que incida una competencia legislativa del Estado, aunque una Comunidad Autónoma tenga competencias. La limitación constitucional no se refiere a cualquier regulación que indirectamente "incida" en las competencias autonómicas (STC 23/1993).

740 La doctrina suele hacer coincidir esta limitación con el "régimen electoral general" reservado a la ley orgánica por el artículo 81.1 de la Constitución.

741 Objeto de una potestad de las Cortes Generales distinta de la legislativa, como ha confirmado la STC 155/2005 y como ocurre por otra parte también con otras potestades constitucionales de las Cortes Generales, cuya intervención no puede ser sustituida mediante Decreto-ley.

- equivoco (STC 29/1986, FJ 6), estando la doctrina dividida sobre la posibilidad de admitir -o no- la deslegalización mediante este instrumento;
5. también presenta una problemática peculiar la posibilidad de aprobación de normas presupuestarias y de créditos extraordinarios y suplementarios mediante Decreto-ley;
  6. la materia reservada a la ley orgánica (en la medida en que no coincida su ámbito con las materias enumeradas en el artículo 86.1) por su procedimiento especial de aprobación. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional (STC 60/1986);
  7. materias atribuidas específicamente a las Cortes Generales por la Constitución: los presupuestos generales del Estado (134.1 CE);
  8. tampoco podrá ser utilizado para la aprobación del plan económico general;
  9. también presenta problemas la posibilidad de aprobar una emisión de deuda pública mediante Decreto-ley, ya que podría ir en contra del artículo 135.1 CE;
  10. y, finalmente, no sería posible el que un Decreto-ley actuase para convalidar precisamente otro Decreto-ley.

**5.4.3. La Constitución brasileña:** Al igual que en Italia y a diferencia de la Constitución anterior de 1967/69, la actual Constitución Brasileña, en su versión original, no fijaba, objetivamente, limitaciones materiales a su edición, ni hacía mención alguna en cuanto a las materias que podrían ser reguladas por medidas provisionales. En ésta estaba establecido que el Presidente de la República podría expedir decretos-ley (siendo vedado el aumento de los gastos) concernientes a la seguridad nacional, finanzas, bien como normas tributarias, creación de cargos públicos y fijación de vencimientos. La Carta Republicana de 1988 ha sido omisa bajo este aspecto, no refiriéndose expresamente a los asuntos que podrían ser dispuestos por medida provisional.

Es cierto que en algunos puntos dispersos el Constituyente restringió la edición de medidas provisionales, como en el art. 25 § 2<sup>o</sup><sup>742</sup>, pero siempre de forma separada y nunca en la regla general del proceso legislativo de las medidas provisionales. No obstante, a pesar de la omisión del texto, la doctrina siempre ha defendido la existencia de limitaciones materiales a la edición de las medidas provisionales que, en mayor o menor medida, se asemejaban mucho a las doctrinas publicistas peninsulares.

Sin embargo, para dirimir dudas sobre el alcance de estas limitaciones, el Constituyente reformador editó la Enmienda Constitucional nº 32 de 2001, que sí delimitó el alcance material de las medidas provisionales disponiendo sobre la posibilidad de su edición en todas las materias en las que anteriormente generaban duda en la jurisprudencia o doctrina.

Aunque consubstancie especie normativa primaria, es cierto que la medida provisional no puede disciplinar cualquier materia, en virtud de la existencia de dichas limitaciones constitucionales a su edición.

Está prohibida la edición de medidas provisionales sobre las siguientes materias (CF, art. 62, §1<sup>o</sup>):

---

742 Véase el texto del dispositivo: “§ 2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1995)”.

*I – relativa a:*

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral.*
- b) direito penal, processual penal e processual civil;*
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;*
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º, da Constituição;*

- *- que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;*
- *- reservada a lei complementar;*
- *- já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.*

Además de estas prohibiciones, otros tres dispositivos constitucionales establecen restricciones a la adopción de medida provisoria:

- 1) el art. 25, § 2º (que prohíbe la edición de medida provisoria estatal (entiéndase: Estados miembros) para la reglamentación de la exploración del gas canalizado);
- 2) el art. 246 (que prohíbe la adopción de medida provisoria en la reglamentación de artículos de la Constitución cuya redacción haya sido alterada por medio de enmienda promulgada entre 1º de Enero de 1995 y la promulgación de la EC en la 32/ 2001, incluido);
- 3) el art. 73 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias - ADCT (que prohibió la adopción de medida provisoria en la reglamentación del Fondo Social de Emergencia).

**5.4.4. La circulación de los modelos:** En realidad, podemos detectar algunos puntos de recepción y circulación de los modelos que convergen y se completan. Vemos, por ejemplo, que la limitación material que la Constitución española hizo respecto al derecho electoral (Art. 86.1) ha sido seguida por Italia (art. 15.2."a"/ *Legge* 400/1988) y Brasil (art. 62, I, "a", CRFB).

La edición de la EC/32 solucionó la controversia existente en la doctrina brasileña sobre la posibilidad de que las medidas provisionales pudieran tratar de Derecho penal y procesal<sup>743</sup>, prohibiéndolo expresamente. La corriente doctrinal que

<sup>743</sup> En España no existe dicha controversia, como se ve de las palabras de SALAS: "Creo que todo el mundo estará de acuerdo en que no es constitucionalmente legítima la emanación de Decretos-leyes que tipifiquen delitos o infracciones y sus correspondientes penas o sanciones." Cf. "Los decretos leyes en la teoría y en la practica constitucional" en *Estudios sobre la constitución. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1991, p.283. Sin embargo, eso no significa que el Gobierno no haya editado decreto-leyes en ese sentido. Véase lo que dice PEREZ ROYO: "Ya en uno de los primeros Decretos-leyes postconstitucionales, el 3/1979 de 26 de Enero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, resulta bastante patente su carácter anticonstitucional, algo que el propio Gobierno tiene que reconocer en el Preámbulo, al afirmar que se están tipificando penalmente ciertas conductas a través de un Decreto-ley, si bien, como es obvio, no lo dice así de manera expresa, sino que pretende presentar dicha tipificación como una simple refundición de normas anteriores. Las presentes normas llevan a cabo la tipificación penal de ciertas conductas de apología o preparación de actos terroristas, refundiendo o actualizando otras anteriores... Todas las disposiciones cuentan con precedentes y lo único que se hace es precisar el alcance de las ya vigentes o remover algunos obstáculos que se han hecho patentes en los últimos tiempos". Y esta misma sensación de incomodidad que la posición anticonstitucional le produce al Gobierno se pone también de manifiesto en otro Decreto-ley del mismo año muy relacionado con el anterior, el 19/1979 de 23 de noviembre, en cuyo Preámbulo puede leerse lo siguiente: "Aunque la competencia de la Audiencia Nacional es objeto de especial consideración en el Proyecto de Ley



la admitía estaba basada en el Derecho italiano, donde no existe ninguna restricción sobre esta materia. Véase, por citar un ejemplo reciente, que el *Decreto-legge* ha sido el instrumento utilizado por el Gobierno Italiano para modificar el Código Penal y Código de Proceso Penal en lo que concierne a la inmigración ilegal. De hecho, el *Decreto-legge 23 de maggio 2008 n.º. 92*, entre otras cosas, amplió los casos de delitos para los cuales está prevista la expulsión de inmigrantes ilegales; prevé la expulsión también para aquellos que hayan sido condenados (definitivamente) a una pena superior a dos años de cárcel; crea circunstancias agravantes de un tercio de la pena si el delito es cometido por una persona ilegal en el territorio italiano; permite a la policía acceder a los datos del Ministerio del Interior; además, establece para el propietario la confiscación de casas y pisos alquilados irregularmente para inmigrantes, así como establece la pena de hasta tres años y multa de hasta 50.000 euros, etc.

La *Legge 400/1988, art. 2, "a"* inspiró la doctrina brasileña para excluir del ámbito de las medidas provisionales las materias que no pueden ser objeto de delegación legislativa. En España tampoco lo admite la doctrina con fundamento en el artículo 82.2/CE.

Aunque no exista disposición constitucional expresa en este sentido, la doctrina brasileña coincide con la española en el sentido de excluir del ámbito de las *medidas provisórias* las materias de competencia exclusiva del Legislativo, es decir, materias de competencia privativa del Congreso Nacional (art. 49) de la Cámara de los Diputados (art. 51) y del Senado Federal (art. 52), ya que todas ellas son disciplinadas por actos propios de las respectivas Casas Legislativas (decreto legislativo, en el caso del art. 49; resolución, en los casos de los arts. 51-52).

Algunos autores brasileños, aún se inspiran en la Constitución Española para defender la tesis de prohibir la edición de *medidas provisórias* para tratar de materias referentes a los derechos individuales. Sin embargo, en este tema la doctrina es controvertida. Algunos autores entienden que excepto el derecho electoral, los demás derechos relacionados en la letra "a" del inciso I, del párrafo 1º del art. 62 no podrían ser objeto de *medidas provisórias* porque se trata de derechos individuales y, por lo tanto, "cláusulas pétreas" que no pueden ser tocadas. Otros entienden que la prohibición del § 1º inciso I, letra "a" se justifica porque tiene prácticamente la misma redacción del inciso § 1º, inciso II del artículo 68, que trata de las prohibiciones materiales de la ley delegada.

Sin embargo, la posición mayoritaria entiende que, al tratar de las leyes delegadas, el Constituyente enumeró expresamente los derechos individuales (Cf. § 1º, inciso II del artículo 68) y, al revés, no lo hizo al relacionar las prohibiciones materiales de las *medidas provisórias*. Así, aunque las materias vedadas a las medidas provisionales generalmente coincidan con aquellas que también son vedadas a la ley delegada, esta coincidencia no es absoluta. Admiten, entonces, que los

---

Orgánica del Poder Judicial remitido a las Cortes Generales, evidentes razones de extraordinaria y urgente necesidad hacen aconsejable llevar a cabo las reformas -incorporación de nuevos tipos delictivos, entre otras- y la prórroga -de la Ley 56/1978 de 4 de diciembre de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados, de vigencia proyectada de un año- indicadas mediante Real Decreto-ley". ("La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno" en: ALONSO GARCÍA, Enrique [et al]. *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*. Barcelona: Universidad de Barcelona. Cátedra de Derecho Político, Jornadas de Estudios Constitucionales, 1984, pp.131-132.

derechos individuales sean tratados a través de medida provisoria.

Al igual que en España, en Brasil también es controvertida la admisión de medidas provisionales o decretos leyes en la doctrina para tratar de materia tributaria. Los fundamentos que no la admiten están asentados en los mismos principios: de la seguridad jurídica y de irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales (consagrados en el artículo 9.3/CE). Bajo el aspecto de los derechos individuales, la corriente que en Brasil defiende la inconstitucionalidad de la EC 32/2001 en lo concerniente a la materia tributaria sostiene que la referida enmienda atenta al derecho fundamental del ciudadano-contribuyente, es decir, de la estricta legalidad tributaria (reserva de ley) que se caracteriza como cláusula intangible que no puede ser tocada por el Constituyente reformador.

De todas formas, en los dos casos las Cortes Constitucionales admiten la legislación de urgencia en materia tributaria. En España, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema en tres sentencias, concretamente las número 6/1983, 41/1983 y 51/1983, siendo las dos últimas las que reiteran la doctrina asentada en la primera. Según se extrae de estas decisiones, “en lo que concierne a los presuntos vicios de inconstitucionalidad material, la referida sentencia rechaza que la disposición cuestionada vulnere el principio de seguridad jurídica en los aspectos relativos al principio de irretroactividad de las normas y a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, con base en el argumento de que dicha disposición no posee un efecto retroactivo de grado máximo o medio y que, aun admitiendo que poseyese el de grado mínimo, ello no implicaría una vulneración del principio consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución”<sup>744</sup>.

En Brasil, frente a los argumentos de que la medida provisoria, aunque posee fuerza de ley, no es ley, el STF mantiene la misma doctrina que, desde la época de los decretos-leyes de la Constitución de 67/69, entiende posible la legislación de urgencia en materia tributaria. Este ha sido el argumento consagrado en Voto del Ministro Octávio Galloti<sup>745</sup>: “*tendo força de lei, é meio hábil, a medida provisória, para*

744 Cf. SALAS que cita la doctrina del TC: “que en el sistema constitucional español no rige de manera absoluta el principio de legalidad para todo lo atinente a la materia tributaria y que la reserva de Ley se limita a la creación de los tributos y a su esencial configuración, dentro de lo cual puede genéricamente situarse el establecimiento de exenciones y bonificaciones tributarias, pero no cualquiera otra regulación de ellas, ni la supresión de las exenciones o su reducción o la de las bonificaciones, porque esto último no constituye alteración de elementos esenciales del tributo” (“Los decretos leyes...” en Estudios sobre la constitución...*op.cit.*, p.286). También el voto particular del Magistrado GÓMEZ FERRER sostiene que la aludida incidencia sobre relaciones jurídicas establecidas no constituye un motivo de inconstitucionalidad formal, sino de inconstitucionalidad material, en la medida en que el decreto-ley en cuestión vulnera no tanto el artículo 86.1 de la Constitución, como los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales consagrados en el artículo 9.3 del mismo texto fundamental, principios éstos, por cierto, a los que implícitamente se alude en el propio Voto particular, aunque sin extraer la consecuencia que, a mi juicio, subyace a su planteamiento: que el tan cuestionado decreto-ley podría haber sido declarado inconstitucional por incurrir en un vicio material de inconstitucionalidad. Vicio éste en el que hubiera incurrido igualmente la norma, aunque hubiese sido aprobada en forma de Ley por las Cortes Generales. (*Apud*: SALAS, *op. cit.* 288)

745 Cf. ADIn n.º. 1.417-MC, (publ. DJ de 24.5.96) donde el Ministro Relator (Octavio Gallotti), reconoció la idoneidad de la *Medida Provisória* para disponer sobre materia tributaria. En el mismo sentido, véase: RE n. 248.854-AgR-ED, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 29.4.03; o RE n. 356.368-AgR, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 23.5.03, e o RE n. 430.492, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 27.9.04. 5. Sobre los argumentos que rechazan la alegación de ciertas medidas provisionales que reglamentaban dispositivos constitucionales y que admiten, después de la EC 32/2001, la posibilidad de la legislación de urgencia para crear o aumentar impuestos, siempre que sea observado el principio de la anterioridad véase: RE n. 378.691-AgR, Ministro Eros Grau, Sessão do dia 13.5.08; RE n. 422.795, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 16.10.07;

*instituir tributos, e contribuições sociais, a exemplo do que já sucedia com os decretos-lei do regime ultrapassado como sempre esta Corte entendeu” y que se repite en muchas otras decisiones:*

*EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL - PIS. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.212/95 E SUAS REEDIÇÕES. Esta excelsa Corte, antes da Emenda Constitucional nº 32/2001, já se havia manifestado pela idoneidade da medida provisória para versar sobre matéria tributária, dado que a Constituição Republicana confere a essa espécie normativa força de lei (ADI 1.417-MC e ADI 1.667-MC). Noutro giro, as medidas provisórias (ainda de acordo com o entendimento anterior à referida emenda constitucional) tinham sua eficácia limitada a trinta dias, caso não fossem nesse prazo convertidas em lei (parágrafo único do art. 62 da CF). Daí que necessitavam elas de reedição por meio de nova medida provisória, dentro do seu prazo de validade (RE 232.896, Relato Ministro Carlos Velloso). De resto, era também assente no STF o entendimento de que o prazo de noventa dias a que se refere o § 6º do art. 195 da Lei das Leis tinha por termo inicial a data de publicação da primeira medida provisória (RE 197.790, Relator Ministro Ilmar Galvão, e ADI 1.135, Redator para o acórdão Ministro Sepúlveda Pertence). Ressalva do ponto de vista do Relator. Agravo regimental desprovido<sup>746</sup>.*

La corriente que defiende la imposibilidad de edición de la legislación de urgencia en materia tributaria alega no inspirarse en la doctrina italiana porque el artículo 23/CI, que trata del principio de la legalidad tributaria, no lo hizo con la misma intensidad que en Brasil (art. 150/CFRB) o España (Art. 133/CE). No obstante, es en Italia donde vamos a encontrar la prohibición expresa de utilización de decreto-ley en materia tributaria, aunque dicha prohibición venga expresada en la ley infraconstitucional, específicamente en la *Legge 212/2000*, cuyo texto dispone:

*Art. 4.(Utilizzo del decreto-legge in materia tributaria)*

*1. Non si può disporre con decreto-legge l'istituzione di nuovi tributi nè prevedere l'applicazione di tributi esistenti ad altre categorie di soggetti.*

Queremos registrar el intento que se ha realizado recientemente en Brasil para instituir la prohibición de edición de medidas provisionales en materia tributaria. La Propuesta de Enmienda a la Constitución (PEC 511) que se tramita actualmente en la Cámara de los Diputados, en su redacción antigua introducía la letra “e” al párrafo 1º, inciso I del artículo 62 de la Constitución brasileña para prohibir la edición de medida provisoria sobre la materia de “*tributos, salvo a sua redução ou extinção*”. Sin embargo, ha sido rechazada por los Parlamentarios, de tal manera que la propuesta en trámite, hoy en día, no contiene ninguna previsión de alteración de los límites materiales constitucionalmente establecidos. No obstante, lo cierto es que la doctrina brasileña varía bastante al enumerar las limitaciones materiales de las medidas provisionales que no constan expresamente en el texto constitucional, no cabiendo duda de que todas las justificaciones están inspiradas ora en el derecho

RE n. 411.257, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 30.8.06; (RE 435705, Relator(a): Min. EROS GRAU, publicado en DJ-103 de 09/06/2008), etc., etc.

746 Cf. RE 400320 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, juzgado el 28.11.2006, DJ 02.02.2007, p. 120-122. En su Voto el Relator resaltaba su convicción personal de que las medidas provisionales no eran instrumentos idóneos para la creación o aumento de tributos, pero decía rendirse democráticamente a la jurisprudencia de la Corte.

italiano, ora en el derecho español.

Por fin, respecto al ámbito material de los *decretos-leis* en la Constitución portuguesa se registra que allí estos actos normativos, en principio, pueden disciplinar cualquier materia, ya que con excepción de las materias reservadas a la Asamblea de la República (en materias de reserva de la AR) no es substraída a la disciplina de los decretos-leyes ninguna materia de cualquier especie. La delimitación material de la competencia legislativa del Gobierno debe hacerse desde las normas constitucionales que, como hemos visto, establecen:

- ⇒ una reserva político-legislativa de Parlamento (art. 161°);
- ⇒ reserva absoluta de la competencia legislativa de la Asamblea de la República;
- ⇒ reserva relativa de la AR (art. 164°).

En las demás materias existe una concurrencia legislativa por parte del Gobierno y de la AR, permitiendo a los decretos-leyes revocar, alterar, suspender e interpretar leyes de la AR (a excepción de las leyes de bases y otras leyes de la AR de valor reforzado) y viceversa, siempre considerando el bloque de legalidad autonómica<sup>747</sup>.

### 5.5. Límites temporales

Por tratar de dar respuesta a situaciones que exigen una acción rápida por parte de los Gobiernos para atender casos de urgente necesidad –casos que son imposibles de prever antes de que ocurran-, la imposición de límites temporales no atiende a los objetivos de la legislación de urgencia. Así, la edición de los decretos-leyes en Brasil, España e Italia no encuentra más límites que los de orden material.

Sin embargo, en cuanto a las reiteraciones<sup>748</sup>, vamos a encontrar límites temporales en Brasil que en el § 10 del art. 62 veda la reedición, en la misma sección legislativa, de *medidas provisórias* que hayan sido rechazadas por el Legislativo o que hayan perdido su eficacia por decurso del plazo. Dicha limitación está inspirada en la Constitución portuguesa, en la cual vamos a encontrar un límite temporal que impide la reedición de un *decreto-lei* cuya cesación de vigencia haya sido aprobada por el Parlamento. En este caso, el *decreto-lei* dejará de estar vigente desde la publicación de la respectiva Resolución en el *Diário da República* y no podrá volver a ser publicado en el decurso de la misma sección legislativa (art. 169°.4).

En la Constitución Brasileña vamos a encontrar un límite temporal en el tema de las medidas provisionales, pero esta vez dirigido al Poder Legislativo. El párrafo 11 del artículo 62 establece que después del rechazo de una *medida provisória* por el Congreso Nacional o pérdida de eficacia por no haber sido apreciada en el plazo previsto para su conversión (sesenta días prorrogables por igual período), cabe al Congreso Nacional editar un Decreto Legislativo para disciplinar las relaciones jurídicas durante el período de vigencia. Esta competencia del Congreso Nacional, sin embargo, sufre un límite temporal: si en el plazo de sesenta días (no prorrogables) contados desde el rechazo de la medida provisoria no se ha editado el decreto legislativo, el Congreso Nacional ya no podrá disciplinar las relaciones

747 Cf. CANOTILHO *Direito Constitucional e teoria...op, cit.* p. 741.

748 Más conocida en la lengua italiana como “*reedizione*” y en portugués como “*reedição*”.

jurídicas constituidas y provenientes de actos practicados durante la vigencia de la *medida provisoria*.

No obstante, en todas las Constituciones comparadas están previstos plazos para que estos actos de origen gubernamental sean apreciados por el Poder Legislativo. Sin embargo, estos plazos fijados por las Constituciones para que los decretos-leyes sean sometidos a la apreciación del Legislativo no pueden ser confundidos con limitaciones temporales a la edición de la legislación de urgencia. Se refieren al tiempo de vigencia y eficacia de las normas, cuya característica es la de ser provisionales, conforme veremos a continuación. No obstante, antes es necesario hacer algunas aclaraciones con relación a los plazos, diferenciando los plazos del Gobierno y los plazos del Parlamento.

### 5.5.1. Plazos del Gobierno para el envío de los decretos-leyes al Parlamento

La Constitución italiana establece que una vez editado el *decreto-legge* por el Presidente de la República, “en el mismo día” debe ser presentado a las Cámaras para su conversión en ley. La redacción de la Constitución brasileña determina que la *Medidas Provisórias* sean sometidas “de inmediato” al Congreso Nacional. La expresión utiliza términos casi idénticos a los de la Constitución española, que establece que los decretos-leyes deberán ser “inmediatamente” sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados.

Estamos de acuerdo con la doctrina que en los tres países considera que, a pesar de que la redacción utilizada en dichas Constituciones expresa una idea de inmediatez, el plazo inicial para el Gobierno para remitir los decretos-leyes al Parlamento debe ser entendido como “el mismo día”, “de inmediato” o “inmediatamente” **a su publicación en la prensa oficial**<sup>749</sup>, pues es a partir de la publicación cuando empezará a producir efectos.

En Italia, el texto constitucional establece que si las Cámaras no estuviesen reunidas serán convocadas para que se reúnan dentro del plazo de cinco días. Esta determinación influyó en el Constituyente brasileño que la transportó al texto original (que, no obstante, ha sido abolida por la EC 32/2001). Influyó también el texto español que, no obstante, confiere un plazo más largo para la convocatoria del Congreso de los Diputados, equivalente a treinta días contados desde la “promulgación” del decreto-ley.

749 En este sentido, véase BIN y PITRUZZELLA (BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. 5ª ed. *Diritto Costituzionale*. Torino: Giappichelli Editore, 2004, p.340). **Por otra parte, véase también** PIZZORUSSO (*Lecciones de Derecho Constitucional, op. cit.*, p. 270/271) afirma que la obligación del Gobierno de presentar el decreto-ley ante las Cámaras se cuenta a partir de su “emanación” (sin embargo, afirma que la inobservancia de esta exigencia no derivará en todo caso en la decadencia del decreto, a no ser que, en vez de estar ante un simple retraso, se agote la totalidad del término del plazo de sesenta días). En Brasil el tema no comporta dudas siempre que el § 1º del artículo 2º de la Resolución 01/2001 del Congreso Nacional establece expresamente que el plazo se cuenta a partir de la publicación. En España, el Reglamento del Congreso de los Diputados es omiso en cuanto al tema y, aunque el artículo 86.2 habla de plazo para la convocatoria del Congreso a partir de la “promulgación” del decreto-ley. Sin embargo, el tema es aclarado por SALAS: “Ahora bien, una vez publicados en el «Boletín Oficial del Estado», los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados...”, *Los Decretos-leyes en la teoría y práctica constitucional, op. cit.* p. 302; y *Los Decretos-leyes en la Constitución... op. cit.* p. 82.

Considerando que no hay previsión de sanción para el incumplimiento de los plazos referidos en los párrafos anteriores, la doctrina italiana mayoritaria no considera perentorio uno u otro plazo (presentación del *decreto-legge* para la conversión en el mismo día de su edición y convocatoria en cinco días de las Cámaras si estuviesen disueltas). Así, basados en el mismo argumento (inexistencia de sanciones por incumplimiento de plazos), tampoco serían perentorios los plazos establecidos en España para la remisión inmediata del decreto-ley al Congreso de los Diputados y su convocatoria extraordinaria en el caso de no estar reunido. Igualmente ocurre en Brasil con respecto al plazo “de inmediato” para la remesa de las *Medidas Provisórias* al Congreso Nacional.

### 5.5.2. Plazos para la apreciación del Parlamento

Aunque la apreciación parlamentaria de los decretos-leyes asuma distintas formas en los países comparados: conversión en ley (Brasil e Italia); doble vía (España) donde se admite “convalidación o derogación” y “conversión”; apreciación parlamentaria (Portugal). Lo cierto es que en todas la Constituciones estudiadas están previstos plazos para la manifestación del Parlamento sobre los *decretos-leyes*.

En España, la Constitución no se refiere expresamente a la “conversión” del acto normativo primario dictado por el Ejecutivo en acto del Legislativo, sino que determina que el Congreso habrá de pronunciarse expresamente sobre su “convalidación” o “derogación” dentro del plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. Sin embargo, la doctrina publicista española admite que “junto a la convalidación, el art. 86.3 establece que durante el mismo plazo de 30 días las Cortes podrán tramitar los decretos-leyes como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia”<sup>750</sup>, lo que significa admitir, también, la “conversión” en ley.

No obstante, nos parece que el referido plazo de 30 días será válido únicamente para que el Congreso se decida a tramitar los decretos-leyes a través del procedimiento previsto para la legislación de urgencia, que es competencia de ambas Cámaras, y por eso seguiría el trámite propio, que permite, incluso, la presentación de enmiendas y la consecuente discusión y votación de las mismas, lo que es incompatible con el plazo de 30 días<sup>751</sup>.

La discusión doctrinal sobre los plazos provocó que la publicística española levantara una discusión en torno al carácter acumulativo o alternativo de la doble vía parlamentaria, donde uno de los argumentos de la corriente que defiende el carácter acumulativo es afirmar que si el procedimiento fuera alternativo, el plazo constitucionalmente establecido de un mes sería para concluir todo el procedimiento, es decir: plazo en el cual se debería haber tramitado también el proyecto de ley (lo que nos parece surrealista) y no simplemente haber iniciado su tramitación. Sin profundizar en la discrepancia doctrinal, pese a las ilustres opiniones en contra, entendemos que el plazo de 30 días se cuenta para que,

<sup>750</sup> OTTO, Ignacio de. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. 10ª impresión. Barcelona: Ariel, 2007, p. 206.

<sup>751</sup> Dicho entendimiento está comprobado por el artículo 90.3/CE que solo al Senado le concede el plazo de veinte días naturales para vetar o enmendar los proyectos de urgencia.

haciendo cesar la provisionalidad del decreto-ley (convalidación), el Congreso pueda elegir la alternativa de modificarlo (tramitación como proyecto de urgencia).

En las constituciones de Brasil e Italia están previstos plazos de sesenta (60) días<sup>752</sup> para la conversión de dichos actos normativos en ley. No obstante, en Brasil, además de ser admisible la prórroga del plazo por sesenta días más (prórroga que ya no se admite en Italia), también está prevista la suspensión de este plazo, sin perjuicio de su eficacia, frente a la superveniencia de receso parlamentario:

*A suspensão da contagem do prazo de eficácia da medida provisória é inovação do direito brasileiro, não tendo paralelo no direito italiano, direito esse que não admite qualquer hipótese de suspensão ou interrupção do prazo de eficácia do decreto-legge, ainda que as Câmaras sejam dissolvidas*<sup>753</sup>.

Un caso parecido de suspensión de plazo lo encontraremos en la Constitución de Portugal, donde está previsto un plazo de treinta (30) días para la apreciación parlamentaria de los decretos-leyes. Sin embargo, dado que allí estas normas no se destinan a vigencia temporal, el plazo está fijado -sólo para el caso de que haya requerimiento de al menos diez diputados- para hacer cesar la vigencia o alterar el decreto-ley. En el plazo establecido de treinta días serán “descontados” los períodos en los cuales no funciona la Asamblea de la República (art. 169º.1/CRP).

Resaltamos otra particularidad del derecho brasileño que permite que la medida provisoria pueda tener eficacia por un plazo bastante superior a los sesenta días inicialmente previstos para su apreciación por el Congreso Nacional. Esto se debe a que, además de la prórroga constitucionalmente admitida y de la referida suspensión en razón de la ocurrencia del receso parlamentario (que sumadas pueden llegar fácilmente a un total de más de ciento ochenta días de eficacia<sup>754</sup>), la medida provisoria aún permanece eficaz durante la fase de sanción o veto<sup>755</sup> (quince días laborales<sup>756</sup>) del eventual proyecto de ley de conversión aprobado, con

752 En la versión original del texto brasileño, el plazo previsto para conversión en ley era solamente de los 30 días siguientes a la publicación bajo pena de pérdida de eficacia desde su edición, pero en el nuevo reglamento que introdujo la EC 32/01 las medidas provisionales perderán eficacia, desde la edición, si no son convertidas en ley en el plazo de sesenta días, renovables por otros 60 días en la hipótesis de que el Congreso Nacional no consiga apreciar la Medida Provisoria en el plazo inicial. Así, según el nuevo dispositivo constitucional, la eficacia originaria de las medidas provisionales es de solamente 60 días. La prórroga solamente es admisible en la hipótesis de que el Congreso Nacional no consiga deliberar sobre ellas en este intervalo. La EC 32 acabó con la posibilidad de ser reeditadas o reiteradas infinitamente, como ocurría anteriormente.

753 AMARAL JUNIOR. *Medidas Provisórias e ....op. cit.* p. 236.

754 Muy oportunas las aclaraciones de AMARAL JUNIOR (*Medidas Provisórias e ....op. cit.* p. 237) en cuanto a la suma de los plazos: “*Basta imaginar uma medida provisória publicada precisamente sessenta dias antes do recesso parlamentar de final de ano (que se estende do dia 16 de dezembro ao dia 14 de fevereiro, perfazendo um total de sessenta e um dias). Nessa hipótese, os sessenta dias de eventual prorrogação somente seriam contados a partir do dia 15 de fevereiro seguinte. Se a medida for aprovada justamente ao fim e ao cabo da prorrogação, ela terá vigido por um total de cento e oitenta e um dias*”.

755 El veto aquí se justifica en razón del sistema de gobierno Presidencial, donde el Presidente de la República participa del proceso legislativo ordinario con poder de veto. Obviamente, la sanción o veto solo se refiere a las alteraciones hechas por el proyecto de ley de conversión. Las leyes de conversión sin alteraciones no son sometidas a la sanción del Presidente de la República, siendo promulgadas por el Presidente de la Mesa del Congreso Nacional para su publicación.

756 Sigue aclarando AMARAL JUNIOR (p. 237): “*Retomando o exemplo anterior-da medida provisória que vigeu por cento e oitenta e um dias - supondo que o Presidente da República utilize por inteiro o prazo*

enmiendas, por el Congreso Nacional.

Por otra parte, y con respecto al tema de plazos, registramos otra particularidad del derecho brasileño, que cierra toda la pauta de la Casa Legislativa del Congreso Nacional, donde se está tramitando la *Medida Provisória*, si esta no es apreciada en el tiempo previsto.

Conforme decimos, el plazo para la apreciación de la MP es de sesenta días, prorrogables por otros sesenta (no computados los períodos de receso del Congreso Nacional). Sin embargo, si la medida provisoria no es apreciada antes de cuarenta cinco días contados desde su publicación entrará en régimen de urgencia, sucesivamente en cada una de las casas del Congreso Nacional, y paralizará todas las demás deliberaciones legislativas de la Casa en la que se esté tramitando (CF, art. 62, § 6º), no admitiéndose la votación de cualquier otra materia antes de ser concluida la votación de la medida provisoria. Se constata que la Constitución Federal establece dos plazos con relación al proceso legislativo de la medida provisoria y que no pueden ser confundidos: (a) plazo para la apreciación de la medida provisoria (conversión en ley o rechazo)- 60 días; (b) plazo para el cierre de la pauta de la Casa Legislativa en que se esté tramitando -45 días.

El plazo para el cierre de pauta es de cuarenta y cinco días corridos, contados desde la edición de la MP, no computados los períodos de receso del Congreso Nacional<sup>757</sup>. Sin embargo, el hecho de cerrar la pauta no interrumpirá la cuenta del plazo (de sesenta días, prorrogables por otros sesenta) para la conclusión del proceso legislativo de la medida provisoria, es decir: mientras la pauta esté cerrada en una u otra Casa del Congreso Nacional, la cuenta del plazo para la conclusión del proceso legislativo continuará normalmente, luego es posible que, incluso con el cierre de pauta, haya expiración del plazo para la conclusión del proceso legislativo sin que el Congreso Nacional haya ultimado la apreciación de la medida provisoria. En esta hipótesis, la medida provisoria perderá su eficacia desde su edición por decurso de plazo.

Por otro lado, dado que la EC 32/2001 exige votación por separado en cada una de las Casas Legislativas, en el caso de que la MP sea votada en la Cámara de los Diputados liberando la apreciación del orden del día llegará al Senado cerrando su orden del día, pues el plazo de 45 días no se interrumpe por haber sido apreciada por una Casa. A su vez, si el Senado presenta enmiendas, habrá que volver a la Cámara para una nueva apreciación y nuevamente volverá allí cerrando el orden del día.

Cabe decir que este procedimiento, introducido por la EC 32/2001, acabó con las infinitas reiteraciones que eternizaban las *medidas provisórias*, como veremos en el capítulo cuatro. En la práctica está obstruyendo la labor legislativa de ambas Casas del Congreso Nacional en razón de la utilización abusiva con vocación

---

*para sanção ou veto de eventual projeto de lei de conversão, isto é, quinze dias úteis, e supondo a ocorrência, nesse lapso de tempo, somente de três sábados e de três domingos, sem feriados (vinte e um dias, portanto, para sanção ou veto), ter-se-ia uma medida provisória com vigência de duzentos e dois dias. Isso equivale a pouco menos de sete reedições da medida provisória do modelo originário da Constituição de 1988.*"

757 El art. 18 de la Resolución del Congreso Nacional n° 1, de 18.05.2002, prevé la suspensión de la cuenta del plazo de 45 días, para el cierre de la pauta, en los períodos de receso del Congreso Nacional, aunque tal suspensión no esté expresamente prevista en el texto constitucional.



legislativa del Gobierno brasileño. Por este motivo se tramita por el Congreso Nacional, desde 2006, un nuevo Proyecto de Enmienda Constitucional – PEC 511 que, en principio, trataba de conceder plazos más elásticos para el cierre del orden del día a fin de posibilitar los trabajos legislativos del Congreso Nacional, pero seguía admitiendo dicho cierre del orden del día<sup>758</sup>.

Sin embargo, en el trámite normal de discusiones, ganó la voluntad de la mayoría de acabar de una vez por todas con el cierre del orden del día de las deliberaciones de las Casas del Congreso Nacional, al que llaman de “*trancamento de pauta*”. Así, el Proyecto sufrió modificaciones, por lo que, actualmente, ya no prevé el cierre del orden del día, pero en su lugar establece que la discusión y votación de la *Medida Provisória* pasará a ocupar el primer lugar en el orden del día, tanto dentro de la Comisión de Constitución y Justicia, como en el Plenario<sup>759</sup>.

Se registra que la PEC 511 debería haber entrado en el orden del día del Plenario de la Cámara el 13 de mayo del 2009. Sin embargo existían algunas MP que cerraban todo el orden del día de deliberaciones. En el caso de que llegue a ser aprobada, su gran novedad será la que establece que la Medida Provisoria solo tendrá fuerza de ley después de ser aprobada su admisibilidad por el Congreso

758 Su redacción era la siguiente:

§ 6º *Observar-se-á o seguinte na tramitação das medidas provisórias:*

*I – a Câmara dos Deputados terá até sessenta dias para apreciar a matéria;*

*II – o Senado Federal terá até quarenta e cinco dias para apreciar a matéria;*

*III – a Casa iniciadora terá o remanescente do prazo da vigência da medida provisória, conforme definido no § 3º, para apreciação das emendas da Casa revisora, quando houver, ou da matéria, no caso do inciso VII, contados do seu recebimento dessa última Casa;*

*IV – os prazos a que se referem os incisos I e II contam-se, para a Casa iniciadora, da publicação da medida provisória e, para a Casa revisora, de seu recebimento na Casa iniciadora;*

*V – se, em cada fase da tramitação a que se referem os incisos I a III, a medida provisória não for apreciada depois de transcorridos dois terços do respectivo prazo, entrará em regime de urgência, na Casa do Congresso Nacional em que estiver tramitando, **ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas do plenário da Casa respectiva, salvo sobre as decorrentes do inciso III deste parágrafo e do inciso III do § 5º;**[letra en negrita resaltada expresamente para este caso]*

*VI – se o prazo da Casa iniciadora se encerrar sem que a votação da medida provisória tenha sido concluída, a matéria será encaminhada à Casa revisora no primeiro dia útil subsequente, no estado em que se encontrar;*

*VII – aprovada a medida provisória pela Casa revisora, no caso do inciso VI, a matéria retornará ao exame da Casa iniciadora, mesmo que aprovada sem emendas pela Casa revisora;*

*VIII – na hipótese do inciso VII, a Casa iniciadora poderá aprovar ou rejeitar a medida provisória e as emendas da Casa revisora, vedada a inclusão de novas emendas;*

*IX – se o prazo da Casa revisora se encerrar sem que a votação da medida provisória tenha sido concluída, essa perderá a eficácia e passará a tramitar como projeto de lei em regime de urgência, na forma do § 1º do art. 64, considerado como originado da Casa iniciadora.*

759 Si fuera aprobada la propuesta actual (PEC 511-C), en lo que respecta a los plazos para la votación y procedimientos de tramitación de las *medidas provisórias*, la Constitución pasará a tener la siguiente redacción:

§ 5º *A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais, a ser realizado pelas respectivas Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania nos dez dias iniciais de tramitação em cada uma das Casas, passando a ocupar o primeiro lugar na Ordem do Dia dessas Comissões a partir do sétimo dia.*

§ 6º *Considerada admissível, ou não tendo sido apreciada a admissibilidade dentro do prazo, será indicado o relator para, em cinco dias, manifestar-se quanto ao mérito, bem como quanto à admissibilidade no caso de não apreciação, após o que a medida provisória entrará em regime de urgência, passando a ocupar, salvo deliberação contrária da maioria absoluta da Casa, o primeiro lugar na Ordem do Dia do Plenário nas sessões ordinárias e extraordinárias, **não sobrestando a pauta de deliberação** [destacamos]. (Cf. <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>).*

Nacional (siendo el inicio de la apreciación alternado entre la Cámara y el Senado) y establecidos los plazos para los recursos sobre dicha admisibilidad, que podrán conducir a interminables discusiones sobre la vigencia y eficacia de las nuevas MP, tanto en el seno del Congreso como del STF. No obstante, trataremos a continuación sobre el tema de la vigencia y eficacia de los decretos-leyes en general.

## 5.6. Provisionalidad y efectos de la apreciación del Parlamento

A excepción de Portugal, los decretos-leyes nacen con la vida limitada al tiempo que disponen las Constituciones comparadas, es decir, nacen destinados a tener vigencia temporal. Esto no quiere decir que al final del tiempo previsto dejen de producir efectos, sino que simplemente sufrirán mutaciones<sup>760</sup>; es decir, se transformarán de una norma de origen exclusivamente gubernamental para convertirse en una norma producto de la voluntad parlamentaria<sup>761</sup>. Así, el elemento común en las Constituciones de Brasil, España e Italia será el cese de la provisionalidad y la definitiva incorporación al ordenamiento jurídico de la norma gubernamental, ahora ya parlamentaria<sup>762</sup>.

El problema que se plantea para introducir el tema es si la actuación parlamentaria, convalidando o convirtiendo el acto normativo primario (gubernamental) en otro de origen parlamentario, hará que el nuevo acto pase a ocupar retroactivamente el espacio de la norma anterior absorbiéndola, o si entre ambas normas se opera una conexión y cuáles serán los efectos de dicha conexión respecto a su vigencia y eficacia en el tiempo.

Manifestando estar de acuerdo con la posición asumida por SALAS<sup>763</sup>, CARMONA CONTRERAS afirma “que el decreto-ley y la posterior norma, resultado de la concurrencia parlamentaria, generan un *sui generis* procedimiento<sup>764</sup> de

760 Gran parte de la doctrina italiana entiende que se trata de “novación”. En este sentido: “*poiché la loro conversione in legge comporta una novazione dei loro contenuti, tale che la legge stessa si sostituisce retroattivamente al relativo decreto, mentre la mancata conversione determina -come già si è notato- la loro totale decadenza.* PALADIN, Livio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. Padova: CEDAM, 1989, p. 195.

761 “*La legge di conversione, secondo l'orientamento dottrinale richiamato, trasforma l'atto legislativo del governo in uno del parlamento con efficacia di far considerare l'atto stesso come emanato dal potere legislativo*” (PITRUZZELA. *La legge di...op.cit.*, p. 32).

762 Entendemos que aunque en España se hable de “convalidación” o -como prefieren algunos- de “homologación” de los actos legislativos del Gobierno, lo cierto es que este procedimiento del Congreso de los Diputados cesa la provisionalidad de los decretos-leyes, que a partir de entonces adquieren el *status* de acto legislativo o norma primaria definitiva.

763 *Los decretos-leyes en la teoría...op. cit.*, pp. 305 y ss.

764 Registramos la opinión, a nuestro juicio equivocada, de OTTO (*op. cit.* p. 206), que entiende que la “legislación de urgencia está encomendada a un *órgano complejo* integrado por el Gobierno y el Congreso de los Diputados, sin la intervención de las Cortes generales”. En este aspecto, nos parece que SALAS tiene razón al afirmar que “complejo” no es el “órgano” o el “acto”, pero sí el procedimiento: “Quisiera destacar, no obstante, que, recientemente, algunos autores han puesto un énfasis especial, más que en el aspecto de control del Gobierno por parte del Congreso de los Diputados, en el significado del Decreto-ley como actuación concurrente de uno y otro órgano constitucional, o, incluso, como acto de un órgano complejo). Tesis ésta, realmente, sugestiva, pero cuya aceptación no puede hacer olvidar, a mi juicio, por un lado, que más que de un acto complejo, de lo que se trata, en realidad, es de un procedimiento complejo con dos subprocedimientos que dan lugar a otros tantos actos que, aunque concatenados, son independientes entre sí, y, por otro, que, a diferencia de lo que ocurría en el sistema diseñado en la Constitución de la segunda República, en la Constitución vigente para que se dicte un Decreto-ley no se necesita otra intervención que la del Gobierno, aunque, naturalmente, para su persistencia en el ordenamiento más allá de treinta días se precisa la intervención

naturaleza compleja, integrado por dos subprocedimientos o series procesales con autonomía conceptual propia y positiva, y conectados por un nexo causal”<sup>765</sup>. Según su entendimiento, la relación que se establece entre el decreto-ley y la conversión en Ley no opera en el nivel de la validez sino en el de la continuidad normativa<sup>766</sup>.

Discrepamos de este entendimiento porque, a nuestro juicio, dicha continuidad no es de la norma en sí (decreto-ley), sino más bien se refiere al contenido normativo que es el objeto del decreto-ley. Entonces, el caso no sería apenas de validez del decreto-ley, sino también de su vigencia y de la eficacia de sus disposiciones en el tiempo. Así, nos parece **contradictoria** la afirmación de que “la actuación parlamentaria produce, a partir de una única operación, un doble efecto; **la prolongación de la vigencia en el tiempo de la norma del Ejecutivo y simultáneamente, como consecuencia de la misma, su derogación** (destacamos). Con ello se está dando lugar a otra fuente e instituyendo una nueva disposición, ahora ya de naturaleza parlamentaria, que deroga y sucede a la de origen exclusivamente gubernamental”<sup>767</sup>.

Por nuestra parte, pensamos que si una norma (aquí entendida como el instrumento que da vida al acto primario) queda derogada por otra, no sería entonces admisible que pudiera tener su vigencia prolongada en el tiempo. Esto se debe a que la vigencia significa exactamente la fuerza que tiene la norma para cumplir su finalidad en el tiempo (es decir, la fuerza que tiene durante un determinado período de tiempo durante el cual una norma (el decreto-ley) está en vigor). Así, nos parece claro que para seguir vigente en el tiempo la norma no podría estar derogada en absoluto.

No obstante, el contenido normativo de sus disposiciones sí puede prolongarse en el tiempo, pero aquí ya no tratamos de vigencia, sino de **eficacia**, que es la aptitud que tiene la norma para producir efectos. Por ello, no es que la vigencia del decreto ley estuviera prolongada por la ley de conversión, ésta (como la convalidación) solamente habría recogido las disposiciones normativas del decreto anterior, prologando su eficacia (y no vigencia) en el tiempo.

Sobre la provisionalidad de los decretos leyes podríamos decir entonces que, aunque se destinen a tener una vigencia temporal previamente determinada (30, 60 o más días), la eficacia de su contenido normativo puede variar en el tiempo. No se trata tampoco, como defienden algunos, sólo de conceder efectos retroactivos a la ley de conversión, porque incluso en los casos en los cuales el decreto-ley no ha sido convertido en ley -lo que acarrea la pérdida de su eficacia desde su edición, es decir, *ex tunc*- (Brasil: art. 62, § 3º; Italia: art. 77.3), aún así seguirá produciendo efectos en el mundo jurídico, ya que se permite al Parlamento regular las relaciones jurídicas consolidadas en su período de vigencia (en el caso de Brasil, por Decreto Legislativo del Congreso Nacional; en Italia, por ley del Parlamento).

Así, a nuestro juicio, la respuesta al problema que plantea la conexión,

---

de otro órgano (el Congreso de los Diputados)”. *Los decretos-leyes en la teoría...op. cit.*, p. 305.

765 *La configuración constitucional...op. cit.* p. 241.

766 *La configuración constitucional...op. cit.* p. 241, donde, sin embargo, anota una posición contraria a la de SALAS (*op. cit.*, pp. 305 y ss.) que circunscribe estrictamente dicho efecto al caso de la conversión y no, como defiende ella, también a la convalidación.

767 *La configuración constitucional...op. cit.* p. 241.

establecida por la actuación parlamentaria, entre la norma originaria (decreto-ley) y aquella otra que le sucede (ley de conversión), sería que, incluso tratándose de distintos actos normativos primarios, ambos se destinan a atender, sucesivamente, a la misma finalidad: otorgar eficacia jurídica a los mismos contenidos normativos.

La definición sería así de simple si no se admitieran enmiendas por el Parlamento, pero no existe unanimidad respecto a los efectos de dichas enmiendas. El tema ha sido motivo de calurosos debates en la doctrina publicista italiana. Con el fin de apuntar las varias hipótesis que el tema comporta, BIN y PITRUZZELLA las sintetizan en los siguientes términos:

*a) una disposizione del (o tutto il) decreto-legge è convertita senza emendamenti: secondo la Corte costituzionale e la maggioranza della dottrina in questo caso si ha novazione della fonte, ossia le norme del decreto-legge vengono sostituite da quelle della legge di conversione, i cui effetti quindi retroagiscono al momento dell'entrata in vigore del decreto-legge;*

*b) una disposizione del decreto-legge è soppressa dalla legge di conversione (per esempio, il Parlamento "cancella" una delle imposte introdotte dal decreto-legge): l'effetto dei cd. emendamenti soppressivi equivale alla parziale mancata conversione del decreto-legge, con la conseguenza che la disposizione non convertita decade ex tunc (l'imposta, se già versata, dovrà essere restituita, ecc.). Lo stesso accade nel caso in cui la disposizione originale sia sostituita in toto dalla disposizione della legge di conversione (cd. emendamenti sostitutivi). Questa è la posizione della Cassazione, ma la dottrina è in parte di avviso contrario, nel senso cioè che la conversione sarebbe sempre (salvo che la legge non dica espressamente il contrario) conversione di tutto il decreto, e che perciò gli emendamenti agirebbero sulle disposizioni del decreto secondo le normali regole della successione delle norme nel tempo (il che vuol dire: o la legge di conversione dice espressamente che una certa disposizione del decreto non è convertita, e allora abbiamo decadenza, oppure quella disposizione si dà per convertita e, semmai, avremo abrogazione, causata dalla contraria disposizione della legge di conversione; tutto il senso della distinzione si gioca sulla importante differenza di effetti che corre tra decadenza e abrogazione);*

*c) una disposizione "nuova" viene aggiunta in sede di conversione al testo originale: l'emendamento aggiuntivo opererà secondo le regole normali, solo pro futuro, ossia nel modo in cui opera di solito il principio di irretroattività ;*

*d) una disposizione del decreto-legge viene parzialmente modificata (cd. emendamento modificativo) e la legge di conversione non dice nulla circa gli effetti temporali dell'emendamento: spetta all'interprete venire a capo del problema, certo tenendo presente anche il principio generale dell'irretroattività<sup>768</sup>.*

Del mismo modo que ocurre en el derecho italiano, en Brasil -salvo disposición expresa en contrario- las enmiendas aprobadas tendrán eficacia *ex nunc* (pro futuro). Sin embargo, en este caso existe una particularidad del procedimiento brasileño: las enmiendas aprobadas en la práctica integran el proyecto de ley de conversión y, por eso, en su cuerpo sólo consta de la redacción de su texto en las nuevas disposiciones. No obstante, la redacción originaria sigue rigiendo y reglamentando las relaciones jurídicas hasta que las alteraciones sean sancionadas o vetadas por el Presidente de la República. En otras palabras: no existe un instrumento formal donde conste el texto originario de las MP, no obstante dichas disposiciones siguen vigentes. En este sentido, nos parece más lógico el ordenamiento español, donde el texto del decreto-ley convalidado por el Congreso

<sup>768</sup> BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. 5ª ed. *Diritto Costituzionale*. Torino: Giappichelli Editore, 2004, p. 348-9.

de los Diputados sigue vigente hasta que la ley de conversión decida su modificación.

De todas formas, el nuevo procedimiento establecido en la práctica redujo las controversias sobre la eficacia temporal de las modificaciones introducidas, ya que en el caso de admitir cualquier alteración al texto original, la Comisión Mixta debe, por fuerza de la Resolución 1/2002 del Congreso Nacional<sup>769</sup>, presentar un proyecto de Decreto Legislativo, disciplinando las relaciones jurídicas ya consolidadas en el período de vigencia de los textos suprimidos o alterados.

Así, aunque se entienda que la enmienda parlamentaria implica puntual negativa de conversión - y, por lo tanto, puntual derogación retroactiva de la medida provisoria en la parte en la que ha sido enmendada – las relaciones jurídicas consecuentes de actos practicados (y ya consolidados) durante la vigencia del dispositivo derogado se conservarán regidas por este. Esto mismo, por tratarse de conversión, aunque parcial, se aplicará también el §º 11 del art. 62 de la Constitución de 1988, que trata de la importante innovación de la Enmienda Constitucional 32/2001 en lo que establece respecto a los efectos de la medida provisoria que haya sido totalmente rechazada o que haya perdido eficacia por el decurso de plazo.

Destacamos que, aunque el § 3º del art. 62 del texto reformado, a ejemplo del texto primitivo, continúe previendo como regla general que las medidas provisionales no convertidas en ley perderán su eficacia *ex tunc*, excluye de la regla general las situaciones regidas por los §§ 11º y 12º. Sin embargo, lo que prevé el § 11º es que si el Congreso no edita el Decreto Legislativo en el plazo improrrogable de 60 días, mantiene regidas -por la medida provisoria no convertida- las situaciones de ella decurrentes (las ya consolidadas). Los efectos aquí entonces se producirán *ex nunc*.

No obstante, en los primeros sesenta días posteriores a la pérdida de eficacia de la medida, el decreto legislativo podrá disponer sobre estas relaciones jurídicas, según prevé el § 3º. AMARAL JUNIOR<sup>770</sup> ve en esto una profunda modificación relativa a lo que resultaba del texto primitivo, que procede de una importante inversión de lógica. Esto se debe a que si antes, al igual que en Italia, las relaciones jurídicas consecuentes de la medida provisoria rechazada o caduca por decurso de plazo se desconstituían retroactivamente desde la pérdida de eficacia de la medida (excepto si el Congreso Nacional votase un decreto legislativo preservándolas); ahora, dichas relaciones jurídicas constituidas durante la vigencia de la medida provisoria -rechazada o caduca por decurso de plazo- solamente serán desconstituidas en el caso de que el Congreso Nacional se manifieste expresamente

769 En resumen, la EC/32 determina que si la Comisión Mixta de Diputados y Senadores, encargada de emitir parecer por la aprobación o rechazo total de la MP, en el caso de admitir cualquier alteración al texto original, debe dicha Comisión, a la vez, concluir por la presentación de un proyecto de ley de conversión relativo a la materia; y por la presentación de un proyecto de decreto legislativo, disciplinando las relaciones jurídicas consolidadas durante la vigencia de los textos suprimidos o alterados, lo cual tendrá su tramitación iniciada en la Cámara de los Diputados. Una vez aprobado el proyecto de ley de conversión, alterando el texto original de la medida provisoria, éste todavía se mantendrá integralmente en vigor hasta que sea sancionado o vetado el proyecto (aun cuando la sanción o veto ocurran después de 120 días contados desde la publicación de la medida). En caso de aprobación, sus efectos, como vimos, serán reglamentados por Decreto Legislativo del Congreso Nacional.

770 *Las medidas provisionales... op. cit.* pp. 247-260.

en este sentido por decreto legislativo en el plazo de sesenta días a contar desde el respectivo acto declaratorio de rechazo o de caducidad. En el caso de que suceda lo contrario, tales relaciones serán mantenidas. Es el ejemplo típico de una norma que ya no tiene vigencia pero sigue produciendo efectos en el mundo jurídico. En esta situación, tendremos una medida provisoria -no convertida en ley (y por lo tanto no perteneciente al mundo jurídico)- regulando, con carácter definitivo, con fuerza de ley las relaciones jurídicas afirmadas (¡y solamente éstas!) en el período en el que estuvo vigente.

Es importante notar que el Congreso Nacional deberá editar el decreto legislativo solamente para disciplinar las relaciones jurídicas ya afirmadas durante la vigencia de la medida provisoria, es decir, el decreto legislativo del Congreso Nacional no disciplinará "**el período de vigencia** de la medida provisoria", sino "**las relaciones jurídicas** que se constituyeron y se perfeccionaron en el período de vigencia de la medida provisoria". Únicamente estas relaciones jurídicas se verán afectadas por el decreto legislativo del Congreso Nacional. Las demás, en el caso de que no se hayan perfeccionado, estarán regidas por la legislación pretérita que, debido a la eficacia retroactiva de la medida provisoria, volverán a tener eficacia en el período<sup>771</sup> (o, entonces, en el caso de inexistencia de legislación pretérita sobre la materia, únicamente se perfeccionarán, visto que no existirá una regla que se les haya añadido; la regla que trataba de la medida provisoria rechazada no podrá ser aplicada a relaciones jurídicas aún no consolidadas en la época del rechazo y no habrá ninguna otra regla acerca de la materia).

En razón de esta importante distinción, no estamos de acuerdo con gran parte de la doctrina, la cual admite el rechazo de la medida provisoria que podrá tanto producir efectos retroactivos (*ex tunc*) o prospectivos (*ex nunc*), dependiendo de la ulterior reglamentación del Congreso Nacional, por decreto legislativo.

Pensamos que la no aprobación de la medida provisoria le retira la eficacia, siempre retroactivamente - *ex tunc*- (art. 62, § 3º) y eso no depende de la voluntad del Congreso Nacional; resulta del propio texto constitucional que así lo establece. Lo que el Congreso Nacional tiene es el poder de disciplinar, desde que lo haga en el plazo de sesenta días, las relaciones jurídicas ya constituidas con base a lo que dictaba el texto de la medida provisoria. Si el Congreso no lo hace, continuarán estas relaciones jurídicas (¡únicamente ellas, y no todo el período!) regidas por el texto originario de la medida provisoria<sup>772</sup>. Esto viene a confirmar la afirmación antes

---

771 Es la reviviscencia de la legislación pretérita, figura que es conocida en portugués como "*represtinação*" (en italiano *represtinazione*) y que ha sido aceptada por el STF desde la configuración constitucional originaria del artículo 62 de la CRFB/88. En ese sentido, véase ADI 221 MC, Relator: Min. MOREIRA ALVES, TRIBUNAL PLENO, juzgado en 29/03/1990, DJ 22-10-1993. También "*2.1.1 A Medida Provisória, porque tem força de lei; como esta, se destina ao futuro e não à convalidação do passado (ad futurum prospiseit, non respicit ad praeterita)*. 2.2- *As relações jurídicas das Medidas Provisórias são disciplinadas exclusivamente pelo Congresso Nacional e não podem ser objeto de nova Medida Provisória. (Art. 62, par. Ún. - in fine)*. 2.3- *As normas suspensas pelas Medidas Provisórias se restabelecem automaticamente, não havendo necessidade de se dispor sobre as mesmas (TJDF, AC 4652297 DF, Relator: JOÃO MARIOSA, Julgamento: 24/11/1997, 1ª Turma Cível, Publicação: DJU 04.02.1998, p. 36)*".

772 La distinción es importante porque después del rechazo de la medida provisoria, e incluso agotado el plazo de sesenta días sin la aprobación del decreto legislativo por el Congreso Nacional, un individuo no podrá requerir, ulteriormente el reconocimiento del derecho fundado en el texto de la medida provisoria, aunque referente al período de su vigencia. Esto se debe a que con su rechazo la *Medida Provisória* desaparece, siempre retroactivamente, desde su edición. Posteriormente no podrá constituirse ulteriormente ninguna relación jurídica

hecha acerca de que es la eficacia de la MP rechazada la que permanecerá en el tiempo y no su vigencia.

Los que defienden la alteración introducida<sup>773</sup> por la Enmienda 32/2001 afirman que ésta prestigia la seguridad jurídica y el principio de la irretroactividad de las leyes. En cambio, los que la critican dicen que antes de atender a la seguridad jurídica, lo que buscaban dichas alteraciones era eternizar las medidas que deberían ser *provisórias*<sup>774</sup>. Sea como sea, la modificación eliminó los problemas que se dieron en Italia por la drástica pérdida de eficacia *ex tunc*.

En España, la Constitución calló sobre los efectos de la derogación<sup>775</sup>. Sin embargo, la doctrina no se olvidó de enfrentar el tema, aunque esté completamente dividida sobre el alcance (*ex tunc* o *ex nunc*) de la derogación, siendo que ambas corrientes son defendidas por autores de peso. Defendiendo el alcance *ex nunc* de la derogación podemos citar: Astarloa, Cruz Villalón, García de Enterría/T.R. Fernandez, Linde Paniagua, Santolaya Machetti, Torres del Moral, etc. Defienden la posición contraria - a favor del alcance *ex tunc*-, otro importante grupo de autores de la estirpe de: Álvarez Conde, Montero/García Morillo, Pérez Royo, Salas, etc.

Como reconoce SANTOLAYA MACHETTI<sup>776</sup>, el problema está relativamente abierto. Esto es así porque, según se entiende, aunque el estudio sistemático de la figura de la derogación pueda concluir con una mayor existencia de elementos que conducen a una consideración *ex nunc* de los efectos de la derogación, "a pesar de ello, no se pueden desconocer algunas de las objeciones que hacen parte de la doctrina a esta conclusión, derivadas de la consideración de los Decretos-leyes como instrumento "no normal" de actuación legislativa".

Establecida esta situación, dado que el artículo 86.2/CE se refiere al supuesto de derogación del decreto-ley exclusivamente en relación a la convalidación, la conclusión que de él se extrae es que el momento para que se produzca la derogación del decreto-ley es exactamente al que se contrapone la convalidación, es decir, o se convalida el decreto-ley o este estará irremediablemente derogado. Sin embargo, algunos autores como CARMONA CONTRERAS<sup>777</sup> no ven gran dificultad en extender las consideraciones sobre la

---

con fundamento en su texto, aun cuando la relación jurídica que se pretendiese ver reconocida posteriormente al rechazo de la medida provisoria trate respecto a una situación ocurrida en la época en la que estuvo vigente. Se nota que el razonamiento sería diferente si prevaleciese el entendimiento de que, en la hipótesis del Congreso Nacional no editase el decreto legislativo en el plazo de sesenta días, la pérdida de eficacia de la medida provisoria fuese meramente prospectiva (*ex nunc*), considerando que, si así fuese, continuaría regulando el "periodo en el que estuvo vigente". En esta situación, sería legítimo al ciudadano requerir derecho con fundamento en la medida provisoria relativo al período en el que ella estuvo vigente, aun cuando la petición ocurriese posteriormente a su rechazo - expreso o tácito - por el Congreso Nacional.

773 AMARAL JUNIOR. *Las medidas Provisórias ... op. cit.* pp. 258; FERREIRA FILHO, Manoel. *Do processo Legislativo*. 5ª ed. p. 242.

774 RAMOS TAVARES, André. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 48.

775 SANTOLAYA (*El régimen...op. cit.* pp. 211-212) nos da la noticia de que en el Anteproyecto de Constitución, en lugar de la palabra "derogación" a que se refiere el art. 86.2 estaba prevista la expresión "caducidad por falta de convalidación". Otra noticia que incluye el autor es que, con ocasión de la discusión del Reglamento del Congreso de los Diputados, se rechazó una Enmienda de los Socialistas Catalanes, que según dice estaba "destinada a dejar absolutamente claro el carácter *ex tunc* de la derogación al hablar de 'anulación e ineficacia desde la fecha de su publicación'".

776 *El régimen...op. cit.* p. 217.

777 *La configuración constitucional... op. cit.* p.244.

derogación también a la conversión, pero el argumento fundamental que lleva a la mencionada autora a concluir por referida extensión está asentado en la idea de que la “conversión” es una vía alternativa a la “convalidación”: “esta [se refiere la autora a la conversión] se presenta como un cauce de intervención alternativo a la previsión del apartado 2 del mencionado artículo 86, de tal manera que la decisión de no ratificar la normativa gubernamental producirá los mismos efectos derogadores, independientemente de la modalidad de intervención que se haya elegido”.

Para una mejor comprensión del tema, es necesario realizar algunas aclaraciones sobre estas dos formas de intervención parlamentaria en el ordenamiento constitucional español, ya que se trata de una particularidad respecto al modelo brasileño e italiano, donde la forma de actuación del Parlamento es únicamente la de “convertir” – o no- en ley el acto gubernamental.

Conforme ya hemos dicho, la Constitución española prevé dos tipos de actuación parlamentaria en lo que concierne a la “aprobación” de los decretos-leyes. Se trata de la “convalidación” prevista en el art. 86.2, además de la ya conocida “conversión en ley” de la que habla el art. 86.3. Observamos además que la Constitución española no se refiere **expresamente** a la “conversión” del decreto-ley (acto gubernamental) en ley (acto del Legislativo), sino que determina que el Congreso (y no las Cortes Generales) habrá de pronunciarse expresamente sobre su “convalidación” o “derogación”. Sin embargo, a continuación, admite en el artículo 86.3 que las Cortes (ya no sólo el Congreso) pueden tramitar los decretos-leyes como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia<sup>778</sup>, lo que, según la doctrina española, significa admitir también la “conversión en ley”, expresión que fue adaptada del derecho italiano como opción válida para sanar los vicios de origen de los decretos-leyes.

Esta doble vía de actuación ha causado algunas perplejidades sobre los aspectos esenciales de los Decretos-leyes y divide a la doctrina española. Mucho se discute sobre la adecuación del término “convalidación” (que mas bien podría significar “ratificación”<sup>779</sup> u homologación<sup>780</sup>). ÁLVAREZ CONDE, por ejemplo, concluye que la “convalidación” es un acto previo a una ulterior tramitación como proyecto de ley (conversión). Sin embargo, la jurisprudencia del TC anota que en la sentencia del 31 de Mayo de 1982 ha señalado que no existe nada que se oponga a “una interpretación alternativa de ambas vías”<sup>781</sup>.

No obstante, con respecto a este fallo del TC, y aunque otros autores afirmen que la doble vía es alternativa, nuestra convicción es de que la doble vía es

778 Anotamos que en Brasil el Constituyente reformador pretendió también tramitar la *Medida Provisória* como proyecto de ley. La Propuesta de Enmienda de la Constitución (PEC 511/2006) en su redacción originaria pretendía alterar el § 5º del art. 62 y preveía, aunque en otros términos de la CE, la transformación de la *Medida Provisória* en proyecto de ley a ser tramitado en régimen de urgencia, **pero, al contrario de lo que prevé la CE, solo para los casos en los que no fuera admitida por la Comisión. Verbis:** “VI – se a medida provisória não for admitida, será ela transformada em projeto de lei em regime de urgência, na forma do § 1º do art. 64, com tramitação iniciada na Casa em que estiver”. Sin embargo, la alteración fue rechazada, no constando en el texto actual de la PEC 511/2006.

779 GARCÍA DE ENTERRÍA/T.R. FERNANDÉZ, SANTOLAYA MACHETII... etc.

780 STC 6/1983, del 4 de febrero.

781 ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Vol I. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 2008, p. 267.



cumulativa, pero en razón de los argumentos defendidos por ambas corrientes, que en nuestra opinión más bien se completan y no se contraponen. En otras palabras, el procedimiento del 86.2 es de carácter imperativo, de manera que así el Congreso no puede eximirse de manifestarse expresamente sobre la convalidación o derogación. La primera de estas dos hipótesis (la convalidación) hace cesar la provisionalidad del decreto-ley. Sin embargo, el Congreso posee la “alternativa” de pretender ofrecer enmiendas, y como éstas sólo pueden ser hechas a través del proceso legislativo ordinario, la única alternativa posible dada por la Constitución es la de que sea tramitado como proyecto por el procedimiento de urgencia del 86.3, que exige la participación de ambas Cámaras de las Cortes Generales (ya no sólo el Congreso).

No se trata de que el Congreso (o su Diputación Permanente, según se entienda) tenga la alternativa de elegir entre uno u otro procedimiento (convalidar o tramitar como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia), **la alternativa es solamente la de pretender -o no- hacer enmiendas o modificaciones en su texto, sin abrogarlo**, y no elegir una u otra opción del procedimiento. Esto es así porque antes de tramitar el proyecto de ley se debe hacer cesar la provisionalidad del decreto, lo cual, necesariamente, se hace por medio de la convalidación. No obstante, ambos procedimientos están vinculados, de tal manera que lo segundo solo ocurrirá si el Congreso decide modificar el texto del acto normativo del Gobierno.

La doctrina señala que la convalidación es el procedimiento para volver estable el decreto-ley al ordenamiento jurídico. La provisionalidad, así, se daría sólo hasta que se produjera la convalidación, porque aunque con ésta no se transforme en Ley, tiene la misma vigencia indefinida y la misma estabilidad<sup>782</sup>. Sin embargo, la posición del TC parece estar en el sentido de una, verificación, también indefinida, de la existencia de los presupuestos habilitantes, sin los cuales ocurriría una “inconstitucionalidad sobrevenida”<sup>783</sup>. A diferencia de lo que entiende CARMONA CONTRERAS, nosotros sí entendemos que la doble vía es cumulativa. Así, la consecuencia que resulta de este entendimiento no podría ser otra que la de admitir que en el mismo momento de la apreciación de la convalidación es cuando se presentará la oportunidad para que el Congreso de los Diputados (y solo él) se manifieste aún sobre la derogación del decreto-ley.

Esto, obviamente, no quiere decir que el único camino a seguir por las Cortes sea el de aprobar el proyecto de ley, porque tal entendimiento significaría vaciar el sentido de su participación en el procedimiento. Aquí lo que detectamos es otra particularidad del sistema español, que distingue entre la derogación del decreto-ley y la aprobación, modificación, o rechazo del proyecto-ley a través del procedimiento

782 SANTOLAYA, *op. cit.* p 137.

783 La jurisprudencia del TC consignada en el fundamento jurídico 7º de la Sentencia 6/1983 es en el sentido de que la validez del decreto-ley depende del mantenimiento de la “relación de adecuación” entre los presupuestos habilitantes y el Decreto-ley solamente convalidado. En otras palabras, una sobrevenida falta de adecuación entre la situación habilitante y la normativa producida puede implicar en declaración de inconstitucionalidad de un decreto-ley. Así, desaparecida la situación extraordinaria, la norma todavía subsistirá en el ordenamiento en virtud de la presunción de legitimidad de los actos normativos primarios. No obstante, subsistirá amenazada por una doble y distinta declaración de inconstitucionalidad: por un lado, por la declaración de inconstitucionalidad ordinaria (como el resto de normas con fuerza de ley), y por otro, por una eventual declaración de “inadecuación sobrevenida” (específica del decreto-ley). En ese sentido, véase SANCHEZ DE VEGA GARCÍA, Agustín. *La cláusula...cit, passim.*

legislativo común. Se podría cuestionar si es cualquier proyecto de ley el que puede establecerse sobre la revocación de un decreto-ley. Ahora bien, si un decreto-ley tiene fuerza de ley y puede revocar una ley, ¿por qué motivos no podría la Ley revocar un Decreto-ley?

Utilizamos el concepto de revocación para expresar el género del cual la derogación (revocación parcial) y la abrogación (revocación total) son especies, y concluimos señalando que al Congreso de los Diputados sólo le está permitido **abrogar** el decreto-ley, en cuanto que la actuación de las Cortes no está limitada, es decir, podrá derogar, abrogar o aún modificar un proyecto de ley, pero en un procedimiento completamente desvinculado del instrumento del decreto-ley -en sí mismo considerado- ya convalidado por el Congreso de los Diputados.

Tratándose de revocación o modificación por las Cortes volveríamos, entonces, a las mismas discusiones doctrinales que en Italia, aunque en Brasil (después de la EC/32) se debate sobre los efectos de la modificación o rechazo del proyecto de ley.

## 5.7 Otras Consideraciones

Lo cierto es que hay una circulación de los modelos que se van adaptando conforme varía la realidad jurídica interna del País y conforme a las necesidades que resultan de la práctica constitucional. Como ejemplo de tal afirmación -además de la modificación antes citada sobre los efectos de la pérdida de eficacia *ex tunc*- podemos citar, a ejemplo de Italia que prevé la convocatoria de las Cámaras en el caso de que no estén reunidas (que también ha sido recibido por la CE), el texto constitucional originario brasileño, que igualmente preveía la convocatoria del Congreso Nacional. Sin embargo, dado que en la práctica se verificó la imposibilidad y también la onerosidad de dicha convocatoria, lo que hizo la EC/32 fue modificar la Constitución para, sin necesidad de convocar al Congreso Nacional, suspender los plazos mientras no esté reunido el Congreso.

También hay que verificar si el modelo que se pretende importar se adapta al sistema constitucional interno. En Brasil, en el texto constitucional no se previó la responsabilidad del Presidente de la República en razón de que los Constituyentes entendían que la previsión de la responsabilidad política<sup>784</sup> sólo se adecuaría al Sistema Parlamentario, donde el Gobierno está constantemente bajo la confianza del Parlamento. Se registra aquí una visión equivocada por parte de la doctrina brasileña, que entiende que el rechazo del decreto-ley, tanto en Italia como en España, conduciría inexorablemente a una caída automática del Gobierno. Utilizamos la expresión *equivocada* porque lo que se extrae de las doctrinas italiana<sup>785</sup> y española<sup>786</sup> es que el rechazo no implica una caída automática del Gobierno<sup>787</sup>, aunque pueda disminuir la fuerza y credibilidad de este.

784 Estas consideraciones únicamente se refieren a la responsabilidad política y no a la jurídica.

785 VIESTI. *Il decreto-legge*, *op. cit.* p. 208-209.

786 SANTOLAYA MACHETTI. *El régimen...* *op. cit.* p87-90.

787 BISCARETTI DI RUFIA *Diritto costituzionale*, *op. cit.*, p. 500 cita un caso (también citado por LEVI AMARAL. *Las medidas...*, *op. cit.* p. 84) donde en 1958 el rechazo de tres *decreti-legge* provocó, en Italia, la caída del Gabinete Fanfani. Sin embargo, es la práctica constitucional la que determina el art. 94.4/CI: "*Il voto*

Otro caso de mimetismo con el modelo italiano, que a ejemplo del modelo original condujo a un evidente abuso del poder de legislar por parte del Gobierno, ha sido la autorización para que fuese reeditada (a través de una nueva publicación en la prensa oficial) la medida provisoria que no había sido objeto de apreciación por parte del Legislativo. La doctrina española mostró perplejidad en cuanto a esta posibilidad; ya en Brasil, el STF (al contrario de lo que entendía la doctrina mayoritaria) permitió esta práctica, lo que casi provoca la quiebra del modelo legislativo brasileño<sup>788</sup>. No obstante, al verificar que la importación del modelo no funcionó en el sistema brasileño, el Constituyente derivado decidió impedir la reedición, pero permitió una prórroga (que no está permitida en el modelo originario) y creó la figura del “*trancamento de pauta*” que, como hemos visto, tampoco funcionó, motivo por el cual ya se está tramitando una PEC para eliminarlo.

Es cierto que de las distintas formas de división territorial existentes en Brasil, España e Italia, derivaran distintas formas de distribuir el poder legislativo entre las regiones. Vimos que la división territorial en Brasil es en Estados, ya que se trata de una Federación. No obstante, aunque se trate de Estados Unitarios, España e Italia están constitucionalmente descentralizadas. España está organizada territorialmente en Comunidades Autónomas, e Italia en Regiones (siendo 15 Regiones ordinarias y 5 especiales). Considerando que dichas Comunidades Autonómicas y Regiones poseen cierta potestad legislativa, que les da la Constitución, la cuestión que se plantea es: ¿está admitida la edición de decretos-leyes por los Gobiernos descentralizados?

En Brasil, la Constitución de 1967/69 prohibía expresamente la edición de decretos-leyes por los Estados. Sin embargo, el nuevo ordenamiento instituido con la Constitución de 1988 no mantuvo tal prohibición, lo que, según la doctrina mayoritaria, vino a permitir la legislación de urgencia también por los Estados, desde que están previstas en las Constituciones de los Estados-miembros y respetadas las competencias exclusivas de la Unión. Allí el tema no comporta divergencia y varias Constituciones estatales prevén su utilización<sup>789</sup>.

---

*contrario di una o d'entrambe le Camere su una proposta del Governo non importa obbligo di dimissioni.”.*

788 El STF entendió que las medidas provisionales no apreciadas en 30 días por el Congreso Nacional podrían ser reeditadas por el Presidente de la República indefinidamente, con o sin alteración en su texto, hasta que fuesen apreciadas por el Congreso Nacional. Las consecuencias drásticas que resultaron de esta interpretación adoptada por el STF han sido que el Gobierno pasó simplemente a "legislar" sobre cualquier asunto, alegando situaciones de "relevancia y urgencia" muchas veces bastantes dudosas. Las medidas provisionales, editadas en torrencial profusión, pasaron a ser reeditadas incontables veces y, lo que es peor, a cada reedición el Ejecutivo tenía a bien introducir alteraciones en el texto de la medida provisoria anterior, añadir nuevos dispositivos sin ninguna pertinencia temática.

789 Exactamente en ese sentido se basa la orientación jurisprudencial del STF, es decir, la Corte admite la edición de MP por los Estados miembros, desde que dicha posibilidad esté prevista en sus Constituciones estatales: “*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 51 E PARÁGRAFOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ADOÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA POR ESTADO-MEMBRO. POSSIBILIDADE. ARTIGOS 62 E 84, XXVI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EMENDA CONSTITUCIONAL 32, DE 11.09.01, QUE ALTEROU SUBSTANCIALMENTE A REDAÇÃO DO ART. 62. REVOGAÇÃO PARCIAL DO PRECEITO IMPUGNADO POR INCOMPATIBILIDADE COM O NOVO TEXTO CONSTITUCIONAL. SUBSISTÊNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DO COMANDO EXAMINADO, PRESENTE EM SEU CAPUT. APLICABILIDADE, NOS ESTADOS-MEMBROS, DO PROCESSO LEGISLATIVO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA QUANTO ÀS MEDIDAS PROVISÓRIAS. NECESSIDADE DE PREVISÃO NO TEXTO DA CARTA ESTADUAL E DA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS E LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO MODELO FEDERAL. 1. Não*

En Italia se admite la edición de actos con fuerza de ley para las Regiones de una forma especial prevista “*negli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale*”, siendo estos, en verdad, leyes constitucionales<sup>790</sup>.

Importantes juristas italianos, como VIESTI<sup>791</sup>, admiten la posibilidad de las Regiones de adoptar decretos-leyes. Sin embargo, este no es el entendimiento de la *Corte Costituzionale* que, desde hace mucho, ha fallado en sentido contrario:

*Titolo*

SENT. 50/59 E. REGIONI A STATUTO ORDINARIO - SCIOGLIMENTO DEL CONSIGLIO REGIONALE - COMMISSIONE PREVISTA DALL'ART. 126 DELLA COSTITUZIONE - NATURA - POTERI.

*Testo*

*La Commissione prevista dall'art. 126 della Costituzione, in caso di scioglimento del Consiglio regionale, per il compito degli atti di ordinaria amministrazione di competenza della Giunta regionale, e' un organo straordinario nominato dal Presidente della Repubblica, **ben distinto dall'organo titolare del potere esecutivo della Regione. Il potere attribuito a tale Commissione non e' il potere di decretazione di urgenza, attribuito dall'art. 77 della Costituzione esclusivamente al Governo dello Stato***<sup>792</sup>.

[letra en negrita resaltada expresamente para este caso; no corresponde con el resalte tipográfico original]

No obstante, una curiosa estadística referida por ZANON<sup>793</sup> revela que más de un tercio de los decretos-leyes editados entre enero de 1997 y mayo de 2002 eran de competencia regional (exclusiva o concurrente), conforme a lo dispuesto en la

---

*obstante a permanência, após o superveniente advento da Emenda Constitucional 32/01, do comando que confere ao Chefe do Executivo Federal o poder de adotar medidas provisórias com força de lei, tornou-se impossível o cotejo de todo o referido dispositivo da Carta catarinense com o teor da nova redação do art. 62, parâmetro inafastável de aferição da inconstitucionalidade argüida. Ação direta prejudicada em parte. 2. No julgamento da ADI 425, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19.12.03, o Plenário desta Corte já havia reconhecido, por ampla maioria, a constitucionalidade da instituição de medida provisória estadual, desde que, primeiro, esse instrumento esteja expressamente previsto na Constituição do Estado e, segundo, sejam observados os princípios e as limitações impostas pelo modelo adotado pela Constituição Federal, tendo em vista a necessidade da observância simétrica do processo legislativo federal. Outros precedentes: ADI 691, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.06.92 e ADI 812-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 14.05.93. 3. Entendimento reforçado pela significativa indicação na Constituição Federal, quanto a essa possibilidade, no capítulo referente à organização e à regência dos Estados, da competência desses entes da Federação para "explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação" (art. 25, § 2º). 4. Ação direta cujo pedido formulado se julga improcedente". (ADI 2391, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 16.08.2006, DJ 16.03.2007)",*

790 “*Gli Statuti delle Regioni speciali, che sono leggi costituzionali prevedono che all'attuazione dello Statuto e trasferimento delle funzioni, degli uffici e del personale dallo Stato alla Regione stessa si provveda con un particolare tipo di atto: si tratta di un decreto legislativo, emanato dal Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta di un apposita commissione paritetica formata da membri designati in parti eguali dal Governo e dalla assemblea regionale. Sono atti con forza di legge a cui è attribuita una competenza specifica e riservata: la loro emanazione avviene senza una delega legislativa del Parlamento*” (BIN y PITRUZZELLA. *Diritto Costituzionale. op. cit.* p. 351).

791 *Il decreto-legge. Op.cit.*, p. 214 y ss.

792 *Sentenza 50/1959, Massima numero 871.*

793 Zanon, Nicolò. *Decreti-legge, Governo e Regioni dopo la revisione del Titolo V della Costituzione*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); *Bilancia, Potere legislativo regionale e interventi d'urgenza: non c'è bisogno del decreto legge*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); *Cassetti, Decreto-Legge, fonti statali primarie e potestà legislativa regionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

Ley Constitucional 3/2001. Este hecho hace que el autor defienda la posibilidad de que los Estatutos establezcan la legislación de urgencia, siempre que se hallen caracterizados sus presupuestos habilitantes.

En España la realidad constitucional no es muy distinta. La Constitución tampoco dispuso sobre la posibilidad de los órganos de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas de dictar actos o disposiciones con valor y fuerza de ley del tipo de los decretos-leyes estatales, pero tampoco vedó esa práctica, lo que resultó en una divergencia más en la interpretación de la doctrina. La corriente favorable extrae sus argumentos de los artículos 153.a<sup>794</sup> y 161.1.a<sup>795</sup>, aunque admita que el texto constitucional no es del todo concluyente, ya que por un lado se habla literalmente de “disposiciones normativas con fuerza de Ley”, con lo que podría entenderse que sólo están incluidos los Decretos legislativos, pero no los Decretos-leyes de las Comunidades Autónomas, y por otro lado habla de que tales normas constitucionales autorizan directamente las atribuciones del Tribunal Constitucional, pero no otorgan expresamente una competencia a los órganos de Gobierno de tales Comunidades para emanar decretos-leyes<sup>796</sup>. Aún así, la doctrina mayoritaria admite la edición de decretos-leyes por los gobiernos de las Comunidades Autónomas, pero solo en el caso de que haya una previsión en sus Estatutos<sup>797</sup>.

También encontramos en España e Italia un procedimiento que no existe en Brasil, donde la iniciativa para editar *medidas provisórias* en el ámbito federal pertenece exclusivamente al Presidente de la República, aunque los Ministros puedan sugerir su edición por medio de un Proyecto de Medida Provisória. No obstante, la decisión de editarlas es de competencia exclusiva del Presidente de la República (Jefe del Estado y del Gobierno). Por tratarse de Estados con un sistema de gobierno parlamentario, tanto en España como en Italia la iniciativa de la edición de los decretos-leyes es colegiada (Consejo de Ministros<sup>798</sup>/*Consiglio dei Ministri*) y además se exige la intervención del Jefe de Estado.

En España, por tratarse de una Monarquía Parlamentaria, la formalización de los actos más importantes debe ser sometida al Rey para su promulgación y sanción (artículo 62/CE). SATOLAYA MACHETTI<sup>799</sup> sostiene que la “actividad del Monarca en relación a los Decretos-leyes no puede consentir en forma alguna en un acto de control jurídico ni político de la actividad gubernativa, ni siquiera en los supuestos más flagrantes de violación constitucional, siempre que el acto mantenga al menos una apreciación de legalidad”.

---

794 Artículo 153: El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá: a) Por el Tribunal Constitucional, el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley.

795 Artículo 161: 1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

796 SALAS, “Los Decretos-leyes en la Teoría y en práctica constitucional”. En: *Estudios...op. cit.* p.319.

797 Se aprecia, sin embargo, la existencia de 5 Decretos-leyes del País Vasco, que fueron convalidados sin ninguna impugnación.

798 En España, el procedimiento para la reunión convocada por el Gobierno está reglamentado por el art. 2º de la Ley 10/1983, de 10 de agosto.

799 *Op.cit.* pp. 77-78. Véase la polémica sobre el procedimiento, aclarada por el autor en las páginas 76 a 80. Sobre los actos del Monarca, véase también: STC del 27 de enero de 1997.

A su vez, el artículo 87.5 de la Constitución italiana establece que el Presidente de la República “promulga” las Leyes y “emana” los decretos-leyes. (*Promulga le leggi ed emana i decreti aventi valore di legge e i regolamenti*). La interpretación restrictiva que da VALENTINI<sup>800</sup> a la “emanación” sugiere que la cuestión es análoga a la “promulgación”<sup>801</sup>, pero, a la promulgación en el sentido de acto de mera formalidad que no permite al Presidente de la República devolver el Decreto-ley al Presidente del Consejo<sup>802</sup>.

PITRUZZELLA<sup>803</sup> admite tres tipos de control por parte del Presidente de la República:

*L'altra istanza di controllo del decreto legge e della legge di conversione è costituita dal presidente della repubblica. Il quale può intervenire nell'esercizio di tre differenti poteri: a) in sede di emanazione del decreto legge, per mezzo del rinvio al governo con richiesta di riesame; b) attraverso l'impiego del suo "potere di esternazione" con cui il governo è richiamato ad un uso più corretto della decretazione; e) in sede di promulgazione della legge di conversione, rinviando la legge alle camere.*

Sin embargo, también es controvertido en la doctrina italiana el hecho de que el control que hace el Presidente le permite el rechazo definitivo de “emanar” el decreto-ley o la devolución con pedido de reexamen, con una aplicación analógica del art. 74<sup>804</sup>.

Sin entrar en el mérito de la discusión recordamos un hecho, divulgado hace poco en la prensa internacional, sobre la gran tensión creada entre el Presidente de la República (Napolitano) y el Presidente del Consejo de Ministros (Silvio Berlusconi), cuando el primero se negó a firmar un *decreto-legge*<sup>805</sup> editado por el Gobierno, que en verdad trataba de impedir la muerte de Eluana Englaro<sup>806</sup>. En este

800 VALENTINI, Antonio. *Gli atti del presidente della repubblica*, Milano:Giuffrè, 1965,p. 77.

801 Sin embargo, RESCIGNO (RESCIGNO, Giuseppe Ugo. “Commento all'art. 87” en: *Commentario della costituzione art. 83-87*, a cura di BRANCA, Giuseppe. Bologna-Roma: Zanichelli, 1978, 206, después de distinguir “emanación” de “promulgación”, concluyendo que la devolución es un acto distinto de la promulgación que “*di per sé*” no contendría el momento volitivo, y al revés, la emanación sí contendría este momento volitivo y, por lo tanto, la devolución sería admitida, aunque no esté expresamente prevista.

802 Por otro lado, el autor admite que el Presidente pida explicaciones antes de la “emanación” sin que esto pueda resultar en una segunda deliberación. Sin embargo, esta cuestión es controvertida, porque parte de la doctrina que admite la devolución la entiende como pedido de una nueva deliberación.

803 Cf. *La legge... op. cit.* p. 227.

804 El art. 74 establece: **1. Il Presidente della Repubblica, prima di promulgare la legge, può con messaggio motivato alle Camere chiedere una nuova deliberazione; 2. Se le Camere approvano nuovamente la legge, questa deve essere promulgata.** Defienden la extensión analógica del art. 74 autores como: BARILE, Paolo. “Poteri del presidente della repubblica,” en *Scritti di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1967, 285; PALADIN, *Presidente ...op. cit.*, 217; A. PIZZORUSSO, *Controlli sul decreto legge, op. cit.*, 307; VIESTI, *Il decreto legge, op. cit.*, pp 139 y ss. Ya para un concepto de devolución con pedido de reexamen, véase BENVENUTI, Feliciano. “Controllo mediante richiesta di riesame”, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1954, p. 377 ss.

805 Sus términos determinaban así: *"In attesa dell'approvazione della completa e organica disciplina legislativa sul fine vita alimentazione e idratazione in quanto forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze, non possono in alcun caso essere sospese da chi assiste soggetti non in grado di provvedere a se stessi"*.

806 Eluana Englaro era una joven italiana de 38 años, en coma irreversible desde hacía 17 años y cuya familia, tras un largo debate judicial, obtuvo de la Justicia el derecho a morir. La decisión del Gobierno de dictar *decreto-legge* trataba, entonces, de impedir la muerte de Eluana tras la decisión del Supremo de confirmar la sentencia del Tribunal de Apelación de Milán, en la que se autorizaba a la familia de la enferma a suspenderle la alimentación. Estableció, así un peligroso precedente para la democracia, que envolvió a los tres poderes del Estado.

caso, la prensa divulgó las palabras del Presidente de la República *"Non firmo, il testo approvato non supera le obiezioni di incostituzionalità!"* *"Non firmo, seguo la Costituzione"*. Dichas manifestaciones provocaron una exaltación de Berlusconi, quien le contestó: *"Cambio la Costituzione"*<sup>807</sup>.

La auténtica crisis política que entonces se estableció en Italia fue seguida con interés por la prensa internacional. Las razones que llevaron al Presidente de la República a negarse a firmar el decreto por razones de "inconstitucionalidad" estaban fundamentadas en que la acción del Gobierno contradecía una sentencia fallada de modo definitivo por el Tribunal Supremo de Italia<sup>808</sup>.

Ante esta actitud presidencial, el Gobierno optó por la última posibilidad que le quedaba, aprobando un proyecto de ley en régimen de urgencia con el mismo

---

807 Después suavizó: *"Non si può governare il Paese senza la decretazione d'urgenza. Sono assolutamente convinto che il paese è avanzato, ma con una sua architettura non adeguata ai tempi. Si può arrivare a una scrittura più chiara della Costituzione. Senza la possibilità di ricorrere a decreti legge, tornerei dal popolo a chiedere di cambiare la Costituzione e il governo"*.

808 Justificó el Presidente de la República en la carta que dirigió a Berlusconi:

*"Signor Presidente, lei certamente comprenderà come io condivida le ansietà sue e del Governo rispetto ad una vicenda dolorosissima sul piano umano e quanto mai delicata sul piano istituzionale. Io non posso peraltro, nell'esercizio delle mie funzioni, farmi guidare da altro che un esame obiettivo della rispondenza o meno di un provvedimento legislativo di urgenza alle condizioni specifiche prescritte dalla Costituzione e ai principi da essa sanciti. I temi della disciplina della fine della vita, del testamento biologico e dei trattamenti di alimentazione e di idratazione meccanica sono da tempo all'attenzione dell'opinione pubblica, delle forze politiche e del Parlamento, specialmente da quando sono stati resi particolarmente acuti dal progresso delle tecniche mediche. Non è un caso se in ragione della loro complessità, dell'incidenza su diritti fondamentali della persona costituzionalmente garantiti e della diversità di posizioni che si sono manifestate. Trasversalmente rispetto agli schieramenti politici, non si sia finora pervenuti a decisioni legislative integrative dell'ordinamento giuridico vigente. Già sotto questo profilo il ricorso al decreto legge, piuttosto che un rinnovato impegno del Parlamento ad adottare con legge ordinaria una disciplina organica, appare soluzione inappropriata"*.

*"Devo inoltre rilevare che rispetto allo sviluppo della discussione parlamentare non è intervenuto nessun fatto nuovo che possa configurarsi come caso straordinario di necessità ed urgenza ai sensi dell'art. 77 della Costituzione se non l'impulso pur comprensibilmente suscitato dalla pubblicità e drammaticità di un singolo caso. Ma il fondamentale principio della distinzione e del reciproco rispetto tra poteri e organi dello Stato non consente di disattendere la soluzione che per esso è stata individuata da una decisione giudiziaria definitiva sulla base dei principi, anche costituzionali, desumibili dall'ordinamento giuridico vigente."*

*Decisione definitiva, sotto il profilo dei presupposti di diritto, deve infatti considerarsi, anche un decreto emesso nel corso di un procedimento di volontaria giurisdizione, non ulteriormente impugnabile, che ha avuto ad oggetto contrapposte posizioni di diritto soggettivo e in relazione al quale la Corte di cassazione ha ritenuto ammissibile pronunciarsi a norma dell'articolo 111 della Costituzione: decreto che ha dato applicazione al principio di diritto fissato da una sentenza della Corte di cassazione e che, al pari di questa, non è stato ritenuto invasivo da parte della Corte costituzionale della sfera di competenza del potere legislativo."*

*Desta inoltre gravi perplessità l'adozione di una disciplina dichiaratamente provvisoria e a tempo indeterminato, delle modalità di tutela di diritti della persona costituzionalmente garantiti dal combinato disposto degli articoli 3, 13 e 32 della Costituzione: disciplina altresì circoscritta alle persone che non siano più in grado di manifestare la propria volontà in ordine ad atti costrittivi di disposizione del loro corpo"*.

*"Ricordo infine che il potere del Presidente della Repubblica di rifiutare la sottoscrizione di provvedimenti di urgenza manifestamente privi dei requisiti di straordinaria necessità e urgenza previsti dall'art. 77 della Costituzione o per altro verso manifestamente lesivi di norme e principi costituzionali discende dalla natura della funzione di garanzia istituzionale che la Costituzione assegna al Capo dello Stato ed è confermata da più precedenti consistenti sia in formali dinieghi di emanazione di decreti legge sia in espresse dichiarazioni di principio di miei predecessori. Confido che una pacata considerazione delle ragioni da me indicate in questa lettera valga ad evitare un contrasto formale in materia di decretazione di urgenza che finora ci siamo congiuntamente adoperati per evitare"*. Disponible en: <http://www.repubblica.it/2009/02/sezioni/cronaca/eluana-englaro/testo-lettera/testo-lettera.html>. [Última fecha de consulta: 11.02.2009]

contenido. "Si hay voluntad de hacerlo, y de hacerlo rápido, creemos que puede haber una respuesta del Parlamento en poquísimo tiempo" -afirmó Berlusconi- "Invitaremos inmediatamente al Parlamento a reunirse y a aprobar en dos o tres días una ley".

De hecho, en la hora de la muerte de Eluana, el Senado italiano debatía el proyecto de ley para prohibir la suspensión de la alimentación, forzando así la realimentación que mantendría a la joven con vida, pese a que la sentencia del Supremo autorizaba el fin del tratamiento. En el momento del debate parlamentario, el presidente de la Cámara, Renato Schifani, fue informado de la muerte de la joven. Sin embargo, hay que hacer notar que no es la primera vez que un Presidente de la República se niega a firmar un decreto-ley. Dicha práctica, aunque esporádica, ocurre en Italia desde 1980.

## 6. CODA

Desde la visión panorámica desarrollada en este capítulo podemos afirmar que, aunque en su origen el decreto-ley pudiera presentarse como instrumento arbitrario relacionado muy de cerca con las dictaduras, hoy parece que no quedan dudas sobre que los decretos-leyes son compatibles con el Estado Democrático.

Pensar, a día de hoy, en el proceso legislativo actual en el marco de una rígida concepción del principio de la división de poderes es apartarse de la realidad del Estado contemporáneo. Solamente la nostalgia de un liberalismo superado puede inspirar la visión de un Legislativo detentador del monopolio de la elaboración de las leyes y de un Poder Ejecutivo rígido dirigido exclusivamente a ejecutarlas.

La presencia del Ejecutivo en el proceso de elaboración normativa se convirtió en un dato irreversible en el Estado Social de Derecho. Las *Medidas Provisorias* o los decretos-leyes son las especies normativas que mejor simbolizan la presencia del Gobierno en el proceso legislativo. En el mundo de las urgencias, de la globalización y de la velocidad alucinante de las comunicaciones en la red mundial de ordenadores, el decreto-ley se configura como un instrumento ágil de toma de decisiones.

Las distintas experiencias – sean la brasileña o la europea- revelan que el poder de introducir normas primarias atribuido al Ejecutivo, aunque concebido de forma extravagante, tiende a predominar, tanto en el parlamentarismo como en el presidencialismo de coalición, frente a los medios de dirección política que el Gobierno concentra.

A los dos lados del Atlántico hubo abusos y exceso de poder. Estos abusos se hicieron sentir en Europa (más en Italia que en España) debido a una práctica de reiteración sucesiva de los decretos-leyes (no apreciados por el Parlamento) por meses y meses (en Brasil incluso por años) sin atención a los presupuestos materiales. Dicha práctica no ha sido permitida en España.

En Brasil, algunas *Medidas Provisorias*, editadas o reeditadas en las vísperas



de la promulgación de la EC32, obtuvieron efectos de perpetuidad (y peor que esto, hubo inserción furtiva de innovaciones en actos reeditados sin ninguna pertinencia temática). Sin embargo, aunque consideremos pertinentes todas las críticas doctrinales realizadas, verificamos que no hubo usurpación en esta práctica, considerando que la cúpula del Congreso Nacional y del STF estuvieron de acuerdo con la práctica del Ejecutivo, ya que disponían de medios concedidos por la Constitución para oponerse a la costumbre “inconstitucional” de la reedición. Sin embargo, asumieron una postura pasiva de tolerancia a la situación existente.

Por nuestra parte, creemos que dichos actos normativos pueden, perfectamente, convivir con la democracia, pero para esto deben ser usados con parsimonia, además la presencia del control parlamentario o jurisdiccional se debe hacer sentir con mayor constancia, de manera que pueda impedir los abusos gubernamentales.

Vimos que es perfectamente posible convivir con alguna parcela de iniciativa de urgencia confiada al Ejecutivo, independientemente del sistema de gobierno adoptado, sin romper con el proyecto constitucional de erigir un Estado Democrático y Social de Derecho. Sin embargo, es menester que el Poder Legislativo y los Tribunales Constitucionales ejerzan un papel de constante y efectiva vigilancia sobre dichos actos. Todo lo referente al tema de los controles será objeto de desarrollo en el próximo capítulo.

## IV - EL MODELO DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA “LEGISLACIÓN DE URGENCIA” EN BRASIL FRENTE AL SISTEMA EUROPEO

*“porque la vieja idea de que el Parlamento controla al Gobierno ha sido claramente superada en el Derecho contemporáneo, el único órgano capaz de definir, en términos, los perfiles constitucionales de la potestad legislativa será el Tribunal Constitucional”.*

(Sánchez de Vega García)<sup>809</sup>

**SUMARIO:** 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 2. EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LOS DECRETOS-LEYES. 3. EL FENÓMENO DE LA REITERACIÓN EN BRASIL E ITALIA. 3.1. EL CONTROL DE LAS REITERACIONES EN ITALIA. 3.2. EL CONTROL DE LAS REITERACIONES EN BRASIL. 3.2.1. OBSTRUCCIÓN DE LOS TRABAJOS LEGISLATIVOS. 4. LA POSIBILIDAD DE CONTROL SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE LA DECRETACIÓN DE URGENCIA. 4.1. EL CONTROL DE LOS PRESUPUESTOS HABILITANTES DEL *DECRETO-LEI* EN BRASIL FRENTE AL CONTROL REALIZADO POR LAS CORTES EUROPEAS EN EL PERÍODO ANTERIOR A 1988. 4.2. EL CONTROL DE LOS PRESUPUESTOS HABILITANTES DE LA *MEDIDA PROVISÓRIA* EN BRASIL FRENTE AL CONTROL REALIZADO POR LAS CORTES EUROPEAS EN EL PERÍODO POSTERIOR A 1988. 4.2.1. BRASIL. 4.2.2. ITALIA. 4.2.3. ESPAÑA. 5. CODA.

### 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La percepción de las diferencias del modelo europeo de jurisdicción constitucional materializada en una Corte Constitucional especializada centrada en la tutela de valores con el modelo brasileño de control disperso, liderado por el Supremo Tribunal Federal, no invalidan el paralelo entre las decisiones de dichas Cortes, ya que, como hemos visto, todas ellas están destinadas a defender la supremacía de la Constitución.

No cabe duda de que, tanto en Brasil como en Europa, se admite el control jurisdiccional de la “legislación de urgencia”, pero no siempre ha sido así. Antes de

809 SÁNCHEZ DE VEGA GARCÍA, Agustín. “La Cláusula “extraordinaria y urgente necesidad” del Decreto-ley.” En: *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). Número.68. Madrid: CEC. abril-junio 1990.

que se pudiera discutir sobre si los presupuestos habilitantes de la legislación de urgencia se trababan -o no- de análisis político (y por lo tanto, poder discrecional del Gobierno), la *Corte Costituzionale* italiana (la más antigua entre los países comparados) tuvo que afrontar la discusión sobre la propia naturaleza de sus actividades (política o jurídica) afirmando su función de control constitucional y su carácter político, negando poder ser incluida entre los órganos judiciales ordinarios<sup>810</sup>. Este precedente, como sabemos, ha servido de modelo para la consolidación de muchas otras Cortes Constitucionales.

Sin embargo, en este capítulo ya no nos interesa verificar las formas con las cuales las Cortes Constitucionales se consolidaron en Europa o cómo ejercen la jurisdicción constitucional. Lo que aquí buscamos es investigar cómo el control constitucional de la legislación de urgencia es ejercido por estas Cortes Constitucionales y las influencias que eventualmente puedan ejercer sobre la Corte brasileña; no obstante, los países comparados presentan distintas formas de ejercer la justicia constitucional, además, también, de haber dispuesto distintas formas de Estado y de sistemas de gobierno.

Al mismo tiempo que las diferencias y las semejanzas estructurales, es necesario considerar también que, además de los medios procesales constitucionales inherentes a cada país comparado, el estilo decisorio de las Cortes europeas es diferente del adoptado en la jurisdicción constitucional brasileña<sup>811</sup>, aunque cada día la Corte brasileña se valga más de la utilización de los métodos de derecho comparado.

---

810 Cf. SCC 13 de 1960. El tema, igualmente, ha sido motivo de gran controversia en la doctrina italiana: Costantino MORTATI identifica y describe los principales argumentos utilizados por las dos corrientes y acaba por afirmar que la Corte desempeña un “papel político”, no obstante su carácter jurisdiccional (MORTATI, Costantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Tomo II. Padova: Cedam, 1976, pp. 1470-14759); PALADIN también identifica los dos posicionamientos y sus articuladores, pero sin posicionarse (PALADIN, Livio. *Diritto Costituzionale*, Padova: Cedam, 1995, p.694 y 698-699). CAPPELLETTI afirma que la Corte italiana ejerce una actividad jurisdiccional y no política (CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992). Para ese autor, la Corte solo ejercerá control político en el caso de conflictos de atribución entre los poderes del Estado, modalidad de control constitucional previsto por la Constitución italiana en que el control político ejercido por otro órgano, que no la Corte, (el Presidente o el Parlamento) recaerá sobre ésta. Acerca del proceso histórico de institucionalización y afirmación de identidad de la Corte Constitucional italiana a través de análisis del desarrollo de sus sentencias, véase BONINI, Francesco. *Storia della Corte Costituzionale*. Roma: Carocci, 1996.

811 Véase, como ejemplo, que la Constitución italiana es, como ya se sabe, sintética, exigiendo una dosis acentuada de concretización posterior para la realización del objetivo, expresamente asumido, de remover obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana (art. 32). La tarea de armonizar el contenido intrínsecamente conflictivo de una constitución compromisorio, erigiendo un sistema de reglas que tienden a la coherencia, atribuida en principio al legislador, es controlada por la Justicia Constitucional. Este marco institucional, en la cual la Constitución, a pesar de abierta, no dejó de seleccionar valores dirigentes, acabó determinando el estilo decisorio de la Corte. Una técnica centrada en la ponderación de valores y en la argumentación con base en principios supremos y fundamentales de los cuales son deducidos, con recurso a la analogía y a la interpretación sistemática, otros principios y reglas. Estas son afirmaciones de CERRI (CERRI, Augusto. *Lo stylus iudicandi della Corte costituzionale italiana: spunti e rilievi provvisori su alcune modalità interpretativo-argomentative del giudizio di costituzionalità delle leggi*, in *Studi in memoria di G. Gorla*, Milano: Giuffrè, 1994, pp 421 y ss) que más bien se aplica a la práctica jurisdiccional en Europa (donde las constituciones son analíticas o sintéticas) considerando que el modelo kelseniano ha puesto de relieve la existencia de necesidades que el sistema original no había previsto y al que los Tribunales Constitucionales vienen intentando dar respuestas con una diversificación de técnicas decisorias extraídas de las teorías del neoconstitucionalismo (Véase capítulo primero).

Ya sabemos que el modelo brasileño es (todavía) un ejemplo claro de sistema mixto de control de constitucionalidad, en el cual se conjugan el tradicional modelo concreto, incidental y difuso de constitucionalidad con las acciones abstractas de inconstitucionalidad que son de exclusiva competencia del Supremo Tribunal Federal. Este sistema de control mixto permitirá que el control de la *medidas provisórias* pueda ser ejercido tanto por el control difuso, como a través del control concentrado y en abstracto. Sin embargo, no cabe duda de que en la actualidad las decisiones más importantes sobre el tema son proferidas en el ámbito del control concentrado, motivo por el cual daremos más énfasis a este tipo de control.

Como hemos visto en los capítulos anteriores, las Cortes italiana y española también admiten el control incidental. En Italia, la Ley Constitucional de 1948 priorizó el control concentrado, por vía incidental, limitando el control por vía principal a los conflictos entre Estado y Regiones o entre Regiones<sup>812</sup>. En España, donde también es ampliamente utilizado el control incidental, no se puede perder de vista que, por intermedio del recurso de amparo, también se permite el control de constitucionalidad de los decretos-leyes<sup>813</sup> (aunque hay que recordar la jurisprudencia constitucional, cuya línea interpretativa declara expresamente la imposibilidad de utilización de recurso de amparo para impugnar directamente leyes o actos con valor de ley<sup>814</sup>). De todas formas, recordamos que en el ámbito del recurso de amparo también es posible elevar la “cuestión de inconstitucionalidad” destinada a declarar la inconstitucionalidad y consecuente nulidad de decreto-ley violador de derechos y libertades fundamentales<sup>815</sup>. Es el que el TC denominó como “cuestión interna de constitucionalidad”.

Lo cierto es que las jurisprudencias constitucionales brasileña, española e italiana han sedimentado con cierta similitud, aunque con diferentes matices, que el control jurisdiccional de la constitucionalidad sobre la legislación de urgencia puede

812 En los dos casos, el objeto del control es un acto normativo original, ley o acto con fuerza de ley. La decisión que reconoce la inconstitucionalidad tendrá siempre efectos generales e inmediatos, por exigencia del art. 136 de la Constitución de 1947. Las diferencias se dan respecto a la legitimación y a los presupuestos de admisibilidad. Predomina la apreciación de interés concreto, por medio de control prejudicial e incidental, porque suscitada cuestión de validez de la norma aplicable al caso, aunque sea admitido el control por vía principal, en el examen de recurso directo y concentrado (art. 113, 3, de la Constitución, art. 12 de la Ley Constitucional 1/1948 y art. 23 de la Ley 87/1953). Aunque el sistema sea centrado en la Justicia Constitucional especializada, la Corte admite excepcionalmente el control difuso cuando la cuestión envuelve la legitimidad constitucional de una norma anterior manifiestamente incompatible con la Constitución (sent. 193/1995).

813 Cf. SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *El régimen constitucional de los decretos-leyes*. Madrid: Tecnos, 1988, pp. 237-8, que apunta algunos entre los más importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el tema de control en el ámbito de decretos-leyes las sentencias dictadas en sede de recurso de amparo STC 101/1984, de 8 de noviembre “que realiza una aplicación concreta al derecho al juez 'predeterminado por la ley' de la doctrina comprendida en la STC 11/1981, de 8 de abril, según la cual ' la Constitución no puede tener efecto retroactivo para exigir un rango determinado a las normas anteriores a ella” y la STC 159/1986, del 12 de diciembre en la que se considera que el rango de la norma aplicable, en su caso, el tipo de Ley a que se encomienda la regulación o desarrollo de los derechos constitucionales constituyen una garantía de los mismos, al suponer límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos, por lo que la imposición de una pena de privación de libertad contenida en una norma que no posea el carácter de Ley Orgánica constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad, y, por tanto, concluye que la condena por delitos previstos y penados en el artículo 1º del Real Decreto-Ley 3/179, de 26 de enero (el llamado Decreto-Ley antiterrorista) supone una vulneración del artículo 17 de la Constitución.

814 En ese sentido, véase Auto del Tribunal Constitucional de 22/7/1997, F.J 2º.

815 Cf. art. 55.2 de la LOTC.

ocurrir sobre tres niveles principales: en el primero cabe verificar si están presentes los presupuestos de habilitación (y la discusión sobre si se trata de aspecto de mérito o de conformidad constitucional del acto); al segundo cabe la función de controlar la materia sobre la cual tratará la medida provisoria y si soporta reglamento legislativo provisorio o no (límites materiales); y sólo el tercer nivel ejercerá un control de constitucionalidad de la materia propiamente dicha, en lo que dice respecto a los principios y normas constitucionales<sup>816</sup>. Como se aprecia con claridad, los puntos más controvertidos respecto al tema de los decretos-leyes (niveles uno y dos) se relacionan con el **carácter excepcional** de la legislación de urgencia.

Por esto, en razón de los aspectos del control de la legislación excepcional de urgencia realizado por parte de las Cortes Constitucionales, Portugal queda inexorablemente excluido del estudio comparativo del control de constitucionalidad de los decretos-leyes, considerando que en aquel país dichas normas no son consideradas como legislaciones de urgencia condicionadas a circunstancias excepcionales y sujetas a riguroso control parlamentario.

Como hemos señalado en capítulos anteriores, en Portugal los decretos-leyes no son actos legislativos imperfectos; al revés, poseen gran autonomía y amplitud. Allí el Gobierno es un órgano legislativo autónomo que puede tomar decisiones legislativas válidas y eficaces sin depender de aprobaciones de la Asamblea de la República. Claro está, entonces, que no han merecido atención por parte del Tribunal Constitucional **como norma excepcional**, hecho que perjudica el análisis comparativo en cuanto las legislaciones de urgencia.

## 2. EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LOS DECRETOS-LEYES

A pesar de su carácter temporal, la legislación de urgencia está sujeta al control de constitucionalidad, como cualquier otro acto normativo<sup>817</sup>. El control será

816 Existen, no obstante, otros aspectos que también despertaron interés de las Cortes Constitucionales en los ordenamientos brasileño e italiano. A título ilustrativo podemos citar la posibilidad de fiscalizar el contenido substancial de un decreto caduco (o rechazado) y representado con el mismo texto. Dicha práctica en Brasil ha sido nombrada como *reedição* y en Italia como *reedizioni* o *reiterazione*, la cual no está permitida en España.

817 Es necesario aclarar que los *decretos-leis*, **como especie normativa**, por supuesto que se someten al control jurisdiccional de constitucionalidad en Portugal, pero no ocurrirá lo mismo en cuanto a los presupuestos habilitantes de la legislación de urgencia, pues allí no está entendido como tal. Como ya decimos, en Portugal el sistema de fiscalización es muy amplio y abarca todas las normas jurídico-públicas. Así, nunca han existido dudas respecto a la posibilidad de control de los *decretos-leis* que se encuentran clasificados en la categoría de ley ordinaria conforme enumera el art. 112º.11. En ese sentido, BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 134 e 521. CANOTILHO que aclara definitivamente la cuestión: “*A primeira ideia a reter é a de que, no direito constitucional português vigente, objecto de fiscalização judicial são apenas as normas, mas todas as normas, independentemente da sua natureza, da sua forma, da sua fonte e da sua hierarquia. Diversamente de outros sistemas jurídicos, onde a fiscalização da constitucionalidade tem apenas por objecto as leis ou actos equiparáveis (actos normativos primarios), o controlo de normas é, entre nós, extensivo a todos os actos jurídicos normativos vigentes na ordem jurídica portuguesa. Abange, portanto, os chamados actos normativos secundários e terciários, como regulamentos e despachos normativos*”. (GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 863. Véase el concepto funcional de norma en el Derecho Portugués (p. 864 y siguientes).

ejercido tanto con relación a la materia tratada por la misma, como con relación a los límites materiales y presupuestos constitucionales de relevancia y urgencia de la medida.

Tratándose específicamente de control de los decretos-leyes, como especie de legislación de urgencia, la posibilidad de ejercicio del control de constitucionalidad sobre estas normas extraordinarias no ha encontrado ninguna resistencia en Europa. Se registra que desde que se discutía sobre la propia competencia de las Cortes Constitucionales para controlar las normas jurídicas, Kelsen ya admitía el control sobre la legislación de urgencia (o “de necesidad”, por utilizar sus términos):

El control de las ordenanzas de necesidad resulta tanto más importante desde el momento en que en este campo cualquier violación de la Constitución significa un atentado a la frontera entre las respectivas esferas competenciales del Gobierno y el Parlamento. Por otro lado, mientras más rigurosas son las condiciones a las que se refiere la Constitución para permitir las, más grande es el peligro de un uso inconstitucional de tales disposiciones y tanto más necesario se torna el control jurisdiccional de su regularidad. La experiencia demuestra que, allí donde la Constitución autoriza estos actos, su constitucionalidad aparece siempre, con razón o sin ella, apasionadamente contestada<sup>818</sup>.

En la línea del pensamiento kelseniano, los Tribunales Constitucionales europeos no vacilaron al admitir sus competencias para ejercer el control sobre las legislaciones de urgencia. Ni en Italia, ni en España los decretos-leyes han encontrado grandes obstáculos en la doctrina o en la jurisprudencia constitucional en cuanto a la posibilidad de impugnación jurisdiccional de su constitucionalidad<sup>819</sup>. Es cierto que una parte minoritaria de la doctrina italiana no admitía la fiscalización constitucional sobre la legislación de urgencia, partiendo del “*presupposto che i decreti legge fossero meri fatti di cui non ha senso predicare la validità o l'invalidità*”<sup>820</sup>.

818 KELSEN, Hans. “La garanzia giurisdizionale della costituzione”. *La giustizia costituzionale*. (Collana: Civiltà del diritto). Milano: Giuffrè, 1981, p. 190. *Apud*: CARMONA CONTRERAS, Ana M. *La configuración constitucional del decreto-ley*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 62.

819 En Italia, el control adviene de autorización constitucional que no abre mucho espacio para interpretación en sentido distinto. El artículo 134.1 de la Constitución italiana, que determina y delinea el objeto del control, afirma que en éste se insieren los juicios sobre “controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las Regiones”. Así, no cabe duda de que entre los actos con fuerza de ley se incluyen los *decreti-legge*, tanto que los manuales de Derecho Constitucional italiano en general incluyen el estudio de los *decreti-legge* en el capítulo destinado a las fuentes de derecho, y aún los tratan en la parte dedicada al control de constitucionalidad. (Véanse, a título de ejemplo, las obras ya citadas de MORTATI, C. y de PALADIN, L.) Los decretos-ley italianos son considerados fuente primaria -o acto normativo primario-, al lado de la *legge dello stato* (art.70) y del *decreto legislativo delegato* (art.76), lo que no deja lugar a dudas en cuanto a la posibilidad de su impugnación constitucional. Asimismo, la Constitución española ha consagrado explícitamente que no solo el control de las leyes, sino también de las “disposiciones con fuerza de ley” (art. 161.1, “a”)CE) entre las cuales cabe incluir los decretos-leyes.

820 Así en SORRENTINO, Federico. “Controllo di costituzionalità dei decreti legge”, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*. Volume IV, Milano: Giuffrè, 1977, pp. 739 y ss. (*Apud*. PITRUZZELLA, Giovanni. *La legge di conversione del decreto legge*. Padova: Cedam, 1989, p. 210). Interesante destacar que otras teorías que en Brasil buscaron justificar la naturaleza jurídica de las medidas provisionales – ya mencionadas en el capítulo anterior- a pesar de no alejar el control jurisdiccional, tampoco explicaban el papel de la Suprema Corte. En ese sentido, citamos aquella que entendía que el Jefe del Ejecutivo de la República Federativa concreta, en la emanación de las medidas provisionales, un “derecho potestativo” cuyo ejercicio sólo a él compete decidir. No obstante, este “derecho potestativo” no aleja igual competencia al Poder Legislativo, a ser ejercida *a posteriori* y, cuando tal se imponga, de los propios Tribunales y jueces. Igualmente, el “poder cautelar general” -

Dicha tesis no ha sido aceptada por la *Corte Costituzionale*, que muy pronto empezó a admitir el control sobre dichas normas. No obstante, el ejercicio de este control encontró ciertas limitaciones y lo que parece haber sido el mayor foco de resistencia en la doctrina y, principalmente en la jurisprudencia (como ocurrió en Brasil), se basa en la posibilidad de valoración judicial de los presupuestos de habilitación del acto. Esto se debe a que, aunque los tribunales admitieran controlar la constitucionalidad de la legislación de urgencia, se resistían a provocar enfrentamientos con los Poderes Constituidos (Ejecutivo y Legislativo), asumiendo una competencia para decidir sobre criterios de valoración política, como eventualmente se podría caracterizar la naturaleza de los presupuestos de necesidad y urgencia. Al igual que en un círculo vicioso, se volvía siempre a la vieja discusión sobre lo que es político y lo que es jurídico en la competencia de las Cortes Constitucionales.

Por esa razón, el Tribunal Constitucional español, desde sus primeros fallos, aunque reconociera “un razonable margen de discrecionalidad” de los órganos de dirección política<sup>821</sup>, no por eso ha dejado de realizar el control de constitucionalidad de las legislaciones de urgencia, desde luego defendiendo su competencia para proceder al control jurídico de los Decretos-Leyes:

El control parlamentario de los Decretos-Leyes se realiza por el Congreso de los Diputados, según el procedimiento establecido al efecto y de acuerdo a criterios tanto de oportunidad política como jurídico-constitucionales, **lo que no es obstáculo para que cualquier Decreto-Ley a partir de su publicación pueda ser residenciado ante este T. C. por quienes se encuentren legitimados al efecto**, como es el caso que ahora nos ocupa, en relación con el Real Decreto-Ley 10/1981, de 19 de junio.

El T. C. conoce del mismo en razón a la competencia que le es atribuida en los arts. 161, núm. 1 a) de la C. E. y 27, núm. 2 b) de su LOTC, y resuelve en base a criterios estrictamente jurídico-constitucionales, cimentados sobre la necesidad de determinar, de una parte, si se han respetado o no los requisitos exigidos en la Constitución para que el Gobierno pueda ejercitar la potestad normativa excepcional de dictar Decretos-Leyes y, de otra, si del contenido material de la norma se deriva o no una violación de la Constitución<sup>822</sup>.

Ya en Brasil, aunque el Supremo, por aplastante mayoría, haya rechazado el entendimiento de que las *Medidas Provisórias* no podrían ser objeto del control abstracto, aún así el tema ha sido suscitado por el Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, que no admitía la fiscalización concentrada de la legislación de urgencia, aunque basado en otros argumentos<sup>823</sup>. Sin embargo, el Ministro quedó

constitucionalmente deferido al Presidente de la República -, se reviste de naturaleza jurídica y carácter discrecional. Es él, el Jefe de Estado, el árbitro inicial de la conveniencia, necesidad, utilidad y oportunidad de su ejercicio. Esa circunstancia, sin embargo, no substraerá al Judicial el poder de apreciar y valorar hasta si es el caso los requisitos constitucionales de elaboración de las medidas provisionales. La mera posibilidad de evaluación arbitraria de aquellos presupuestos, por el Jefe del Poder Ejecutivo, constituye razón bastante para justificar el control jurisdiccional.

821 “El peso que en la apreciación de lo que haya de considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad es forzoso conceder al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado, no puede ser obstáculo para extender también el examen sobre la competencia habilitante al conocimiento del T. C., en cuanto sea necesario para garantizar un uso del Decreto-Ley adecuado a la Constitución”. STC 28/1982, Fº. Jº. 3.

822 Cf. STC 29/1982, Fº. Jº 2.

823 Cf. ADI 295-DF, donde el Ministro Relator, entonces recién nombrado por el Presidente Collor de Mello, así se manifestó: “*A medida provisória, portanto, é editada de forma provisória, como está na própria*

vencido en su argumentación, declarando rotundamente el Tribunal su competencia para apreciar dichos actos normativos:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA PROVISÓRIA - PERTINÊNCIA - Na dicção da ilustrada maioria, cabível é a ação direta de inconstitucionalidade contra medida provisória<sup>824</sup>.**

No obstante, la Corte brasileña no avanzaría mucho en el tema de la fiscalización de constitucionalidad de la legislación de urgencia rechazando ejercer un control efectivo a partir de consideraciones preeminentemente prejudiciales. En ese sentido, fueron varios los motivos encontrados por sus ministros relatores (ponentes) para que no se conociera de las impugnaciones.

Por lo que respecta al conocimiento de la impugnación de constitucionalidad, la Suprema Corte ha asentado que la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) -principal instrumento del control abstracto<sup>825</sup>- quedará fatalmente perjudicada si el Congreso Nacional no aprecia la Medida Provisoria en el plazo fijado constitucionalmente o, si la aprecia, la rechaza:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA PROVISORIA N. 190/90 - PERDA DE EFICACIA POR FALTA DE APRECIACÃO OPORTUNA PELO CONGRESSO NACIONAL (CF, ART. 62, PARAGRAFO ÚNICO) - PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DIRETA. - A medida provisoria constitui espécie normativa juridicamente instável. Esse ato estatal dispõe, em função das notas de transitoriedade e de precariedade que o qualificam, de eficacia temporal limitada, na medida em que, não convertido em lei, despoja-se, desde o momento de sua edição, da aptidão para inovar o ordenamento positivo. - A perda retroativa de eficacia jurídica da medida provisoria ocorre tanto na hipótese de explicita rejeição do projeto de sua conversão em lei quanto no caso de ausência de deliberação parlamentar no prazo constitucional de trinta (30) dias. Uma vez cessada a vigência da medida provisoria, pelo decurso "in albis" do prazo constitucional, opera-se, ante a superveniente perda de objeto, a extinção anômala do processo de ação direta de inconstitucionalidade<sup>826</sup>.**

Dicho entendimiento coincide exactamente con la doctrina española, por ejemplo la de SALAS, quién afirma que: “recurrido por presunta inconstitucionalidad un Decreto-ley antes de su consideración por el Congreso, éste acuerda con

---

*designação, para que ocorra o pronunciamento do Congresso Nacional. E uma vez decorrendo o prazo - ficando, portanto, fulminada ab initio a medida provisória-, ao Congresso Nacional cumpre disciplinar as relações jurídicas dela decorrente. Indaga-se, frente à harmonia entre os Poderes - base de um entendimento maior - essa apreciação pode ser obstaculizada por uma ação direta de inconstitucionalidade? É esta a matéria que coloco. A meu ver, não pode ser obstaculizada porque, caso contrário, o Judiciário estará adentrando um campo em relação ao qual se tem a previsão da atuação de um outro Poder, que é o Poder Legislativo. E na apreciação da ação direta de inconstitucionalidade, poder-se-á chegar até mesmo à declaração da pecha e, mediante essa declaração, a retirada de qualquer efeito da medida no mundo jurídico. Vejam os eminentes Pares que a Constituição revela que o Congresso Nacional, na hipótese de decurso do prazo, deve disciplinar as relações jurídicas decorrentes das medidas provisórias. Essa disciplina não pode ser e não é alcançável mediante uma ação direta de inconstitucionalidade”.*

824 ADI 295 MC, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ 22-08-1997. Registrase, no obstante, que desde la ADI 37-3 DF publicada en el DJ el 23.6.1989, cuyo relator ha sido el Ministro FRANCISCO REZEK, el STF ya admitía el control concentrado y difuso de las MPs.

825 Véase a propósito el capítulo dos.

826 ADI 293 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, juzgado en 06.05.1993, DJ 18.06.1993.



anterioridad a la Sentencia derogarlo” (o, lo que es lo mismo, transcurre el plazo de los treinta días sin pronunciamiento expreso de la Cámara). Pues bien, en este caso, como es obvio, ha desaparecido el objeto del proceso – el Decreto impugnado-, por lo que el TC deberá declarar mediante Auto terminado el procedimiento<sup>827</sup>. Sin embargo, aunque sea esta la regla general, el TC viene considerando que la derogación de una norma implica en la verificación de exclusión de toda la aplicabilidad de la misma o si conserva alguna vigencia<sup>828</sup>:

En concreto, en la STC 124/2003, de 19 de junio, FJ 3, hemos declarado que "en el ámbito del recurso de inconstitucionalidad, recurso abstracto y orientado a la depuración objetiva del ordenamiento, la pérdida sobrevenida de la vigencia del precepto legal impugnado 'habrá de ser tenida en cuenta por este Tribunal para apreciar si la misma conlleva ... la exclusión de toda la aplicabilidad de la Ley, [pues] si así fuera, no habría sino que reconocer que desapareció, al acabar su vigencia, el objeto de este proceso constitucional que, por sus notas de abstracción y objetividad, no puede hallar su exclusivo sentido en la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en aplicación de la Ley, acaso inconstitucional (art. 40.1 LOTC)' (STC 199/1987, FJ 3). Por ello, carece de sentido, tratándose de un recurso de inconstitucionalidad, 'pronunciarse sobre normas que el mismo legislador ha expulsado ya de dicho ordenamiento... de modo total, sin ultraactividad' (SSTC 160/1987, FJ 6; 150/1990, FJ 8; 385/1993, FJ 2). **Por idéntica razón, para excluir 'toda aplicación posterior de la disposición legal controvertida, privándola así del vestigio de vigencia que pudiera conservar', puede resultar útil -conveniente- su enjuiciamiento, aun cuando haya sido derogada** (SSTC 160/1987, FJ 6; 385/1993, FJ 2). La regla general en el ámbito de los recursos de inconstitucionalidad es, pues, que la derogación extingue su objeto". [letra en negrita resaltada expresamente para este caso].

Bajo estos argumentos, el Tribunal Constitucional decide que la derogación de la ley de conversión no elimina el objeto de los recursos de inconstitucionalidad. En ese sentido:

Así, por más que la Ley 13/1999 haya derogado tácitamente al Real Decreto-ley 14/1998, el enjuiciamiento constitucional de este último es cuestión cuyo interés va más allá de la vigencia de sus preceptos, pues en otro caso sería imposible asegurar la observancia de las condiciones que el art. 86 establece específicamente para la emisión de decretos-leyes. La Constitución únicamente admite la legislación de urgencia bajo condiciones cuya inobservancia constituye una infracción que sólo puede repararse con una declaración de inconstitucionalidad, sin que los efectos derogatorios de la legislación sobrevenida o los convalidantes de la asunción del decreto-ley por el Congreso de los Diputados puedan corregir un defecto que ha de concebirse como necesariamente insubsanable, pues, en otro caso, los límites del art. 86 CE sólo serían operativos en el tiempo que media entre el decreto-ley y su convalidación o su conversión en ley, esto es,

827 SALAS, Javier. *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*. Madrid: Civitas, 1979, p. 129.

828 Asimismo, distingue la pérdida de objeto en cuestiones de constitucionalidad y en el recurso de inconstitucionalidad. En ese sentido, véase la STC, 68/2007, FJ 4: "En relación con la pérdida de objeto de los procesos constitucionales debemos recordar la reiterada doctrina de este Tribunal, recogida en la STC 134/2004, de 22 de julio (FJ 3), según la cual "no cabe dar una respuesta unívoca y general a la cuestión relativa a los efectos de la modificación, derogación o pérdida de vigencia de una disposición legal, ulterior a su impugnación, sobre la eventual desaparición del objeto de los diversos procesos constitucionales, debiendo distinguirse entre la cuestión y el recurso de inconstitucionalidad como manifestaciones procesales distintas, no pudiendo resolverse apriorísticamente en función de criterios abstractos o genéricos (por ejemplo, SSTC 233/1999, del 12 de diciembre, FJ 3; 148/2000, del 1 de junio, FJ 3; 190/2000, del 13 de julio, FJ 2; y 16/2003, del 30 de enero, FJ 2)".

en un tiempo en el que este Tribunal nunca podrá materialmente pronunciarse<sup>829</sup>.

1. En nuestra STC 111/1983 se consideró «fuera de duda» que «el control del Decreto-ley en cuanto tal no está impedido por el hecho de la novación operada por la Ley, siguiendo lo que dispone el art. 86.3», «pues ha de considerarse constitucionalmente legítimo que en defensa de la Constitución, para velar por la recta utilización del instrumento previsto para los casos que señala el art. 86.1, los sujetos u órganos legitimados para promover el recurso de inconstitucionalidad concreten al Decreto-ley, sin atraer al proceso la Ley ulterior, la impugnación». En consecuencia, ha de concluirse que, efectivamente, la derogación del Real Decreto-ley 5/1992 por la Ley 28/1992 no produce reducción alguna del objeto del proceso, tal como el mismo ha sido delimitado por la propia parte recurrente [FJ 1]<sup>830</sup>.

Ya en Italia, la Corte considera como “inadmisible”<sup>831</sup> el juicio del *decreto-legge* caduco por inercia del legislador. No obstante, ha admitido que la norma pueda haber producido efectos en el mundo jurídico: “*Il fatto che il decreto in esame avesse “forza di legge” non toglie, in verità, che l'intero atto in ordine al quale il ricorso era stato ritualmente proposto debba ormai considerarsi - per necessaria ed automatica conseguenza dell'inerzia del Parlamento - come non mai esistito quale fonte di diritto a livello legislativo: il che determina una situazione del tutto peculiare e non inquadrabile negli schemi della cessazione della materia del contendere, di cui la Corte si avvale in diverse fattispecie*”<sup>832</sup>.

Aunque en Brasil la regla sea la de que si la *medida provisória* es revocada la Acción Directa de Inconstitucionalidad estará perjudicada, el Supremo Tribunal Federal empieza a formular orientación, en sede de control concentrado de constitucionalidad, por la cual ley o medida provisoria “revocada” por otra medida provisoria no deja el mundo jurídico, continuando vigente, pero sin eficacia. A este tema volveremos oportunamente.

Por otra parte, la jurisprudencia del STF aún es pacífica en el sentido de que en los casos en los cuales haya conversión de la MP en ley, sin cualesquiera modificaciones, la ADI propuesta (contra la medida provisoria) no tiene porqué estar perjudicada. Así:

*(...) medida provisória convertida em lei sem alterações: arguição não prejudicada. Não prejudica a ação direta de inconstitucionalidade material de Medida Provisória a sua intercorrente conversão em lei sem alterações, dado que a sua aprovação e promulgação integrais apenas lhe tornam definitiva a vigência, com eficácia ex tunc e sem solução de continuidade, preservada a identidade originária do seu conteúdo normativo, objeto da arguição de invalidade*<sup>833</sup>.

829 STC 155/2005, de 9 de junio, FJ 2.

830 STC 182/1997, FJ 1.

831 Cf. las “ordinanze” números: 29, 66, 349, 350, 361, 362, 363 del 1983; las “ordinanze” números 129, 348, 379, 381, 382, 383 del 1985; las *ordinanze* números 166, 434, 642, 669, 664, 665, 1119, 1125 del 1988; las “ordinanze” números 341, 342, 343, 344 del 1989 etc.

832 SCC 307/1983, CD 7°. Disponible en: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1> [Última fecha de consulta: 25.11.2009].

833 ADI 691-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 22-4-92, Plenário, DJ de 19-6-92). A propósito, véase también: ADI 258-9-DF, Tribunal Pleno, redator para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ

Esta también es la línea interpretativa que se extrae de la doctrina española, es decir, “si el Decreto-ley se ha impugnado ante el Tribunal Constitucional antes de producirse el pronunciamiento del Congreso, y con anterioridad al fallo éste acuerda la convalidación de aquél, el proceso deberá continuar su tramitación hasta el final, sin que ello afecte para nada al contenido de la Sentencia”<sup>834</sup>. Igualmente en Italia, la *Corte Costituzionale* admite transferir el juicio de control al *decreto-legge* posterior que reitera el anteriormente impugnado<sup>835</sup>, o incluso la ley de conversión desde que mantenida la identidad normativa<sup>836</sup>:

*SENT. 75/67 A. GIUDIZIO DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE IN VIA PRINCIPALE - ATTI IMPUGNABILI - DECRETI-LEGGE - IMPUGNABILITA' DA PARTE DELLA REGIONE - SOPRAVVENUTA LEGGE DI CONVERSIONE - NON CESSA LA MATERIA DEL CONTENDERE.*

*Non cessa la materia del contendere quando il contenuto della disposizione impugnata di un decreto-legge resti inalterato con la legge di conversione, anche se quella disposizione sia stata sostituita con un nuovo articolo, giacche pure se si ammetta che la legge di conversione rappresenti un quid novi che travolga e si sostituisca al decreto-legge, sarebbe contrario alla realtà inferirne che la legge elimini il contrasto da cui ebbe inizio la controversia. La stessa considerazione serve per disattendere la tesi di una sopraggiunta inammissibilità del ricorso, quando con la legge di conversione sostanzialmente rimanga immutata la disposizione convertita, restando inalterati non soltanto la controversia ma anche l'interesse che diede luogo al ricorso. (...)»<sup>837</sup>.*

Igualmente, según la orientación española, si se ha interpuesto el recurso de inconstitucionalidad contra el decreto-ley antes de que el Congreso se haya pronunciado, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del mismo. Asimismo, con antelación a tal pronunciamiento la Sentencia vinculará el Congreso, de modo que este ya no podrá, si la sentencia afecta la totalidad del Decreto-ley, acordar su convalidación o aprobar la correspondiente Ley de conversión<sup>838</sup>.

Sobre ese aspecto, en la realidad de la jurisdicción constitucional brasileña, era (antes de la EC 32/2001 y sigue siendo hoy) casi imposible que ocurriese el pronunciamiento definitivo de la Suprema Corte antes de la deliberación del Congreso Nacional. Esto, en razón de la escasez del plazo, unido a la cantidad de procesos en trámite en la Suprema Corte. Por otro lado, está permitido al STF, en el caso de que se de la presencia del *periculum in mora* y *fumus boni iures*, admitir medidas cautelares en sede de las ADIs. De esta forma, el Supremo profiere decisiones “*liminares*”<sup>839</sup> contra ciertas medidas provisorias, retirándoles la eficacia.

28.02.1992; ADInMC 991-5-DF, Tribunal Pleno, rel. Min. limar Galvão, DJ 09.09.1994.

834 SALAS, J. *Los decretos-leyes...cit.* p. 129.

835 VERGOTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale*. 3ª ed. Padova: Cedam, 2001, p. 199.

836 PIZZORUSSO, Alessandro; FERRERI, Silvia. *Le fonti del diritto italiano*. Torino: UTET, 1998, p. 131, y VERGOTINI, G. *Diritto costituzionale, cit.* p. 197.

837 Sentenza 75/1967 Massima numero 4634.

838 SALAS, p. 128/129.

839 La jurisprudencia del Supremo Tribunal siempre ha sido en el sentido de se admitir la concesión de medidas *liminares* en sede de las acciones directas. Según la Corte Suprema, las decisiones “*liminares*” dictadas en las acciones directas de inconstitucionalidad (ADI) produce el efecto de suspender la norma atacada, hasta que la acción sea definitivamente juzgada. De esta forma, hace revivir la norma legal anteriormente existente (Cf. art. 11, § 2º de la Ley 9.868/99). Por otro lado, las decisiones “*liminares*” dictadas en las acciones directas de constitucionalidad (ADC) tendrían el objetivo de confirmar la eficacia de la norma hasta final decisión de la Corte. Sin embargo, lo que dispone la Ley 9.868/99 es que: “*Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos*

En esta hipótesis de Medida Cautelar, la Ley que dispone sobre el procedimiento de las acciones declaratorias (*Lei 9.868/99*) autoriza una especie de *procedimento sumário*. Establece lo siguiente:

*Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.*

La permisión legal, según FERREIRA MENDES<sup>840</sup>, además de admitir una decisión definitiva en corto espacio de tiempo, permite que el STF delibere, igualmente de forma definitiva, sobre la legitimidad de las *medidas provisórias* antes de su conversión en ley<sup>841</sup>. Sin embargo, en la práctica del Tribunal lo que ocurre es la concesión de la medida cautelar. No obstante, el Supremo ha resaltado que, ante

---

*processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo". No obstante, la jurisprudencia constitucional en interpretación extensiva del art. 102, § 2º de la Constitución admite, incluso, los efectos vinculantes de las decisiones *liminares* proferidas en sede de medidas cautelares a las acciones directas de constitucionalidad: "AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - OUTORGA DE MEDIDA CAUTELAR COM EFEITO VINCULANTE - POSSIBILIDADE. - O Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para exercer, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o poder geral de cautela de que se acham investidos todos os órgãos judiciários, independentemente de expressa previsão constitucional. A prática da jurisdição cautelar, nesse contexto, acha-se essencialmente vocacionada a conferir tutela efetiva e garantia plena ao resultado que deverá emanar da decisão final a ser proferida no processo objetivo de controle abstrato. Precedente. - O provimento cautelar deferido, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, além de produzir eficácia "erga omnes", reveste-se de efeito vinculante, relativamente ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário. Precedente. - A eficácia vinculante, que qualifica tal decisão - precisamente por derivar do vínculo subordinante que lhe é inerente -, legitima o uso da reclamação, se e quando a integridade e a autoridade desse julgamento forem desrespeitadas. ADC 8 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, juzgado el 13/10/1999, DJ 04-04-2003". Aunque sea esta la interpretación de la Corte, registramos entendimiento contrario del Ministro Marco Aurélio de Mello, que interpretó restrictivamente las disposiciones constitucionales, en el sentido de no admitir el conocimiento de pedido cautelar en sede de ADC, y de no conferir a la decisión *liminar*, efecto vinculante: "No citado parágrafo tem-se o efeito vinculante relativamente às decisões definitivas de mérito e com ela são confundíveis as liminares, sempre precárias e efêmeras, sempre submetidas à condição resolutive, ou seja, à possibilidade de, no julgamento de fundo, vir-se a concluir de forma diametralmente oposta. (STF – Pleno – Reclamação nº 1.197-6/PB – medida liminar – diário da justiça, Seção I, 22 novembro 1999, p.02)". Contraponiéndose a dicha tesis que, como antes dicho quedó vencida, el Ministro Sidney Sanches, en su voto de relator, sostuvo que la función cautelar, considerada como la adopción de providencias indispensables al resultado útil del proceso, es inherente a la actividad jurisdiccional, recordando que en el pasado, cuando la Constitución era silente sobre la concesión de *liminar* en la acción directa de inconstitucionalidad, el STF la admitía.*

840 FERREIRA MENDES, Gilmar; MARTIRES COELHO, Inocência; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1175.

841 Aunque la mayoría de la doctrina reconozca la dificultad que ocurra una decisión definitiva también en Italia, algunos autores la admiten, al menos en teoría: "Così PIZZORUSSO, *Il controlli sul decreto legge*, cit., 310, il quale osserva come la possibilità che si abbia una decisione della corte prima della scadenza del termine dei sessanta giorni presuppone che la norma impugnata sia immediatamente applicabile ad un processo già instaurato, che il giudice a quo pronunci l'ordinanza di rimessione nei primissimi giorni successivi alla entrata in vigore del decreto legge e che la corte costituzionale proceda "con inconsueta celerità" alle varie attività processuali di sua competenza, oppure che una regione o una provincia autonoma proponga l'impugnazione all'inizio del termine per ricorrere e che, anche in questo caso, la corte sia molto rapida nello svolgimento delle attività processuali" (Cf. PITRUZZELLA, G. *La legge...op. Cit.* pp 211/212). SALAS nos da la noticia de que en Italia, a los dos días de la publicación, ha sido impugnado el *decreto.legge* nº 104 del 20 de abril de 1974, por el que se modificó el artículo 538,3 del Código de procedimiento penal. (Cf. *op. cit.* p. 130).

la característica ambivalente de las *Medidas Provisórias*, es decir: de acto con fuerza de ley y de proyecto de ley<sup>842</sup>, la medida cautelar se destina tan sólo a retirar la fuerza normativa de dicho acto normativo. De esta forma, sigue correspondiendo al Congreso Nacional apreciar la medida provisoria mientras sea simple proyecto de ley aunque le hubiera sido retirada "la fuerza de ley" por el STF.

El inconveniente de este entendimiento es el que permitía que el Ejecutivo promoviera la reiteración (*reedições*) de Medidas Provisorias que ya tuvieron su contenido parcial o totalmente suspendido por decisión del Supremo Tribunal Federal. Por supuesto que esta orientación acabaría por provocar una gran frustración al permitir que actos que sufrieron una explícita censura por el guardián de la Constitución, aunque fuera en sede cautelar, continuara vigente en el ordenamiento jurídico. La solución entonces encontrada por el STF para reducir la intensidad del incomodo ha sido la de permitir que se procediera a un pedido de aditamento, de modo que se permitiera la prosecución de la acción y la extensión de los efectos de la cautelar eventualmente concedida.

Otra situación muy discutida en Brasil ha sido la posibilidad de prosecución de la ADI en los casos en los cuales el Poder Legislativo hubiera modificado el contenido -formal o material- de la Medida Provisoria al convertirla en ley. La indagación de los publicistas era la de que ¿también en los casos de modificaciones introducidas en la ley de conversión, mismo así sería legítimo que el STF siguiera con el juicio de constitucionalidad?

En cuanto a las modificaciones formales, éstas no acarrear ninguna objeción para el seguimiento de la acción siempre que no provoquen ninguna alteración del contenido que debe de permanecer íntegro<sup>843</sup>. Asimismo, el pedido de la acción debe permanecer válido<sup>844</sup>. Ese también era el entendimiento de la Corte italiana desde el 1967:

*SENT. 75/67 A. GIUDIZIO DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE IN VIA PRINCIPALE - ATTI IMPUGNABILI - DECRETI-LEGGE - IMPUGNABILITA' DA PARTE DELLA REGIONE - SOPRAVVENUTA LEGGE DI CONVERSIONE - NON CESSA LA MATERIA DEL CONTENDERE.*

*Non cessa la materia del contendere quando il contenuto della disposizione impugnata di un decreto-legge resti inalterato con la legge di conversione, anche se quella disposizione sia stata sostituita con un nuovo articolo, giacche' pure se si ammetta che la legge di conversione rappresenti un quid novi che travolga e si sostituisca al decreto-legge, sarebbe contrario alla realtà inferirne che la legge elimini il contrasto da cui ebbe inizio la controversia. La stessa considerazione serve per disattendere la tesi di una sopraggiunta inammissibilità del ricorso, quando con la legge di conversione sostanzialmente rimanga immutata la disposizione convertita, restando inalterati non soltanto la controversia ma anche l'interesse che diede luogo al ricorso<sup>845</sup>.*

842 A propósito: "A edição de medida provisória gera dois efeitos imediatos. O primeiro efeito é de ordem normativa, eis que a medida provisória, que possui vigência e eficácia imediatas, inova, em caráter inaugural, a ordem jurídica. O segundo efeito é de natureza ritual, eis que a publicação da Medida Provisória atua como verdadeira provocatio ad agendum, estimulando o congresso nacional a instaurar o adequado procedimento de conversão em lei." (ADI 293-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-6-90, Plenário, DJ de 16-4-93).

843 Es el caso, por ejemplo, en que el orden numérico de los artículos sean alterados o de que sea alterada la redacción sin modificaciones de su sentido.

844 Aún así, está facultado al STF solicitar nuevas informaciones del Congreso Nacional o manifestaciones del Procurador General de la República y Abogacía General de la Unión.

845 *Sentenza 75/1967, massima* numero 4634.

Ya en el caso de alteraciones substanciales del Legislativo en la ley de conversión, el entendimiento que salió vencedor en la Corte brasileña ha sido el de que si la modificación es substancial, sí perjudicará el juicio de la ADI en la parte modificada, que no será conocida por pérdida del objeto. A propósito:

(...) 2. *A alteração substancial do art. 7º promovida quando da edição da Medida Provisória 1.863-52, de 26.08.1999, depois confirmada na sua conversão na Lei 10.522, de 19.07.2002, tornou a presente ação direta prejudicada, nessa parte, por perda superveniente de objeto. (...)*<sup>846</sup>.

Es necesario decir que el problema de las alteraciones introducidas en las medidas provisionales en Brasil no se restringió a eventuales modificaciones realizadas por el Poder Legislativo al convertirlas en ley. El problema ha sido incluso más grave cuando las alteraciones eran realizadas por el propio Ejecutivo al reeditarlas, si no eran apreciadas en el plazo de 30 días. Hoy este asunto ha perdido su importancia en el escenario brasileño, una vez que la Enmienda Constitucional 32/2001 ha puesto punto final en las interminables reediciones<sup>847</sup>. Sin embargo, regístrese que éste ha sido un asunto de los más tormentosos del Derecho Constitucional brasileño, cuya solución no ha sido dada por la Corte Suprema, que en este caso actuó tímidamente avalando la conducta del Ejecutivo legislador.

Como veremos a continuación, el posicionamiento del STF en relación a las reiteraciones de las medidas provisionales (presuntamente caducadas antes de la EC 32/2001) ha sido en el sentido de permitir las, confiriendo fuerza de ley a la medida

846 A propósito: ADI 1454, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2007, DJe-072 03.08.2007PP-00029 EMENT VOL-02283-01 PP-00184 LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 29-50).

847 Conforme hemos visto en el Capítulo tres, hubo un tiempo en Brasil (antes de las alteraciones traídas por la EC 32/2001) en el que las reediciones aprobadas por el propio Ejecutivo hacían modificaciones indiscriminadamente -de forma y contenido- en las *Medidas Provisorias*. A cada reedición se añadía una terminación numérica para indicar la cantidad de veces que una medida era reeditada, pero a cualquier tiempo o número de ediciones el Ejecutivo introducía las modificaciones que entendía conveniente, aunque sin ninguna pertinencia temática. Para tener una noción de la gravedad de los hechos, de 05 de octubre de 1988 (fecha de la promulgación de la CF) hasta el 11 de septiembre de 2001 (fecha de la promulgación de la EC n.º 32/01) fueron editadas originariamente 616 (seiscientos dieciséis) *Medidas Provisorias*. Sin embargo, este número ha sido aumentado de 5.513 (cinco mil quinientos trece) reediciones, lo que suma un total de 6.102 (seis mil ciento dos) *Medidas Provisorias*. Lo peor es que de ese total, el Congreso Nacional rechazó apenas 22 (veinte y dos), lo que representa un 0,36% (cero, treinta seis por ciento) del total. Se nota, más grave aún, que en el mismo lapso temporal el número de leyes ordinarias votadas por el Congreso Nacional no alcanza ni la mitad del número de medidas provisionales editadas, quedando claro que en Brasil quien más legislabo (y sigue legislando) es el Poder Ejecutivo. (cf. [www.planalto.gov.br/ccivil-03/MPV/Quadro/Governo](http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/MPV/Quadro/Governo)). En Italia, asimismo, hubo exceso. La redemocratización contuvo durante algún tiempo el empleo indiscriminado de la legislación urgente. El fenómeno del abuso solo recomienza en la década de los 70, volviéndose agudo cuando en 1993 el número de los *decreti-legge* sobrepasa el número de leyes. Según PALADÍN, la práctica italiana consideraba globalmente cada legislatura hasta el fin de los años ochenta para efecto de la estadística legislativa. Así, fueron editados 126 decretos-ley entre 1972-1976, en la sexta legislatura, 167 en la séptima, 275 en la octava y 296 en la novena. Desde entonces se pasó a conteos anuales: 259 decretos-ley en 1993, 336 en 1994. 71 de las 177 leyes adoptadas en 1993 eran conversiones de decretos-ley, en el año siguiente 84 de las 163 leyes aprobadas convertían decretos-ley. Cf. PALADIN, Livio. “Actes législatifs du gouvernement et rapports entre les pouvoirs: l'expérience italienne”. *Revue française de droit constitutionnel* n. 32, [titre Légiférer par décrets ?], 1997, pp. 693-711. La práctica de la *reedizione* igualmente ha sido muy intensa. Nótase que el *decreto-legge* 1, del 2 de enero de 1992, ha sido reiterado veinte veces y el 455, del 15 de noviembre de 1993, dieciocho veces, recordando que, a ejemplo de lo que pasa hoy en Brasil, en Italia el plazo de vigencia del *decreto-legge* siempre ha sido de 60 días.

provisoria no apreciada por el Congreso, pero reeditada por medio de nueva medida:

*(...) O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que não perde eficácia a medida provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de nova medida provisória, dentro de seu prazo de validade de trinta dias. Precedentes<sup>848</sup>.*

No obstante, entendía que en el caso de no manifestación del Congreso en el tiempo previsto (obligando el Ejecutivo a reeditar nueva medida), sería necesario al autor realizar pedido de extensión de la acción propuesta a la nueva medida provisoria para que la inconstitucionalidad argüida pudiera ser analizada. Esto se debe a que la acción de inconstitucionalidad pierde su objeto cuando el acto normativo deje de estar vigente<sup>849</sup>:

*AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA. REEDIÇÃO. AUSÊNCIA DE ADITAMENTO À INICIAL. AÇÃO NÃO CONHECIDA. Medidas Provisórias. Reedição. Ainda que formal e substancialmente idênticos os textos legais, revela-se imprescindível o aditamento à inicial da ação direta de inconstitucionalidade, sob pena de sua prejudicialidade. Precedentes. Ação não conhecida. Agravo desprovido<sup>850</sup>.*

*Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Falta de aditamento com relação às Medidas Provisórias que reeditaram aquela a respeito da qual se alega a omissão inconstitucional. Questão de ordem. - Ainda quando se trata de ação direta de inconstitucionalidade por omissão parcial, como é o caso da presente, fica ela prejudicada se não houver, sendo reeditada a Medida Provisória dela objeto, o aditamento à inicial das que a reeditaram. Precedente desta Corte: ADIQUO nº 2.162. Questão de ordem que se resolve dando-se por prejudicada a presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão parcial<sup>851</sup>.*

Esta orientación producía graves daños a la parte autora, la cual se veía obligada a enmendar su petición inicial a cada 30 días llevando al proceso la copia de cada uno de los textos normativos editados. Por otro lado, dicha práctica acabó también por crear una figura -inexistente en el derecho brasileño- de la “desistencia tácita del pedido”, pues al no manifestarse expresamente sobre el nuevo texto -aunque idéntico al anterior- la acción no seguía para ser juzgada.

Ya en Italia, donde ha nacido el fenómeno de la *reiterazione* de un *decreto-legge* caduco, será por obra de construcción de la jurisprudencia que la CC

848 Cf. RE 378691 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, juzgado en 13/05/2008, DJ 06/06/2008. Sin embargo, el Pleno del Supremo Tribunal Federal, desde la ocasión del juicio del Recurso Extraordinario RE 232.896 (Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 01.10.1999), entendió que la medida provisoria reeditada dentro de su fecha de caducidad no pierde su eficacia en función de su no apreciación por el Congreso Nacional.

849 Sin embargo, nótese que éste no ha sido el entendimiento inicial del STF, que al principio llegó al absurdo de simplemente decidir por perjudicada la acción, exigiendo, de esta forma, que se propusiera nueva acción directa a cada 30 días. Era, cuanto menos, una paradoja: La *medida provisória* no perdía su eficacia si fuera reeditada, pero la acción que la acataba, sí ¡perdía su objeto!

850 ADI 1874 AgR, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, juzgado en 01.07.2002, DJ 07.02.2003.

851 ADI 1830 QO, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, juzgado en 12.06.2002, DJ 09.08.2002.

procederá a la fijación de un principio de la transferencia de la cuestión de constitucionalidad del decreto-ley caduco o no convertido, para aquél que lo reitera y para la ley de conversión. La continuidad de la existencia de la norma en el ordenamiento es relevante para los fines de control de constitucionalidad de los vicios originales:

*SENT. 84/96. GIUDIZIO INCIDENTALE DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE - NORMA OGGETTO DEL GIUDIZIO - CESSAZIONE DI EFFICACIA DELLA STESSA, MA CONSERVAZIONE PER EFFETTO DI 'JUS SUPERVENIENS' - POTERE DELLA CORTE DI ESTENDERE L'ESAME ALLA NORMA SOPRAVVENUTA - REITERAZIONE DI DD.LL. IN MATERIA DI PROCESSO CIVILE - NON FONDATEZZA.*

*La norma contenuta in un atto avente forza di legge vigente al momento in cui l'esistenza nell'ordinamento della norma stessa e' rilevante ai fini di una utile investitura della Corte, ma non più in vigore nel momento in cui essa rende la sua pronunzia, continua ad essere oggetto dello scrutinio alla Corte stessa demandato quando quella medesima norma permanga tuttora nell'ordinamento - con riferimento allo stesso spazio temporale rilevante per il giudizio - perché riprodotta, nella sua espressione testuale o comunque nella sua identità precettiva essenziale, da altra disposizione successiva, alla quale dunque dovrà riferirsi la pronunzia. Alla stregua dell'affermato principio, la Corte ha dichiarato non fondate, con riferimento agli artt. 77, comma secondo e 97 Cost., le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma secondo, della legge 20 dicembre 1995, n. 534 (che ha convertito in legge, con modificazioni, il d.l. 18 ottobre 1995, n. 432, recante interventi urgenti sul processo civile e sulla disciplina transitoria della l. 26 novembre 1990, n. 353, relativa al medesimo processo) - nella parte in cui prevede che restano validi gli atti ed i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi ed i rapporti giuridici sorti sulla base degli artt. 2 e 4 del d.l. 21 giugno 1995, n. 238 - per difetto di pertinenza ai casi di specie dei parametri invocati. - Circa l'originario orientamento, secondo cui e' manifestamente inammissibile 'tout court' la questione di costituzionalità avente ad oggetto una disposizione di un d.l. successivamente non convertito e quindi decaduto, ma seguito da altri dd.ll. che reiterano la medesima disposizione, v., 'ex plurimis', O. nn. 171/1995, 172/1995, 173/1995, 174/1995; in seguito, la Corte ha ritenuto di motivare la confermata valutazione di manifesta inammissibilità, precisando ulteriormente che la disciplina dettata dal d.l. censurato risultava modificata ad opera di un successivo d.l. reiterato: v., tra le altre, O. nn. 165/1995, 175/1995, 176/1995, 179/1995. Analoga puntualizzazione si ritrova in quella giurisprudenza alla stregua della quale gli atti vanno restituiti al giudice 'a quo', perché e' mutata, in tutto, o in parte, la disciplina contenuta nell'ultimo d.l. convertito (O. nn. 272/1995, 403/1995, 535/1995) o nel d.l. reiterato vigente, ma non ancora convertito (O. nn. 243/1995, 279/1995, 518/1995). In ordine alla possibilità, o meno, di trasferire la censura della disposizione di un d.l. non convertito alla successiva disposizione di salvezza, v., 'ex multis', S. nn. 188/1995, 176/1972, 75/1967, 70/1987, 742/1988, 1033/1988, 474/1988, nonche' S. nn. 482/1991, 446/1995, 482/1995. V., inoltre, S. nn. 429/1993, 40/1994 e 68/1978. - Sul parametro dell'art. 77 Cost., cfr., tra le altre, S. nn. 29/1995, 165/1995 e O. n. 1119/1988. - Sul parametro dell'art. 97 Cost., v., tra le molte, O. nn. 257/1995, 39/1995, 275/1994, 428/1993. red.: G. Leo. <sup>852</sup>*

El problema de la reiteración de normas contenidas en decretos caducos es un problema específico de Italia y Brasil, de origen exclusivamente jurisprudencial,

<sup>852</sup> Cf. Sentenza 84/1996, Massima numero 22262. No obstante, regístrese también la antigua orientación en sentido contrario: *SENT. 108/86 B. DECRETO LEGGE - CONDIZIONI DI ADOZIONE (NECESSITA' ED URGENZA) - MANCANZA - IRRILEVANZA OVE SIA GIA' INTERVENUTA LA LEGGE DI CONVERSIONE. L'asserito difetto dei requisiti della necessita' e dell'urgenza (art. 77 Cost.) perde rilievo ove il decreto-legge, sotto tale profilo censurato innanzi alla Corte, sia gia' stato convertito in legge dal Parlamento (Sentenza 108/1986, Massima numero 12355).*



que España, felizmente, no ha enfrentado. A este tema regresaremos a continuación.

En Brasil, hoy es una cuestión pacífica que la conversión de la Medida Provisoria en ley, sin modificación de su materia, no perjudicará la acción de inconstitucionalidad material de la misma, teniendo en cuenta que su promulgación apenas le transforma en especie normativa definitiva, con eficacia *ex tunc* y sin solución de continuidad. Es indispensable que el autor de la Acción Directa enmiende su pedido, anexando el texto definitivo de la ley de conversión. No obstante, si las modificaciones son substanciales, no basta con enmendar la petición, si exige sea propuesta nueva acción:

*- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISORIA N. 160/90 - SUA CONVERSAO SUPERVENIENTE, COM ALTERAÇÕES, NA LEI N. 8.033/90 - IMPOSSIBILIDADE DE ADITAMENTO DA INICIAL. A lei de conversão, derivada de medida provisoria objeto de ação direta de inconstitucionalidade, tendo operado alterações no conteúdo material desse ato normativo editado pelo Presidente da Republica, constitui espécie jurídica diversa, não podendo ser impugnada na mesma ação, mediante simples aditamento da petição inicial<sup>853</sup>.*

Según la jurisprudencia del STF, si la ley de conversión es revocada igualmente, la ADI queda perjudicada:

*E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - QUESTÃO DE ORDEM - IMPUGNAÇÃO A MEDIDA PROVISÓRIA QUE SE CONVERTEU EM LEI - LEI DE CONVERSÃO POSTERIORMENTE REVOGADA POR OUTRO DIPLOMA LEGISLATIVO - PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DIRETA. - A revogação superveniente do ato estatal impugnado faz instaurar situação de prejudicialidade que provoca a extinção anômala do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, eis que a ab-rogação do diploma normativo questionado opera, quanto a este, a sua exclusão do sistema de direito positivo, causando, desse modo, a perda ulterior de objeto da própria ação direta, independentemente da ocorrência, ou não, de efeitos residuais concretos. Precedentes<sup>854</sup>.*

### 3. EL FENOMENO DE LA REITERACIÓN EN BRASIL E ITALIA

El fenómeno de la reiteración de los decretos-leyes ha nacido en Italia y luego ha sido importado por Brasil. En la actualidad, no hay dudas de que en ningún de los dos países se permite la reiteración de los *decreti-legge* o *medidas provisórias*. Sin embargo, ni esta es una regla absoluta ni tampoco ha sido siempre así. El tema de las reiteraciones ha sido uno de los más tormentosos en la doctrina y cortes constitucionales de ambos países.

Por ese motivo, entendemos oportuno comparar cómo el problema ha sido tratado en Brasil e Italia, anticipando que la solución encontrada para el problema de las reiteraciones abusivas e ilimitadas ha sido distinta. Mientras que en Italia la prohibición de reiteración ha ocurrido gracias a la labor de la Corte Constitucional, que ha puesto un freno en las reiteraciones, en Brasil la Corte ha renunciado a

853 ADI 258 QO, Relator: Min. ALDIR PASSARINHO, Tribunal Pleno, juzgado en 26.04.1991, DJ 28.02.1992.

854 ADI 1445 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, juzgado en 03.11.2004, DJ 29.04.2005.

hacerlo, dejando que el Constituyente derivado asumiera este deber reformando la Constitución.

### 3.1. El control de las reiteraciones en Italia

La práctica de la reiteración o “*reiterazione*” del *decreto-legge* (como instrumento de la legislación de urgencia) ha nacido en Italia utilizada en casos de agotamiento del plazo constitucional de sesenta días sin que hubiera habido la conversión del *decreto-legge* en ley. El argumento que justificaba la práctica era el de que en el caso de que no hubiera la reiteración el Gobierno sería penalizado por una inercia imputable al Parlamento<sup>855</sup>. De todas formas, la doctrina no recomendaba la reiteración en caso de que fuera evidente, siempre que no estuviese formalizada, la contrariedad del Parlamento para con el *decreto-legge*<sup>856</sup>.

ZAGREBELSKI<sup>857</sup>, examinando dicha práctica originada en Italia, afirma que en las hipótesis donde no se vislumbra rechazo expreso de la medida por las Cámaras, la mayoría de los autores se inclinaban por la admisibilidad de la reiteración, motivada por la circunstancia de atribuirse a la inercia parlamentaria la actitud obstruccionista de las minorías, aunque, en su íntima convicción, en la práctica venga adoptada como ilegítima.

Algunas observaciones doctrinarias del fenómeno *reedizione* entienden que su utilización tiene por objetivo la reglamentación de algunos sectores importantes de la vida colectiva, de manera que los proveimientos provisorios, muchas veces, han producido la estabilidad normativa en sustitución a la ley. Ante este problema, la ponderable preocupación es expuesta por CELOTTO:

*Tale prassi, conseguentemente, lede in maniera gravissima il principio della certezza del diritto, in quanto – allungando di fatto la provvisorietà – comporta che la maggior parte dell’attività giuridica resti disciplinata precariamente, e spesso in maniera disomogenea, per mesi e mesi. In tal modo il decreto-legge viene ad essere profondamente e radicalmente snaturato, in quanto la reiterazione sistematica ed insistita –che dà vita ad un vero e proprio procedimento alternativo di produzione normativa– gli fa perdere la sua intrinseca e naturale provvisorietà. Il decreto-legge ripetutamente reiterato crea effetti sempre più irreversibili, importando nell’opinione pubblica un affidamento sulla sua stabilità –come emerge nitidamente da alcune pronunce giurisprudenziali – e, soprattutto, coartando il Parlamento non tanto alla conversione in legge che resta pur sempre libera ma, prima, a pronunciarsi sull’atto e, poi, specificamente, alla sanatoria degli effetti comunque prodotti dai decreti non convertiti: solo l’intervento parlamentare può dare saldezza al ‘castello di carte’ che si è venuto a formare mediante la ‘catena’ dei decreti-legge, la cui decadenza ex tunc produrrebbe effetti disastrosi<sup>858</sup>.*

Asimismo, la doctrina italiana tradicional establecía que la ausencia de conversión dentro del plazo constitucional no permite concluir con el rechazo del *decreto-legge* (ni mucho menos su invalidez), máxime en razón de la conversión, en la mayor parte de las veces deriva de la obstrucción promovida por la minoría

855 PITRUZZELLA, G. *La legge ...cit.* p. 185.

856 *Idem, ibidem*, p. 158.

857 ZAGREBELSKI, Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale*. Torino: UTET, 1993, p. 185.

858 Cf. CELLOTO, Alfonso. *L’ “abuso” del Decreto-legge*. Padova: CEDAM, 1997, pp. 480-510. También se oponen a la reiteración de los *decreti-legge*: CICONETTI, Stefano Maria. “La reiterazione dei decreti legge”. En *Politica del diritto*, 1995, 383-392. *Apud* : BAUDREZ, Maryse *et al.* *I Decreti-legge non convertiti*, Milano: Giuffrè Editore, 1996. p. 64.

parlamentaria<sup>859</sup>. También existía cierta alerta debido a que no son pocos los registros de reiteraciones que innovaron el texto de los respectivos *decreti-legge* con vistas a, desde luego, conformarlos a las discusiones parlamentarias, incluso tomando como base los proyectos de leyes de conversión trazados por las comisiones parlamentarias<sup>860</sup>.

No obstante, lo que nos importa ahora es resaltar el relevante papel desempeñado por la Corte Constitucional en el control de esta categoría normativa destinada a atender situaciones extraordinarias de urgencia y necesidad. Es notorio que el papel desarrollado por la Corte Constitucional en el tema de la legislación de urgencia pasa por una notable evolución. Así, después de un claro abuso en el ejercicio del poder legislativo del Gobierno, la Corte dictó la *Sentenza* 302, del 10 de febrero de 1988, donde comenzó por intentar poner un freno a la reiteración, reputando inconstitucional, por violar la capacidad constitucionalmente garantizada a las regiones, la insistente repetición del art. 12, incisos 1º, 2º y 3º, del *decreto-legge* 2, del 12 de enero de 1988:

*SENT. 302/88 G. EDILIZIA E URBANISTICA - OPERE ABUSIVE - AREE SOGGETTE A VINCOLO PAESAGGISTICO E AMBIENTALE - CONCESSIONE O AUTORIZZAZIONE IN SANATORIA - ISTANZE PER IL PRESCRITTO PARERE - TERMINE PER LA LORO PRESENTAZIONE - DECORRENZA - SPOSTAMENTO IN CONSEGUENZA DELLA REITERAZIONE DEL DECRETO LEGGE - ILLEGITTIMITA' COSTITUZIONALE. - D.L. 12 GENNAIO 1988, N. 2, ART. 12, TERZO COMMA. - COST., ARTT. 117, 118, 77.*

*La reiterazione di decreti legge - oltre alla lesione dei principi costituzionali che governano la decretazione d'urgenza - puo` costituire fattore autonomo di pregiudizio delle competenze spettanti alle regioni. In particolare, la reiterata riproduzione (per 5 volte consecutive e, da ultimo, nel decreto legge n. 2 del 1988) della disposizione che prevede, alla data di inizio della sua vigenza, la decorrenza del termine per la presentazione delle istanze del prescritto parere - ai fini del rilascio della concessione o dell'autorizzazione in sanatoria delle opere abusive - ha prodotto, con il continuo spostamento del termine, un'indubbia interferenza sulle competenze amministrative regionali a rendere il suddetto parere. Pertanto, per violazione del combinato disposto degli artt. 77, 117 e 118 Cost., e` costituzionalmente illegittimo l'art. 12, terzo comma, del 12 gennaio 1988, n. 2)<sup>861</sup>.*

El fallo, sin embargo, no surtió el objetivo deseado, porque la Cámara de los Diputados, en el momento de la audiencia pública de la Corte Constitucional, ya había modificado radicalmente el tenor del diploma e incluso el dispositivo posteriormente tenido por anulado. No obstante, las consecuencias políticas de la decisión han resultado en la promulgación de la *Legge* 400 de 23.08.1988, que dispone lo siguiente:

*2. Il Governo non può, mediante decreto-legge:*

*(...)*

*c) rinnovare le disposizioni di decreti legge dei quali sia stata negata la conversione in legge con il voto di una delle due Camere;*

Como podemos ver, la ley, aunque haya prohibido la reiteración de decreto-

859 VIESTI. *Il decreto-legge...cit.* p. 177.

860 *Idem, ibidem*, p. 157 y 159.

861 *Sentenza* 302/1988 *Massima* numero 10587.

ley rechazado por el Parlamento, por otro lado, no mencionó nada en cuanto a la inercia del Poder Legislativo. Este hecho, según se interpretó, ha avalado el entendimiento permisivo en cuanto a la renovación del *decreto-legge* en los casos de falta de manifestación contraria de las Cámaras legislativas. Así, el procedimiento de *reiterazione* de los *decreti-legge* no apreciados por el Parlamento, en el plazo de 60 días, se ha tornado práctica común.

La reiteración ilimitada de los *decreti-legge* ha dado causa para que fuera adoptada por el Gobierno la práctica de introducir en las reiteraciones una cláusula de convalidación - o *convalidatoria* (o, en idioma italiano, *clausola de salvezza*<sup>862</sup>) - de los efectos surtidos con base en el decreto inmediatamente anterior en la línea de reiteraciones<sup>863</sup>. Dicha práctica, además de despertar la reacción del Parlamento (que no pocas veces extirpó la cláusula de convalidación de la ley de conversión para disciplinar, en otra ley, las relaciones jurídicas surtidas con base en el *decreto-legge*) – también ha sido considerada inconstitucional por la doctrina italiana<sup>864</sup>, que la entendía contraria al art. 15.2, “d”, de la *Legge 400/1988*. Igualmente, la CC ha fallado aproximadamente un año después de la promulgación de la *Legge 400*, y de la *sentenza 302/88*.

Ha sido con SCC 544/89 que la Corte consideró disconforme con la Constitución la facultad de introducirse, en *decreto-legge* posterior, la cláusula de salvaguarda de las situaciones sobre la vigencia de los decretos precedentes. Sin embargo, la cuestión no ha sido conocida por ausencia de interés recursal de la Región de Cerdeña:

*Non vi può esser dubbio che il decreto-legge sia una fonte incompetente a regolare i rapporti giuridici sorti in base a precedenti decreti non convertiti e che, in generale, una disposizione di decreto-legge la quale stabilisca una decorrenza dei propri effetti a partire dalla data di entrata in vigore del precedente decreto non convertito possa suscitare seri dubbi circa la correttezza dell'operato del Governo alla luce dei citati artt. 77 della Costituzione e 15 della legge n. 400 del 1988*<sup>865</sup>.

Posteriormente, se notó cierta perplejidad en las decisiones 263/1994, 366/1996 y 328/1995<sup>866</sup>, donde se fijó que la Corte parecía haber consentido las

862 A propósito, véase ANGIOLINI, Vittorio. *La 'reiterazione' dei decreti-legge. La Corte censura i vizi dei Governo e difende la presunta virtù dei Parlamento? Diritto Pubblico*, n. 1, p. 118.

863 Véase PITRUZZELLA, G. (*La legge ...cit.* p. 157) que registra ejemplo de la técnica de la *clausola de salvezza*: “restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono salvi gli effetti e i rapporti sorti sulla base del precedente decreto”.

864 VERGOTINI, G. *Diritto costituzionale*, op. cit. p. 199. En el mismo sentido, ANGIOLINI, V. *La 'reiterazione' ...cit.* p. 118-119 y RODRÍGUEZ, María. “Articolo 77” en: CRISAFULLI, Vezio; PALADÍN, Livio. (dir) *Commentario breve alla Costituzione*. Padova: Cedam, 1990, p. 484.

865 Sentenza 544/89, CD 3.

866 Véase: SENT. 263/94 H. TRIBUTI (IMPOSTE E TASSE) - ESTIMI CATASTALI - TARIFFE E RENDITE DETERMINATE IN BASE AL VALORE IMMOBILIARE DI MERCATO - TRANSITORIA APPLICABILITA' NONOSTANTE L'AVVENUTO ANNULLAMENTO DEI DECRETI MINISTERIALI DI DETERMINAZIONE - PREVISIONE INTRODotta CON DECRETO-LEGGE RIPETUTAMENTE REITERATO - DENUNCIATA MANCANZA DEI PRESUPPOSTI DI NECESSITA' ED URGENZA, NONCHE' ASSERITA COARTAZIONE DELLA VOLONTA' DELLE CAMERE - ININFLUENZA DELLA PRIMA CENSURA A SEGUITO DELL'AVVENUTA CONVERSIONE IN LEGGE, E INIDONEITA' DELLA SECONDA AD ATTIVARE IL SINDACATO DI COSTITUZIONALITA' - INAMMISSIBILITA' DELLA QUESTIONE.

*L'asserito difetto dei presupposti della necessita' e dell'urgenza perde rilievo ove il decreto-legge, sotto tale profilo censurato innanzi alla Corte, sia già stato convertito in legge dal Parlamento; ne' e' idoneo ad attivare lo scrutinio di costituzionalità il rilievo - espressivo di un mero punto di vista - che la ripetuta*

reiteraciones, al negar que la reproducción de disposiciones por parte del Gobierno pudiese ser considerada como restricción de la voluntad de las Cámaras.

Lo mismo aconteció cuando, por reflejo, afirmó, en la Sentenza 84/1996, la posibilidad del control sobre eventuales vicios del *decreto-legge* de ser transferido, en sede jurisdiccional, a los decretos reproductivos de disposiciones del impugnado:

*SENT. 84/96. GIUDIZIO INCIDENTALE DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE - NORMA OGGETTO DEL GIUDIZIO - CESSAZIONE DI EFFICACIA DELLA STESSA, MA CONSERVAZIONE PER EFFETTO DI 'JUS SUPERVENIENS' - POTERE DELLA CORTE DI ESTENDERE L'ESAME ALLA NORMA SOPRAVVENUTA - REITERAZIONE DI DD.LL. IN MATERIA DI PROCESSO CIVILE - NON FONDATEZZA.*

*La norma contenuta in un atto avente forza di legge vigente al momento in cui l'esistenza nell'ordinamento della norma stessa e' rilevante ai fini di una utile investitura della Corte, ma non più' in vigore nel momento in cui essa rende la sua pronunzia, continua ad essere oggetto dello scrutinio alla Corte stessa demandato quando quella medesima norma permanga tuttora nell'ordinamento - con riferimento allo stesso spazio temporale rilevante per il giudizio - perché riprodotta, nella sua espressione testuale o comunque nella sua identità precettiva essenziale, da altra disposizione successiva, alla quale dunque dovrà riferirsi la pronunzia. Alla stregua dell'affermato principio, la Corte ha dichiarato non fondate, con riferimento agli artt. 77, comma secondo e 97 Cost., le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma secondo, della legge 20 dicembre 1995, n. 534 (che ha convertito in legge, con modificazioni, il d.l. 18 ottobre 1995, n. 432, recante interventi urgenti sul processo civile e sulla disciplina transitoria della l. 26 novembre 1990, n. 353, relativa al medesimo processo) - nella parte in cui prevede che restano validi gli atti ed i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi ed i rapporti giuridici sorti sulla base degli artt. 2 e 4 del d.l. 21 giugno 1995, n. 238 - per difetto di pertinenza ai casi di specie dei parametri invocati. - Circa l'originario orientamento, secondo cui e' manifestamente inammissibile 'tout court' la questione di costituzionalità avente ad oggetto una disposizione di un d.l. successivamente non convertito e quindi decaduto, ma seguito da altri dd.ll. che reiterano la medesima disposizione, v., 'ex plurimis', O. nn. 171/1995, 172/1995, 173/1995, 174/1995; in seguito, la Corte ha ritenuto di motivare la confermata valutazione di manifesta inammissibilità, precisando ulteriormente che la disciplina dettata dal d.l. censurato risultava modificata ad opera di un successivo d.l. reiterato: v., tra le altre, O. nn. 165/1995, 175/1995, 176/1995, 179/1995. Analoga puntualizzazione si ritrova in quella giurisprudenza alla stregua della quale gli atti vanno restituiti al giudice 'a quo', perché e' mutata, in tutto, o in parte, la disciplina contenuta nell'ultimo d.l. convertito (O. nn. 272/1995, 403/1995, 535/1995) o nel d.l. reiterato vigente, ma non ancora convertito (O. nn. 243/1995, 279/1995, 518/1995). **In ordine alla possibilità, o meno, di trasferire la censura della disposizione di un d.l. non convertito alla successiva disposizione di salvezza**, v., 'ex multis', S. nn. 188/1995, 176/1972, 75/1967, 70/1987, 742/1988, 1033/1988, 474/1988, nonche' S. nn. 482/1991, 446/1995, 482/1995. V., inoltre, S. nn. 429/1993, 40/1994 e 68/1978. - Sul parametro dell'art. 77 Cost., cfr., tra le altre, S. nn. 29/1995, 165/1995 e O. n. 1119/1988. - Sul parametro dell'art. 97 Cost., v., tra le molte, O. nn. 257/1995, 39/1995, 275/1994, 428/1993. red.: G. Leo. [letra en negrita resaltada expresamente para este caso]*

No obstante, mientras tanto, la práctica de la *reiterazione* era cada vez más frenética, lo que ocasionaba problemas muy graves de seguridad jurídica. Entonces, la CC se vio "obligada" a intervenir, y con la Sentenza 360, del 24 de octubre de

---

*reiterazione del decreto-legge più volte decaduto avrebbe coartato la libera espressione della volontà' delle Camere. (Inammissibilità della questione di costituzionalità dell'art. 2 del d.l. 23 gennaio 1993, n. 16, conv. in l. 24 marzo 1993, n. 75, sollevata in riferimento all'art. 77 Cost.). red.: L.I. rev.: S.P. (Sentenza 263/1994 Massima numero 21031 ).*

1996, asentó una posición inequívoca sobre el asunto. Afirmó que el art. 77 de la Constitución pone una alternativa transparente, libre de duda, entre la conversión y la pérdida de eficacia retroactiva del *decreto-legge*, sin que el Gobierno tenga la facultad de invocar prórroga, o el Legislativo pueda proceder a una conversión tardía, tornando así insuperable el plazo de sesenta días.

No obstante, como bien ha percibido CELOTTO, para evitar un terremoto institucional descendiente de desintegración de años y años de la legislación producida por "cadenas" de los decretos-leyes reiterados varias veces y, finalmente, convertidos y sanados, la Corte "tuvo" que concluir que los vicios del *decreto-legge* no se comunican a la ley de conversión, siendo sanados por esta<sup>867</sup>. Volveremos a tratar sobre este asunto más adelante; lo que nos interesa ahora es verificar que la práctica de la reiteración quedó definitivamente rechazada por la Corte *Costituzionale* a partir de la Sentencia 360:

*SENT. 360/96 A. DECRETO-LEGGE - ITERAZIONE O REITERAZIONE - RIPRODUZIONE SOSTANZIALE, IN ASSENZA DI NUOVI E SOPRAVVENUTI PRESUPPOSTI STRAORDINARI DI NECESSITA' ED URGENZA, DEL CONTENUTO NORMATIVO DI DECRETO-LEGGE NON CONVERTITO - VIZIO DI ILLEGITTIMITA' COSTITUZIONALE PER VIOLAZIONE DELL'ART. 77 COST. - SUSSISTENZA.*

*Devono considerarsi costituzionalmente illegittimi, per violazione dell'art. 77 Cost., i decreti-legge iterati o reiterati, quando tali decreti, considerati nel loro complesso o in singole disposizioni, abbiano sostanzialmente riprodotto, in assenza di nuovi (e sopravvenuti) presupposti straordinari di necessita' ed urgenza, il contenuto normativo di un decreto-legge che abbia perso efficacia a seguito della mancata conversione, in quanto il decreto-legge iterato o reiterato - per il fatto di riprodurre (nel suo complesso o in singole disposizioni) il contenuto di un decreto-legge non convertito, senza introdurre variazioni sostanziali - collide con la previsione costituzionale sia perché altera la natura provvisoria della decretazione d'urgenza, procrastinando, di fatto, il termine invalicabile previsto dalla Costituzione per la conversione in legge; sia perché toglie valore al carattere "straordinario" dei requisiti della necessita' e dell'urgenza, posto che la reiterazione viene a stabilizzare e a prolungare nel tempo il richiamo ai motivi già posti a fondamento del primo decreto; sia perché attenua la sanzione della perdita retroattiva di efficacia del decreto non convertito, posto che il ricorso ripetuto alla reiterazione suscita nell'ordinamento l'aspettativa di consolidamento degli effetti determinati dalla decretazione d'urgenza mediante la sanatoria finale della disciplina reiterata; sia perché la prassi della reiterazione, tanto più se diffusa e prolungata nel tempo, incide sugli equilibri istituzionali, alterando i caratteri della stessa forma di governo e l'attribuzione della funzione legislativa ordinaria al Parlamento (art. 70 Cost.); sia, infine, perché siffatta prassi, se diffusa e prolungata, intacca anche la certezza del diritto nei rapporti fra i diversi soggetti, per l'impossibilita' di prevedere la durata nel tempo delle norme reiterate e l'esito finale del processo di conversione, con conseguenze ancora più gravi nei casi in cui il decreto reiterato incida nella sfera dei diritti fondamentali, nella materia penale, o sia, comunque, tale da determinare effetti irreversibili in ipotesi di mancata conversione finale. - S. nn. 302/1988; 161/1995; O. n. 197/1996. red.: S. Di Palma<sup>868</sup>.*

867 En el original: "La Corte è così stata "costretta" ad intervenire con la sentenza sent. n. 360 del 1996, ma – per evitare un terremoto istituzionale discendente dalla caducazione di anni ed anni di legislazione prodotta attraverso "catene" di decreti-legge ripetutamente reiterati e alla fine convertiti e sanati – ha dovuto ritenere che il vizio da reiterazione "può ritenersi sanato quando le Camere, attraverso la legge di conversione (o di sanatoria), abbiano assunto come propri i contenuti o gli effetti della disciplina adottata dal Governo in sede di decretazione d'urgenza" (§ 6 Cons. Dir.). CELOTTO, Alfonso. C'è sempre una prima volta... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti). Disponible en: <http://www.giurcost.org/studi/celotto2.htm>. [Última fecha de consulta: 28.12.2009]

868 Sentenza 360/1996 Massima numero 22912. Véase el CD 5: "Il divieto di iterazione e di reiterazione, implicito nel disegno costituzionale, esclude, quindi, che il Governo, in caso di mancata conversione di un

VERGOTTINI, comentando la decisión de la Corte, afirma que, en cierto modo, la reproducción del *decreto-legge* “*senza introdurre variazioni sostanziali lede la previsione costituzionale sotto due profili: perché altera la natura provvisoria della decretazione d’urgenza, procrastinando, di fatto, il termine invalicabile previsto dalla costituzione per la conversione in legge; perché toglie valore al carattere «straordinario» dei requisiti della necessità e della urgenza*”<sup>869</sup>. Sin embargo, el fallo ha asentado que a) la insistente reiteración importa en alteración del equilibrio puesto por la Constitución en las relaciones entre Gobierno y Parlamento, asumiendo aquél el papel de legislador a éste conferido; b) también resulta agravada la certeza del derecho, pues no es posible prever la duración en el tiempo de las normas reproducidas, así como el éxito final del procedimiento de conversión.

Como podemos comprobar, la reiteración, bien sea porque el *decreto-legge* es rechazado expresamente o bien en virtud de la falta de conversión en ley en sesenta días, ya no es tolerada en Italia. Se da apenas y únicamente la excepción cuando el Gobierno explicita motivos autónomos de necesidad y urgencia (*autonomi motivi di necessità y urgenza*)<sup>870</sup>. Se observa así que no es que haya sido prohibida la reiteración; esta está permitida en el caso de que sean renovadas las situaciones de necesidad y urgencia<sup>871</sup>. Además, en el caso de que el *decreto-legge* haya sido rechazado o declarado inconstitucional (por vicio material) la reiteración queda inexorablemente excluida<sup>872</sup>.

De forma diferente, el Supremo Tribunal Federal no ha apreciado el fenómeno con la perspicacia merecida. De este tema nos ocuparemos a continuación.

---

*decreto-legge, possa riprodurre, con un nuovo decreto, il contenuto normativo dell'intero testo o di singole disposizioni del decreto non convertito, ove il nuovo decreto non risulti fondato su autonomi (e, pur sempre, straordinari) motivi di necessità ed urgenza, motivi che, in ogni caso, non potranno essere ricondotti ai solo fatto del ritardo conseguente dalla mancata conversione del precedente decreto. Se è vero, infatti, che, in caso di mancata conversione, il Governo non risulta spogliato del potere di intervenire nella stessa materia con lo strumento della decretazione d'urgenza, è anche vero che, in questo caso, l'intervento governativo - per poter rispettare i limiti della straordinarietà e della provvisorietà segnati dall'art. 77 - non potrà porsi in un rapporto di continuità sostanziale con il decreto non convertito (come accade con l'iterazione e con la reiterazione), ma dovrà, in ogni caso, risultare caratterizzato da contenuti normativi sostanzialmente diversi ovvero da presupposti giustificativi nuovi di natura 'straordinaria'”.*

869 VERGOTTINI, G. *Diritto Costituzionale. op. cit.*, p. 209-210.

870 Se entiende de la SCC 360 que la reiteración está permitida cuando los contenidos normativos sean substancialmente diversos (*contenuti normativi sostanzialmente diversi*). No obstante, en este caso no se tratará de reiteración, pero sí de nuevo *provvedimenti*. VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale*. 3ª ed. Padova: CEDAM 2001, p. 200.

871 Es el que se extrae de la interpretación de la CC en la *sentenza 360/1996*: “*E' costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 77 Cost., l'art. 6, comma 4, del d.l. 6 settembre 1996, n. 462 (...) in quanto ha reiterato, con contenuto immutato ed in assenza di nuovi presupposti di necessità ed urgenza, la disposizione espressa nell'art. 12, comma 4, dei decreti-legge impugnati (massima 22914)*”. [letra en negrita resaltada expresamente para este caso]. Véase también: (...) “*I principi richiamati conducono, dunque, ad affermare l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 77 della Costituzione, dei decreti-legge iterati o reiterati, quando tali decreti, considerati nel loro complesso o in singole disposizioni, abbiano sostanzialmente riprodotto, in assenza di nuovi (e sopravvenuti) presupposti straordinari di necessità ed urgenza, il contenuto normativo di un decreto-legge che abbia perso efficacia a seguito della mancata conversione (CD 6)*”.

872 PITRUZZELLA, G. *La legge ...op. cit.* p. 156. Además, si la ley de conversión “salva” los efectos de un *decreto-legge* que haya sido declarado inconstitucional por la Corte, este, automáticamente, contendrá los mismos vicios de inconstitucionalidad (Cf. SCC 181/1997).

### 3.2. El control de las reiteraciones en Brasil

En la doctrina publicista brasileña, las controversias que proliferaban en torno a la posibilidad de reiteración de las medidas provisionales encontraban su primer obstáculo en el art. 67/CRFB, que al tratar de la renovación de los proyectos de ley rechazados, solo la consentían si era aprobada por mayoría absoluta del Congreso Nacional<sup>873</sup>. Esta doctrina entendía que dicha prohibición alcanzaba a las *medidas provisórias*. Claro que no todos pensaban igual. Así, MACHADO HORTA<sup>874</sup>, por ejemplo, decía que no existía ningún óbice en el art. 67 de la Constitución brasileña, cuya prohibición se dirige únicamente a los proyectos de ley rechazados. Por otro lado, también afirmaba que dos fundamentos desaconsejaban la renovación de la medida provisional cuando era expresamente recusada: uno por proyectar la apariencia de conflicto político entre el Presidente de la República y el Parlamento y otro en virtud de la propia Constitución al haber ofertado la solución de ser adoptada, imponiendo al Congreso Nacional el deber de disciplinar las relaciones jurídicas consecuentes de las medidas no convertidas en ley.

En cuanto al transcurso del plazo de 30 días<sup>875</sup> sin deliberación concluyente del Congreso, algunos autores entendían por su admisibilidad desde que existieran (o permaneciera)<sup>876</sup> las razones justificadoras de su edición (presupuestos constitucionales de relevancia y urgencia)<sup>877</sup>.

Otra parte de la doctrina, no menos ilustre<sup>878</sup>, entendía ser imposible la reiteración de la medida provisional por el Ejecutivo, ya fuera en el caso de que el Legislativo la tuviera rechazada, ya fuera por que no se hubiera manifestado expresamente en el plazo de 30 días. En este último caso, decían, la falta de manifestación equivaldría al no consentimiento con la medida<sup>879</sup>.

873 “Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional”.

874 MACHADO HORTA, Raul. “Medidas Provisórias”. *Revista de Informação Legislativa* n. 27. Brasília: Senado Federal, jul./sep. 1990. p. 15.

875 Plazo constante de la redacción original del art. 62/CRFB antes de la EC/2001.

876 Se nota que el argumento es distinto del que concluyó la Corte Constitucional italiana, que solo pasó a admitir la reiteración si sobrevinieran **nuevos** supuestos extraordinarios de necesidad y urgencia.

877 En sentido similar, véanse: RAMOS, Saulo. RAMOS, Saulo. “Medidas Provisórias - art. 62 da Constituição Federal de 1988” (*Parecer SR-92, da Consultoria Geral da República, DOU de 23.06.89, p. 10.185*), *BDA, out. 1989, Brasília, p. 440 e ss*; Ferreira Filho, M.G. “As medidas provisórias com força de lei”. *Repertório IOB de Jurisprudência, Caderno Tributário e Constitucional*. São Paulo, março/1989, p. 86; MORAES, A. *Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, pp. 504-505; TÁCITO, Caio. “Medidas provisórias na Constituição de 1988”. *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro. abr./jun. 1989, p. 7), etc. En el mismo sentido, véase también el Parecer 01/89 de autoría del entonces Diputado Federal Nelson Jobim, que ha prevalecido en el ámbito del Poder Legislativo.

878 Véase autores como: BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. “Perfil constitucional das medidas provisórias” *Revista de Direito Público*. n.º. 95. São Paulo, 1990, pp. 28-32; CHIESA, Clélio. *O regime jurídico-constitucional das medidas provisórias*. Curitiba: Jurua Editora, 1996, p. 63; GRAU, Eros. “Medidas provisórias na Constituição de 1988”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. Ago/1990, pp. 240-242; etc.

879 En ese sentido, DANTAS, estableciendo una comparación con el *decreto-lei* de la Constitución de 67/69, afirmaba que en el sistema anterior se establecía que el silencio parlamentario favorecía al Ejecutivo, pero con la Constitución de 1988 ocurría exactamente lo contrario, es decir, el silencio del Parlamento implicaría en la pérdida de eficacia de la medida. Asimismo, afirmaba que con en el silencio u omisión del Parlamento hubo un pronunciamiento de naturaleza política. (DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997, p. 98).



El otro argumento esgrimido contra la reiteración está dirigido en la posible negación del requisito de la urgencia, que caería en el vacío en el caso de que tal práctica permaneciera durante un largo espacio de tiempo.

Sometida la cuestión a la Suprema Corte - cuyo *leading case* ha sido la Medida Cautelar en la ADI 293-7, es de donde se extraen dos tratamientos distintos<sup>880</sup>. En aquella ocasión, la Corte asentó el mismo entendimiento que en Italia ha sido expresado en la *legge 400*. Mantuvo el STF entonces que las reiteraciones de *medidas provisórias* expresamente rechazadas por el Congreso “además de desconstituir *ex tunc* su eficacia jurídica, opera otra relevante consecuencia de orden político-institucional, que consiste en la imposibilidad del Presidente de la República para renovar ese acto casi-legislativo. Modificaciones secundarias del texto, que en nada afectan los aspectos esenciales e intrínsecos de la medida provisoria expresamente repudiada por el Congreso Nacional, constituyen recursos incapaces de retirar la identidad temática que existe entre el acto no convertido en ley y la nueva medida provisoria editada. El poder absoluto ejercido por el Estado, sin cualesquiera restricciones y controles, impide, en una comunidad estatal concreta, la práctica efectiva de las libertades y el ejercicio de los derechos y seguridades individuales o colectivos. Es necesario respetar, de modo incondicional, los parámetros de actuación delineados en el texto constitucional”<sup>881</sup>.

Sin embargo, la interpretación sería otra en cuanto a la caducidad de la medida provisoria, por su no apreciación en el plazo de 30 días. En este caso, el STF entendió que la inercia del Congreso en apreciar la *medida provisória* no conduce a la conclusión de que ésta haya sido rechazada tácitamente<sup>882</sup>. Dicha orientación sería ratificada dos semanas más tarde con ocasión de la ADI 295, cuyo Relator ha sido el ministro Paulo Brossard (que, no obstante, entendía contrariamente a la reiteración de la *medida provisória* no apreciada por el Congreso en el plazo de 30 días, pero ha sido vencido en sus argumentos).

Paulo Brosard ha sido el único Ministro que ha alzado su voz en contra de la reedición de las *medidas provisórias* caducas. Para avalar su entendimiento, empezó su voto en la ADI MC 295 estableciendo un paralelo entre el *decreto-lei* de la Constitución de 1967/69 y las *medidas provisórias* de la Constitución de 1988:

---

880 La ADI en cuestión ha sido propuesta para impugnar el art. 1º, y su párrafo único, de la Medida Provisoria 190, de 31-05-90, substancialmente idéntica a los arts. 2º y 4º de la Medida Provisoria 185, de 04-05-90, integralmente rechazada por el Congreso Nacional. La posición asentada mayoritariamente ha sido la de que no se admitía la reedición de medida provisoria rechazada expresamente por el Legislativo, tratamiento equiparado a la hipótesis en la que el Congreso Nacional, al transformar la medida en ley, alterase sensiblemente sus puntos esenciales, motivo por el cual la expedición de una nueva medida, ratificando los términos de la anterior, también enfrentaría, sólo que por vía oblicua, la voluntad soberanamente manifestada por el legislador.

881 Véase la ADI 293 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, juzgada el 06.06.1990, DJ 16.04.1993.

882 Destaca que el Relator de la ADI 293, Min. CELSO DE MELLO, también se manifestara sobre el tema: “*Ressalte-se que a Constituição é omissa a este respeito (renovação de MP não apreciada ou rejeitada). Onde se pode retirar a conclusão de que ela não proíbe a renovação. Esta renovação, contudo, não deixa de traduzir um desafio ao Congresso Nacional, que, podendo fazê-lo, não quis converter em lei a medida provisória. Entretanto, aqui se põe um problema político, não jurídico*”. (ADI 293 MC, juzgada el 06.06.1990, DJ 16.04.1993). En la ADI 293 predominaron, además del relator, los puntos de vista expendidos por los Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Mário Velloso y Moreira Alves, al defender la imposibilidad de reiterar medida provisoria no apreciada por el Poder Legislativo, pues significaría erigir la obstrucción de la minoría (que por más legítima que fuera, no debe convertirse en forma de manifestación de la mayoría) situación no conducente con la regla democrática (Entendimiento extraído del voto del Ministro Sepúlveda Pertence).

8. Com efeito, editado o Decreto-lei, entrava ele imediatamente em vigor, e devia ser apreciado em 60 dias de sua edição Congresso Nacional, que não podia alterá-lo nem para eliminar uma vírgula descabida ou corrigir uma regência; o decurso do prazo sem apreciação importava em aprovação presumida; era a chamada aprovação tácita, Carta de 67, artigo 58, parágrafo único, Carta de 69, artigo 55, § 1º.

9. Com a Medida Provisória, que também entra em vigor desde a sua publicação, ocorre o contrário, na medida em que o Congresso pode alterá-lo ou aprová-lo em parte, que é uma forma de alteração, e se não aprová-la em 30 dias, quer dizer, se não convertê-la em lei, o decurso de prazo valerá como rejeição, pois ela caduca, perdendo a eficácia, retrospectivamente, desde sua edição. É o que preceitua a Constituição, artigo 62, parágrafo único.

A continuación, concluye el Ministro que, al contrario del régimen del *decreto-lei* de 1967/69, que debía de ser rechazado expresamente, las *medidas provisórias* sí admiten el rechazo tácito, motivo por el cuál, vencido el plazo improrrogable de 30 días sin manifestación del Congreso, quedarían irremediabilmente caducas:

11. No que concerne à Medida Provisória existe uma só forma de aprová-la, ainda que em parte e com alterações, a forma explícita, e duas maneiras de rejeitá-la, a explícita ou formal, e a tácita ou presumida, esta mediante o decurso *in albis*, do prazo improrrogável de 30 dias.

12. Ao contrário, por conseguinte, do Decreto-lei que só admitia uma maneira de rejeição, a explícita, e duas maneiras de aprovação, a formal e direta, por votação, e a tácita o presumida, por decurso de prazo.

13. No regime anterior, o decurso do prazo era a favor do Executivo; no atual, é a favor do Legislativo. Aquele tempo, valia como aprovação; hoje importa em rejeição, pois, não convertida em lei em 30 dias, perde a eficácia *ex tunc*.

No obstante, esta ha sido una manifestación aislada. Prevaleció el entendimiento ya asentado en la ADI 293 en lo que respecta a la posibilidad de reiteración de *medidas provisórias* no apreciadas por el Congreso Nacional. En la referida oportunidad, se ha asentado que tal no configuraba modalidad de rechazo tácito a la hora de impedir su renovación, a pesar del voto discordante del Min. Paulo Brossard.

Ratificando ese posicionamiento, el Supremo Tribunal Federal, en decisiones posteriores, al igual que ocurría en Italia, a pesar de aseverar la ilegitimidad de la reedición de medida provisoria explícitamente rechazada por el Congreso Nacional, reafirmó no existir incompatibilidad alguna con la Constitución en la actitud del Presidente de la República al renovar la presentación de las *Medida Provisórias* en el caso de que no haya pronunciamiento del Legislativo en el tiempo propio.

La prueba de ello se ve estampada en la ADI MC 1.397-1/DF (Medida Liminar), que impugnaba la Ley 9.131/95 resultante de la conversión de la Medida Provisoria 661, de 18-10-94, renovada varias veces, recayendo la última en la Medida Provisoria 1.159, de 26-10-95. Consta del voto del Relator, Min. Carlos Velloso, el siguiente:

*A reedição da medida provisória não rejeitada pelo Congresso Nacional, ao contrário do alegado, não é dado configurador da inoccorrência dos requisitos de urgência e relevância. Ao contrário, a reedição demonstra, de certa forma, a necessidade da medida e a sua urgência". Exige-se apenas, como ficou consignado nas mencionadas ADIN's 1.610-5 (Medida Cautelar) e 1.660-SE, haver a reedição acontecido dentro do*

*prazo de trinta dias de vigência da medida antecedente.*<sup>883</sup>

Con el aval del STF, el Poder Ejecutivo se ha tornado muy activo en el papel de “legislador”, relegando el Poder Legislativo a un papel secundario en la producción normativa estatal. Frente a esta situación de anormalidad, no quedó más remedio que alterar la Constitución para dar nueva configuración a la legislación de urgencia. La reforma fue llevada a cabo por medio de la Enmienda Constitucional 32/2001, (como hemos visto en el Capítulo anterior) que ha dado igual tratamiento tanto a las *medidas provisórias* rechazadas, como a aquellas no apreciadas por el Parlamento:

*§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa*<sup>884</sup>, *de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo*<sup>885</sup>.

La Constitución, al vedar la reedición de medida provisoria rechazada o que perdió la eficacia por decurso de plazo solamente en la misma sesión legislativa, ha conducido la doctrina a interpretar unánimemente el dispositivo como contenedor de permiso al Presidente de la República para hacer las reediciones en la sesión legislativa ulterior. Se deduce, entonces, que es perfectamente posible que una *medida provisória* que sea rechazada en una sesión extraordinaria del Congreso Nacional en el mes de enero vuelva a ser editada después por el Presidente de la República en la sesión legislativa ordinaria que empieza en febrero, y por tanto en el mismo año civil<sup>886</sup>.

Así, la duda que podría quedar sería referente a la medida provisoria adoptada en el último momento de una sesión legislativa y rechazada (o caduca por decurso de plazo) en la sesión legislativa siguiente. Sería, como ejemplo, el caso de una medida provisoria editada en diciembre de 2010 y rechazada en febrero de 2011 cuando ya se iniciara nueva sesión legislativa. En este caso, ¿el Presidente de la República solo podría presentarla otra vez a partir del 2 de febrero del 2012? A juzgar por la interpretación dada en la ADI MC 1441, la respuesta tendría que ser afirmativa, pues la prohibición consiste en que la *medida provisória* sea renovada en la misma sesión que la rechazó y, en este caso, el rechazo (o la caducidad) habrá ocurrido en el 2011. A su vez, si la *medida provisória* no puede ser reeditada en la misma sesión legislativa en la cual ha sido rechazada, nada impide que su contenido conste en el proyecto de ley presentado en la sesión legislativa en cuestión, siempre que sea mediante la propuesta de la mayoría absoluta de cualquiera de las dos Cámaras legislativas<sup>887</sup>.

Asimismo, con relación a la presentación del proyecto de ley y retomando el

883 Como ejemplo de dicha inclinación véase también la ADI (Medida Cautelar) 1.610-5, cuyo voto del Relator, Min. Sydney Sanches, hace mención a varios otros precedentes.

884 Se observa que la sesión legislativa no equivale al calendario o año civil y sí al período que va del 2 de febrero al 22 de diciembre, con un intervalo de quince días en el mes de julio. A propósito, la Constitución establece: “Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro”.

885 Aquí la Enmienda a la Constitución brasileña ha ido más allá del que dispuso la ley italiana (*legge 400*), alcanzando también la hipótesis de inercia del Parlamento.

886 Esta es la interpretación que se extrae del voto del Ministro Octavio Gallotti en la medida cautelar a la ADI 1441, DJ de 18.10.1996. Afirmó que la prohibición es en la misma sesión legislativa y no en sesión antecedente, ya sea ordinaria o extraordinaria.

887 Cf. parte final del artículo 67/CRFB.

substrato normativo de la medida provisoria rechazada, debe hacerse una consideración. Si sucede que la medida provisoria ha sido archivada por el hecho de que el Congreso Nacional no ha verificado la existencia de los presupuestos constitucionales de relevancia y urgencia, es posible sostener que no es necesario cumplir la formalidad del art. 67 de la Constitución de 1988 para el fin de la eventual presentación del proyecto de ley sobre la misma materia. Esto se debe a que el caso no es de rechazo de la medida provisoria por motivos de mérito, pero sí en razón del entendimiento del Congreso de la ausencia de los presupuestos que legitimarían su edición. Así, no habrá óbice para que el mismo Congreso presente un proyecto de ley que no depende de estos presupuestos excepcionales de edición y obedecerá los tramites normales.

Conforme hemos dicho previamente, la reiteración ya no está permitida en Brasil después de las modificaciones introducidas con la Enmienda Constitucional 32/2001. No obstante, la CRFB admite una prórroga en los siguientes términos:

*§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.*

Como podemos ver, la prórroga en el Congreso Nacional es automática, sin que haya cualquiera participación del Presidente de la República. A diferencia de lo que ocurría con la reiteración, la prórroga tampoco admite cualquier modificación de contenido en la *medida provisória*, ya que solamente son admitidas con motivo de su conversión en ley.

Otra novedad introducida con la EC 32/2001 ha sido la de cerrar los trabajos del Parlamento en el caso de que el Congreso Nacional no apreciara la medida en el plazo de 45 días:

*§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.*

Referido dispositivo hizo que el Presidente de la República intentara retirar la medida provisoria de la pauta del Parlamento con vistas a la dinamizar la pauta legislativa. Sin embargo, dicho procedimiento de "retirada" ha sido rechazado por el STF, que estableció que una vez publicada en el Diario Oficial "*subtraem-se ao poder de disposição do Presidente da República e ganham, em consequência, autonomia jurídica absoluta, desvinculando-se, no plano formal, da autoridade que as instituiu*". De esta forma, las medidas provisionales no pueden ser simplemente "retiradas" por el Presidente de la República, pero sí admiten que sean revocadas:

*MEDIDA PROVISÓRIA. REVOGAÇÃO. POSSIBILIDADE. EFEITOS. SUSPENSÃO DA TRAMITAÇÃO PERANTE A CASA LEGISLATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE RETIRADA DE MP DA APRECIÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32. IMPOSSIBILIDADE DE REEDIÇÃO DE MP REVOGADA. 1. Porque possui força de lei e eficácia imediata a partir de sua publicação, a Medida Provisória não pode ser "retirada" pelo Presidente da República à apreciação do Congresso Nacional. Precedentes. 2. Como qualquer outro ato legislativo, a Medida Provisória é passível de ab-rogação mediante diploma de igual ou superior hierarquia. Precedentes. 3. A*

*revogação da MP por outra MP apenas suspende a eficácia da norma ab-rogada, que voltará a vigorar pelo tempo que lhe reste para apreciação, caso caduque ou seja rejeitada a MP ab-rogante. 4. Conseqüentemente, o ato revocatório não subtrai ao Congresso Nacional o exame da matéria contida na MP revogada. 5. O sistema instituído pela EC nº 32 leva à impossibilidade - sob pena de fraude à Constituição - de reedição da MP revogada, cuja matéria somente poderá voltar a ser tratada por meio de projeto de lei. 6. Medida cautelar indeferida<sup>888</sup>.*

Se puede apreciar que mientras la nueva medida provisoria no sea transformada en ley no se podrá decir que hubo revocación de ley o medida provisoria anterior, sino tan sólo la pérdida provisional de su eficacia, que podrá volverse definitiva (con la cual la revocación se completará) en el caso de que ocurra la conversión de la medida provisoria revocadora en ley. Esta tesis ya había sido concebida por varios constitucionalistas, tales como Ives Gandra da Silva Martins, Celso Bastos, Alexandre de Moraes, Zeno Veloso, Clèmerson Merlin Clève, al comentar sobre los efectos “*restitutórios*” (reviviscentes) de la declaración de inconstitucionalidad de acto legislativo.

Desde el punto de vista jurídico, los efectos de la “revocación” promovida por una “medida provisoria” y por una “ley” son diferentes. La ley revocadora goza siempre de la presunción de legitimidad y aleja del mundo jurídico la ley revocada, en carácter definitivo. Apenas el Poder Judicial puede declararla inconstitucional y, en esta hipótesis, vuelve a prevalecer la ley revocada. En el caso de la medida provisoria, en razón de la precariedad de ese vehículo legislativo la “revocación” asume carácter de mera suspensión de eficacia de la norma anterior, pues la norma revocadora puede desaparecer en el momento exacto en que venga a ser rechazada o caducar, hecho que hoy se da en un plazo máximo de 120 días desde su edición.

Por tanto, el Poder Legislativo podrá, por acción u omisión, determinar la desaparición de la Medida Provisoria revocadora con el restablecimiento de la eficacia de la ley o medida provisoria “revocada”. Y ¿cuáles son los efectos de dicha constatación en el plan de las acciones directas de inconstitucionalidad? Es que el Supremo Tribunal Federal no podrá juzgar perjudicada ni continuar examinando acción directa de inconstitucionalidad teniendo por objeto la ley o la medida provisoria que haya sido “revocada” por otra medida provisoria, mientras ésta esté bajo apreciación del Congreso Nacional, dentro del plazo a que se refiere la Constitución. Le cumple, tan sólo, suspender el examen de la constitucionalidad de la ley o de la medida provisoria “revocada”, visto que solamente cuando haya la conversión de la medida revocadora por el Congreso Nacional es cuando el acto legislativo anterior tendrá su eficacia y vigencia consiguientemente apartadas, quedando efectiva la revocación y perjudicada la acción de control concentrado de constitucionalidad. A propósito, véase la decisión monocrática del Ministro CELSO DE MELLO, en la ADIN nº 2621-6-DF, donde explicita:

*O Plenário do Supremo Tribunal Federal, tendo presente essa orientação, estabeleceu que, enquanto a nova medida provisória (que revoga medida provisória ou leis anteriores, objeto de impugnação em ação direta) não for apreciada pelo Congresso Nacional, dentro do prazo a que se refere a Constituição, torna-se prejudicado, si et in*

888 ADI 2984 MC, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, juzgado en 04.09.2003, DJ 14.05.2004.

*quantum, o exame do processo de controle abstrato anteriormente instaurado (ADI nº 2028-DF e ADI nº 2228-DF, no caso), **sem que isso, no entanto, importe reconhecer que a própria ação direta de inconstitucionalidade, ela própria, esteja prejudicada.*** [letra en negrita resaltada expresamente para este caso]

Establecido esto, mientras la eficacia de la *medida provisória* esté suspensa, la Suprema Corte deberá permanecer a la espera de la conversión o no de la medida provisoria revocadora<sup>889</sup>. Se puede decir, pues, que mientras la ley nueva revoca la ley antigua, que disponía de forma diferente sobre la misma materia, quitándole "eficacia" y "vigencia"; la *medida provisória* posterior tan sólo suspende la eficacia de la ley o de la medida provisoria anterior que con ella sea incompatible. No obstante, en las dos hipótesis, si la Suprema Corte -en control concentrado o difuso- declara inconstitucional la nueva medida o ley revocadora, se dará el efecto *represtinatorio*, o de la "reviviscencia"<sup>890</sup>, es decir, volverá a regir la ley o medida provisoria anteriores, en razón de la inconstitucionalidad declarada de los nuevos actos legislativos.

889 En ese sentido, véase ADI nº 221 (RTJ 151/331).

890 Es necesario distinguir la reviviscencia (o *represtinação*) de una norma legal en razón de su rechazo por el Poder Legislativo (o pérdida de su eficacia por el transcurso del tiempo) ya admitida por el STF desde 1993 (cf. ADI 221 MC, Relator, juzgado en 29.03.1990, DJ 22.10.1993), de la reviviscencia de una norma legal en razón de su declaración de inconstitucionalidad. Esto se debe a que parte de la doctrina y de los tribunales entendían que si una norma ha sido declarada inconstitucional, es completamente nula, como si jamás hubiera existido. En ese sentido: "3. *Se uma lei é, em sua essência, inconstitucional, não valendo, portanto, a norma que se pretendeu colocar em lugar de outra, não pode prevalecer também a consequência, seja implícita ou expressa, de revogar essa outra norma. Não há, pois, que se falar, no caso, de represtinação.* 4. *Apelação da União e remessa oficial providas. Prejudicada a apelação da autora. (AC 96.01.15101-0/DF, Rel. Desembargador Federal Carlos Olavo, Rel.Acor. Desembargador Federal Joao Batista Moreira, Terceira Turma Suplementar, DJ de 24/02/2005, p.53)*". No obstante, en Brasil existen dos únicas hipótesis de "represtinação" admitidas por el ordenamiento jurídico; una de ellas está prevista exactamente en la ley que reglamenta el procedimiento en las acciones declaratorias de inconstitucionalidad. Veamos: la primera hipótesis es para el caso de que la ley promulgada para revocar otra ley **expresamente** determine su "represtinação" (art. 2º, § 3º, LICC); la segunda hipótesis está prevista en la ley 9.868/99, art. 11, §2º que establece que: "*A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário [del STF]*". En el Derecho Comparado, observamos que en Portugal es la propia Constitución la que trata de la *represtinação* en las declaraciones de inconstitucionalidad, como se nota del *Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (00492/04)*: "*Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são os previstos no artigo 282º da C.R.P., que dispõe: "A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a represtinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado"* (sublinhado nosso). *A represtinação traduz-se na reentrada em vigor das normas revogadas pela norma declarada inconstitucional, portanto, neste caso, pela reentrada em vigor do Decreto-Lei nº 116/85, de 19 de Abril. E a represtinação decorre automaticamente da declaração de inconstitucionalidade, pelo que o Tribunal Constitucional não tem de decidir "expressis verbis" efeitos represtinatorios, nem tem de especificar quais as normas represtinadas (cfr. Gomes Canotilho, "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", Almedina, 1997, p. 903)*". En Italia la jurisprudencia constitucional es en el mismo sentido: "*La caducazione, per effetto di sentenza dichiarativa di illegittimità costituzionale, di una norma abrogatrice (nella specie, l'art. 1, comma 9-bis, del decreto-legge n. 12 del 1985, come convertito nella legge n. 118 dello stesso anno, che interamente ha sostituito, abrogandolo, l'art. 69 della legge n. 392 del 1978) comporta il ripristino della norma precedentemente abrogata, dalla quale saranno, perciò, regolati i rapporti giuridici in essa considerati, alla giurisprudenza ordinaria spettando - salvo interventi del legislatore - il compito di risolvere (tenendo conto dei principi cui la pronuncia della Corte si è ispirata) le incertezze interpretative derivanti dalla temporanea vigenza della norma caducata (e concernenti, nel caso, il decorso dei termini di decadenza stabiliti dall'originario testo dell'art. 69 cit.). - S. n. 107/1974". (Cf. Sentenza 108/1986 Massima numero 12359).*

### 3.2.1. Obstrucción de los trabajos legislativos

Otra situación peculiar de Brasil, que no está prevista en ningún otro ordenamiento, es que las *medidas provisórias* -que deben ser votadas de inmediato por el Congreso Nacional- suspenden las demás votaciones cuando se han sobrepasado cuarenta y cinco días sin que haya deliberaciones al respecto.

Aunque se admitiera que las medidas provisionales son necesarias en el Estado Democrático de Derecho, se constata por todos los sectores de la doctrina que la función de dichas medidas provisionales se desvirtuó casi que totalmente de su sentido original, siendo, en la práctica, un medio para el Poder Ejecutivo pueda legislar en asuntos diversos, aun cuando sea incumpliendo los requisitos de urgencia y relevancia, reduciendo, por consiguiente, la actuación del Poder Legislativo.

Esta afirmación se torna más preocupante porque, pasados cuarenta y cinco días desde la edición de esta medida, se cierra la pauta de las Cámaras Legislativa en que esa MP se esté tramitando, no pudiendo ésta deliberar sobre otros asuntos de importancia popular y, lo que es peor, sirviendo de mero atenuante de las exageraciones del Poder Ejecutivo.

En este contexto, el Poder Legislativo corporificado en sus órganos (Cámara de los Diputados y Senado Federal) busca soluciones para que pueda volver a ejercer sus actividades típicas, que son la de legislar y la de fiscalizar los actos del Poder Ejecutivo. Una de esas soluciones, extraída de la Cuestión de Orden n° 411/2009, de la Cámara de los Diputados, fue interpretar restrictivamente lo dispuesto en el artículo 62, § 6° de la Constitución de la República, en el sentido de que las Medidas Provisionales no votadas en cuarenta y cinco días impiden apenas la votación de leyes ordinarias, y aún así de leyes ordinarias que no estén prohibidas constitucionalmente para ser objeto de MPs<sup>891</sup>.

Bajo este entendimiento, el Parlamento continuaría normalmente las actividades legislativas en lo que se refiere a la discusión y votación de enmiendas a la Constitución, leyes complementarias, leyes delegadas, decretos legislativos y resoluciones e, incluso, de leyes ordinarias que no pueden ser objeto de Medidas Provisionales<sup>892</sup>.

891 Cf. limitación material establecida en el párrafo 1° del art. 62/CRFB.

892 Sobre el tema, merece la pena transcribir el bien elaborado pensamiento del Presidente de la Cámara de los Diputados en la cuestión de orden:

*Então, se eu ficar na interpretação literal "todas as deliberações legislativas", eu digo, nenhuma delas pode ser objeto de apreciação. Mas não é isso que diz o texto. Eu pergunto, e a pergunta é importante: uma medida provisória pode versar sobre matéria de lei complementar? Não pode. Há uma vedação expressa no texto constitucional. A medida provisória pode modificar a Constituição? Não pode. Só a emenda constitucional pode fazê-lo. A medida provisória pode tratar de uma matéria referente a decreto legislativo, por exemplo, declarar a guerra ou fazer a paz, que é objeto de decreto legislativo? Não pode. A medida provisória pode editar uma resolução sobre o Regimento Interno da Câmara ou do Senado? Não pode. Isto é matéria de decreto legislativo e de resolução. Aliás, aqui faço um parêntese: imaginem os senhores o que significa o trancamento da pauta. Se hoje estourasse um conflito entre o Brasil e um outro país, e o Presidente mandasse uma mensagem para declarar a guerra, nós não poderíamos expedir o decreto legislativo, porque a pauta está trancada até maio. Então nós mandaríamos avisar: só a partir do dia 15 ou 20 de maio nós vamos poder apreciar esse decreto legislativo. Não é?*

*Então, em face dessas circunstâncias, a interpretação que se dá a essa expressão "todas as deliberações legislativas" são todas as deliberações legislativas ordinárias. Apenas as leis ordinárias é que não*

La innovadora interpretación dada por el Presidente de la Cámara está siendo admitida como una mutación constitucional, ya que ha sido concebida como un cambio de sentido y alcance de cierta norma de la Constitución, sin que se haya seguido el proceso legislativo atinente al cambio formal de la Constitución. No obstante, no significa que esta opinión sea pacífica, ya que la minoría parlamentaria interpuso un *Mandado de Segurança*<sup>893</sup> ante el STF para rechazar dicha interpretación, la cual, según dicen, contraría la Constitución.

El Ministro-relator Celso de Mello, tras admitir la legitimidad de los *impetrantes* y por el rango constitucional de la materia objeto de discusión, negó la *liminar*<sup>894</sup> acatando los argumentos del Presidente de la Cámara de los Diputados. La decisión del Relator merece ser destacada en la parte que demuestra el grave problema que representa la suspensión de las deliberaciones legislativas en virtud de la no apreciación de *medidas provisórias*:

*A decisão ora impugnada nesta sede mandamental, considerados os fundamentos que lhe dão suporte legitimador, reflete, aparentemente, a justa preocupação da autoridade apontada como coatora – que associa, à sua condição de político ilustre, o perfil de constitucionalista eminente – com o processo de progressivo (e perigoso) esvaziamento das funções legislativas, que devem residir, primariamente, como típica função da instituição parlamentar, no Congresso Nacional (MICHEL TEMER, “Elementos de Direito Constitucional”, p. 133, item n. 1, 22ª ed./2ª tir., 2008, Malheiros), em ordem a neutralizar ensaios de centralização orgânica capazes de submeter, ilegitimamente, o Parlamento à vontade unipessoal do Presidente da República, cuja hegemonia no processo legislativo tende, cada vez mais, a inibir o poder de agenda do Legislativo, degradando-o, enquanto instituição essencial ao regime democrático, à condição de aparelho estatal inteiramente subordinado aos desígnios do Executivo, precisamente em decorrência da*

*podem trancar a pauta. E ademais disso, mesmo no tocante às leis ordinárias, algumas delas, estão excepcionadas. O art. 62, no inciso I, ao tratar das leis ordinárias que não podem ser objeto de medida provisória estabelece as leis ordinárias sobre nacionalidade, cidadania, e outros tantos temas que estão elencados no art. 62, inciso I. Então, nestas matérias também, digo eu, não há trancamento da pauta.*

893 Se trata del Mandado de Segurança nº 27.931-1/DF, rel. Min. Celso de Mello, impetrado por diputados federales representantes de la minoría parlamentaria. La decisión *liminar* puede ser consultada en la página web: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS27\\_931CM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS27_931CM.pdf). Este “*mandamus*”, hasta el momento, no fue juzgado por el pleno del STF. De todas formas, la interpretación que el STF da al instituto del “*trancamento de pauta*” es un tanto flexible. En ese sentido, anotamos:

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. PROCESSO LEGISLATIVO. MEDIDA PROVISÓRIA. TRANCAMENTO DE PAUTA. ART. 62, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Preliminar de prejudicialidade: dispositivo de norma cuja eficácia foi limitada até 31.12.2005. Inclusão em pauta do processo antes do exaurimento da eficácia da norma temporária impugnada. Julgamento posterior ao exaurimento. Circunstâncias do caso afastam a aplicação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a prejudicialidade da ação, visto que o requerente impugnou a norma em tempo adequado. Conhecimento da ação. A Constituição federal, ao dispor regras sobre processo legislativo, permite o controle judicial da regularidade do processo. Exceção à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a impossibilidade de revisão jurisdicional em matéria interna corporis. Precedente. Alegação de inconstitucionalidade formal: nulidade do processo legislativo em que foi aprovado projeto de lei enquanto pendente a leitura de medida provisória numa das Casas do Congresso Nacional, para os efeitos do sobrestamento a que se refere o art. 62, § 6º, da Constituição federal. Medida provisória que trancaria a pauta lida após a aprovação do projeto que resultou na lei atacada. Ausência de demonstração de abuso ante as circunstâncias do caso. Ação direta conhecida, mas julgada improcedente. (ADI 3146, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 11.05.2006, DJ 19.12.2006.*

894 La decisión *liminar* en el *mandado de segurança* anticipa los efectos de la futura sentencia de decidir por la procedencia del pedido, siendo así, *grosso modo*, una medida anticipadora de la decisión de mérito. De esta manera, negarse a conceder la *medida liminar* significa que, en juicio preliminar, el Ministro-relator ha entendido que la razón la tiene el Presidente de la Cámara de los Diputados.



*prática imoderada do poder de editar medidas provisórias.*

*Na realidade, a deliberação ora questionada busca reequilibrar as relações institucionais entre a Presidência da República e o Congresso Nacional, fazendo-o mediante interpretação que destaca o caráter fundamental que assume, em nossa organização política, o princípio da divisão funcional do poder, cuja essencialidade - ressaltada por ilustres doutrinadores (JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO, "Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império", p. 32/33, item ns. 27/28, 1958, reedição do Ministério da Justiça, Rio de Janeiro; MIGUEL REALE, "Figuras da Inteligência Brasileira", p. 45/50, 2ª ed., 1994, Siciliano; CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, "Medidas Provisórias e Princípio da Separação de Poderes", in "Direito Contemporâneo/ Estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa", p. 44/69, 2001, Forense Universitária; JOHN LOCKE, "Segundo Tratado sobre o Governo", p. 89/92, itens ns. 141/144, 1963, Ibrasa; JAMES MADISON, "O Federalista", p. 394/399 e 401/405, 401, arts. ns. 47 e 48, 1984, Editora UnB, v.g.) - foi expressamente destacada pelo eminente Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, que acentuou as gravíssimas conseqüências que necessariamente derivam da transgressão a esse postulado básico que rege o modelo político-institucional vigente em nosso País (fls. 48)*

*(...)*

*Os dados pertinentes ao número de medidas provisórias editadas e reeditadas pelos vários Presidentes da República, desde 05 de outubro de 1988 até a presente data, evidenciam que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culminou por introduzir, no processo institucional brasileiro, verdadeiro cesarismo governamental em matéria legislativa, provocando graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. Desse modo, e mesmo que o exercício (sempre excepcional) da atividade normativa primária pelo Poder Executivo possa justificar-se em situações absolutamente emergenciais, abrandando, em tais hipóteses, "o monopólio legislativo dos Parlamentos" (RAUL MACHADO HORTA, "Medidas Provisórias", "in" Revista de Informação Legislativa, vol. 107/5), ainda assim revelar-se-á profundamente inquietante - na perspectiva da experiência institucional brasileira - o progressivo controle hegemônico do aparelho de Estado, decorrente da superposição da vontade unipessoal do Presidente da República, em função do exercício imoderado da competência extraordinária que lhe conferiu o art. 62 da Constituição.*

*(...)*

*A interpretação dada pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados ao § 6º do art. 62 da Constituição da República, ao contrário, apoiada em estrita construção de ordem jurídica, cujos fundamentos repousam no postulado da separação de poderes, teria, aparentemente, a virtude de fazer instaurar, no âmbito da Câmara dos Deputados, verdadeira práxis libertadora do desempenho, por essa Casa do Congresso Nacional, da função primária que, histórica e institucionalmente, sempre lhe pertenceu: a função de legislar*

Como se deduce del texto, la tendencia del STF es avalar la Cuestión de Orden 411/2009 de la Cámara de los Diputados, que ha dado nueva interpretación a la Constitución de la República Federativa brasileña en el afán de aliviar la obstrucción de los trabajos parlamentarios. No obstante, como ya se ha dicho, la decisión no es definitiva<sup>895</sup>.

De esta forma, pasamos a afrontar una de las principales cuestiones en debate en lo que concierne al control judicial de los decretos-leyes y que se refiere a la posibilidad de valoración de sus presupuestos de habilitación, que son la

<sup>895</sup> Después del voto del Señor Ministro Celso de Mello (Relator), que denegaba la *segurança* y daba interpretación conforme al art. 62, § 6º, de la Constitución Federal, el juicio fue suspendido por el pedido vista de los autos de la Señora Ministra Carmen Lúcia el 16.12.2009.

necesidad y la urgencia (en el caso brasileño de relevancia y urgencia), sobre lo cual trataremos a continuación.

#### **4. LA POSIBILIDAD DE CONTROL SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE LA DECRETACIÓN DE URGENCIA.**

De acuerdo con lo que se extrae del esquema normativo-constitucional de Brasil, España e Italia, la adopción de decretos-leyes por los Gobiernos queda restringida a la verificación de existencia de los presupuestos habilitantes. Así, sería natural que el problema del control de dichos presupuestos sobrepasara los límites del Parlamento y llamase a las puertas de las respectivas Cortes Constitucionales. Sin embargo, el problema de la verificabilidad jurisdiccional de los presupuestos de edición de la legislación de urgencia, por parte de las Corte Constitucionales, ha constituido un problema de gran importancia en el Derecho Constitucional y que ha despertado gran interés tanto en Europa como en Brasil.

Considerando que en Brasil el tema viene siendo tratado desde la vigencia de la Constitución de la dictadura -respecto a los entonces llamados *decretos-leis* (Cf. Constitución de 1967, art. 55)- que ha adoptado el mismo dibujo constitucional de Italia (art. 77/CI) como también haría la Constitución española de 1978 (art. 86), decidimos subdividir el presente tópico por orden cronológico, empleando como marco divisor el año de 1988, que representa el año de la promulgación de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

##### **4.1. El control de los presupuestos habilitantes del *Decreto-lei* en Brasil frente al control realizado por las Cortes europeas en el período anterior a 1988.**

Bajo la vigencia de la Constitución brasileña de 1967/1969, el Supremo Tribunal Federal, en el juicio de constitucionalidad, no admitía la apreciación de los presupuestos de “urgencia e interés público relevante” de los *decretos-leis*; el argumento se basaba en que éstos deben ser competencia del ámbito discrecional de los juicios de oportunidad política o valor del Presidente de la República y, *a posteriori*, del Congreso Nacional, escapando así al control jurisdiccional:

*a apreciação da ‘urgência’ ou ‘interesse público relevante’ assume caráter político: – é urgente ou relevante o que o Presidente entender como tal, ressalvado que o Congresso pode chegar a julgamento de valor contrário, para rejeitar o decreto-lei. Destarte, não pode haver revisão judicial desses dois aspectos entregues ao discricionarismo do Executivo, que sofrerá apenas correção pelo discricionarismo do Congresso<sup>896</sup>.*

896 Cf. STF/RE 062.739-SP, publicado en el DJU de 20.12.1967; RE 062.731-CB, DJU el 28-06-1967; RE nº 062.730-SP, D JU de 20-12-1967, Ministro Relator Aliomar Baleeiro. Destacamos que, a pesar de la negativa de análisis de los presupuestos del decreto-ley en el mismo voto, el Relator se pronunció sobre lo que era o no era *segurança nacional*, extrayendo su significado y límites del propio texto constitucional. En el Capítulo anterior vimos que el decreto-ley podía versar prácticamente sobre cualquier materia, y que el inciso I del art. 55 admitía expresamente su edición por el Presidente de la República en materias de *segurança nacional*, lo que ha causado una proliferación abusiva de decretos por supuestos de amenaza a la seguridad nacional. Así, el fallo ha sido de gran importancia en el escenario político de entonces porque ha reconocido la inconstitucionalidad del artículo 5º, del Decreto-ley nº 322, del 07 de abril de 1967, frente a la ausencia de materia de *segurança nacional*, lo que, por supuesto, como en muchos otros casos, era evidente que no existía. Se puede consultar la íntegra de los votos en la página web de la Suprema Corte en la dirección: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

Era el momento del auge de la dictadura militar en el país. Por esta razón, la orientación defendida que renunciaba a ejercer el control sobre los presupuestos habilitantes se revela más como un posicionamiento cauteloso que como una imposibilidad jurídica propiamente. Tanto es así que, en la Representación del número 700 de 11/08/67, la Corte no solo analizó lo que era “relevante”, sino que además se sirvió del concepto de “urgencia” para justificar la inexistencia de embargos en procesos de intervención federal, afirmando que:

*a prerrogativa do Supremo Tribunal, em tal matéria, não pode ser cerceada por qualquer forma de lei ordinária.*<sup>897</sup>

Queda claro, pues, la desenvoltura con que el STF trabajaba y se valía de tales nociones, jurídicamente indeterminadas, para avalar algunas de sus decisiones, dejando de analizarlas apenas cuando se referían al decreto-ley. Esta posición de abstención perduraría hasta la promulgación de la nueva Constitución, a pesar de ser duramente criticada por la doctrina publicista.

En Italia, a pesar del fin del fascismo y redemocratización del país, de forma semejante a lo que ocurría en el Brasil de entonces, mucho se discutió acerca de la legitimidad del control judicial sobre los presupuestos habilitantes de necesidad y urgencia. La Corte italiana, que en sede de control abstracto ya había señalado el carácter excepcionalísimo del poder legislativo del Ejecutivo<sup>898</sup>, aún asume una tendencia inicial de abierto rechazo a ejercer el control y determinar la concurrencia o no de dichos presupuestos, considerando las cuestiones de constitucionalidad “*inammissibile, per difetto di rilevanza*”<sup>899</sup>.

En el año 1986, la *Corte Costituzionale* excluiría por primera vez de forma explícita el control a dichos presupuestos, pero el argumento sería el de que “*nel caso di specie il decreto suddetto è stato convertito in legge dal Parlamento*”<sup>900</sup>. Ya en 1988, la Corte rechazará realizar el control alegado por una Región (Toscana), dejando asentado que las Regiones sólo pueden impugnar normas que afecten sus competencias<sup>901</sup>.

**GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA PRINCIPALE. SENT. 302/88 G. EDILIZIA E URBANÍSTICA – OPERE ABUSIVE - AREE SOGGETTE A VINCOLO PAESAGGISTICO E AMBIENTALE - CONCESSIONE O AUTORIZZAZIONE IN SANATORIA - INSTANZE PER IL PRESCRITTO PARERE – TERMINE PER LA LORO PRESENTAZIONE - DECORRENZA – SPOSTAMENTO IN CONSEGUENZA DELLA REITERAZIONE DEL DECRETO LEGGE-ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE. -D. L. 12**

897 Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=700&classe=Rp-embargos>

898 *GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA PRINCIPALE. SENT. 50/59 C. FONTI DEL DIRITTO - PRODUZIONE – COMPETENZE STABILITE DALL'ORDINAMENTO – INDEROGABILITÀ* *Nell'ambito dell'ordinamento costituito, l'ordine delle competenze per la produzione delle fonti del diritto e' inderogabile. Da nessuna norma può desumersi l'esistenza di un principio generale, per il quale gli organi del potere esecutivo siano autorizzati a sostituirsi a quelli legislativi ogni qualvolta ravvisino situazioni esigenti un pronto intervento del legislatore. Pertanto alla "necessità" non può attribuirsi carattere ed efficacia di fonte di diritto.*

899 Véase, a propósito, las Sentencias de la Corte Constitucional de números: 55/1977, 185/1981, 59/1982, disponibles en: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/pronunce.asp>

900 SCC 108/1986, CD 6.

901 SCC 302/1988, CD 2. Sobre la legitimidad de las Regiones, véase SCC 34/1985 y SCC 247/1987.

GENNAIO 1988, na 2, ART 12, TERZO COMMA. - COST, ARTT. 117, 118, 77.

*La reiterazione di decreti legge - oltre alla lesione dei principi costituzionali che governano la decretazione d'urgenza - può costituire attore autonomo di pregiudizio delle competenze spettanti alle regioni. In particolare, la reiterata riproduzione (per 5 volte consecutive e, da ultimo, nel decreto legge n.º 2 dei 1988) della disposizione delle istanze del prescritto parere - ai fini del rilascio della concessione o dell'autorizzazione in sanatoria delle opere abusive - ha prodotto, con il continuo spostamento del termine, un'indubbia interferenza sulle competenze amministrative regionali a rendere il suddetto parere. Pertanto, per violazione del combinato disposto degli art. 77, 117 e 118 Cost., è costituzionalmente illegittimo l'art. 12, terzo comma, dei d.d. 12 gennaio 1988, n.º 2).*

Sin embargo, la decisión manifestada en la SCC 302/1988 es importante porque señala al Legislativo la necesidad de reequilibrar los Poderes imponiendo límites al poder de legislar del Ejecutivo, principalmente en lo que respecta a la reiteración de los *decreti-legge*<sup>902</sup>. Aunque no surtiera casi ningún efecto práctico, ya que el Parlamento al votar la Ley de Conversión ha modificado el dispositivo impugnado como inconstitucional, la repercusión política ha sido muy significativa, tanto que resultó en la aprobación de la *Legge n.º 400 de 1988*<sup>903</sup>. Se observa, entonces, que al tiempo en el cual el Constituyente brasileño elaboraba la Constitución de 1988 -donde establecería las *medidas provisórias* por declarada influencia de la Constitución italiana de 1948<sup>904</sup>-, en Italia el problema de las reiteraciones abusivas de los *decreti-legge* ya era una realidad.

Así, en el período anterior a 1988, España, que se estrenaba en el régimen democrático, será el único de los tres países cuya Corte Constitucional admitiría el juicio de constitucionalidad sobre los presupuestos habilitantes (necesidad y urgencia) de la legislación de urgencia. Regístrese que desde el inicio de sus actividades, el Tribunal Constitucional español entiende que sí es necesario un control jurídico-constitucional de la actividad gubernamental en lo que respecta a la creación de los decretos-leyes:

El aseguramiento de estos límites, la garantía de que en el ejercicio de esta facultad, como de cualquier otra, los poderes públicos se mueven dentro del marco trazado por la Constitución **es, evidentemente, función propia de este T. C.**

(...)

El peso que en la apreciación de lo que haya de considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad es forzoso conceder al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado, **no puede ser obstáculo para extender también el examen sobre la competencia habilitante al conocimiento del T. C., en cuanto sea necesario para garantizar un uso del Decreto-Ley adecuado a la Constitución**<sup>905</sup>. [letra en negrita resaltada expresamente para este caso, el resalte tipográfico no corresponde con el resalte tipográfico original]

La pronta aceptación de la verificabilidad jurisdiccional de los presupuestos habilitantes por parte del Tribunal Constitucional español es explicada por SÁNCHEZ DE VEGA en “la paulatina pérdida de temor que el decreto-ley

902 SCC 302/1988, CD 6.2.

903 Ésta, sin embargo, no impidió el empleo abusivo de decretos-leyes; vetó apenas la reiteración de los decretos expresamente rechazados. Entre 1987-1992 apenas el 3,21% de los *decreti-legge* fueron expresamente rechazados y entre 1992-1994 apenas un 1,64%. Entre 1988 y 1994 fueron computadas 248 reiteraciones y los *decreti-legge* representaron el 63,7% de la producción legislativa total (Cf. CELOTTO, Alfonso. *L'abuso...cit. passim*)

904 Véase el Capítulo tres.

905 STC 29/1982, F.º J.º 3.

transmitía en épocas pretéritas, cuya utilización era entendida como signo premonitorio de atentado a las paredes maestras del Estado”<sup>906</sup>.

No obstante, el Tribunal Constitucional también ha reconocido al Gobierno un cierto margen de “discrecionalidad” en la valoración de los presupuestos de hecho habilitantes. Según pudimos percibir en el Capítulo anterior, la doctrina publicista española –al igual que las demás– se dedicó a definir la naturaleza de la cláusula constitucional de la “extraordinaria y urgente necesidad”, discutiendo sobre si puede ser clasificada como ejemplo de concepto jurídico indeterminado o bien se trata de un supuesto de apreciación discrecional por los órganos políticos, en el que la función del Tribunal Constitucional sería limitada<sup>907</sup>. Así, la afirmación de un “razonable margen de discrecionalidad de los órganos políticos” en la apreciación de los presupuestos habilitantes demuestra la posición asumida por el T.C. Sin embargo, en opinión de SANCHEZ DE VEGA, dicho reconocimiento “significa reconocer la importancia del peso de la mayoría en el proceso democrático”<sup>908</sup>:

Sea como sea, la verdad es que la Sentencia 29/1982 dejó claro que la naturaleza de la cláusula “extraordinaria y urgente necesidad” se acerca más a los supuestos de apreciación discrecional por los órganos de dirección política del Estado que a la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados. Dicha orientación es confirmada cuando rechazó las alegaciones de los recurrentes<sup>909</sup>, que entendían la cláusula como un concepto jurídico indeterminado, acatando, por el contrario, la tesis sostenida por el Abogado del Estado, que la entendía como “potestades discrecionales del Gobierno”<sup>910</sup> sintetizando:

Así pues, sin perjuicio del posible y ulterior control jurídico-constitucional que

906 SÁNCHEZ DE VEGA GARCÍA, Agustín. *¿En qué casos puede el Gobierno dictar decretos-leyes?* Madrid: Tecnos, 1991, p. 16.

907 Como concepto jurídico indeterminado, véanse, entre otros, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *CursoCurso de derecho administrativo. 14ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2008*, p. 142; I. ASTARLOA HUARTE: “Teoría...”, *op cit.*, p. 118; SEGURA GINARD, L. J. “El control de los decretos-leyes por el Tribunal Constitucional. A propósito de la sentencia de 2 de diciembre de 1983, recaída en el caso Rumasa”, en *RAP*, 104, 1984, 1984, p. 364; SALAS, J. *Los decretos-leyes...op. cit.* p.30. CARMONA CONTRERAS, A. M.. *La configuración...op. cit.* pp. 62 a 75. Ya como poder discrecional, véase PÉREZ ROYO, J. *Las fuentes del Derecho. (Col. “Temas Clave de la Constitución Española”). Madrid: Editorial Tecnos, 1984*, pp. 112-113. Una breve sistematización de las distintas posiciones de la doctrina puede verse en SANTOLAYA MACHETTI, P.: *El régimen... op. cit.*, pp. 121-131, donde sintetiza: “Como conclusión podemos afirmar que la “extraordinaria y urgente necesidad”, tal como ha sido definida por nuestra Jurisprudencia, no puede ser considerada probablemente ni como “supuesto típico de concepto jurídico indeterminado” (García de Enterría/T.R. Fernández), ni tampoco como una “potestad discrecional” (Pérez Royo). Nos encontramos ante una situación intermedia, a la que quizás se pudiera aplicar el rótulo de “concepto jurídico indeterminado” si realizamos de él una interpretación “no administrativista”, es decir, si partimos de que se trata de un acto producido con una específica habilitación constitucional, proveniente del órgano dotado de la misión de definir la política general y controlado por el que representa la soberanía popular” (pp. 62 a 75).

908 *¿En qué casos puede el Gobierno dictar decretos-leyes? op. cit.* p. 16.

909 A propósito, véanse los Antecedentes I. c) de la STC 29/1982, donde así está resumida en las alegaciones de los recurrentes: “La apreciación de si existe o no extraordinaria y urgente necesidad no es una potestad discrecional del Gobierno, sino que, muy por el contrario, la potestad que el art. 86 de la Constitución le otorga se inscribe en el marco del ejercicio de potestades regladas, según lo dispuesto en ese mismo precepto y en el contexto de toda la Constitución. Siguiendo el criterio, que se afirma es mayoritariamente dominante en la doctrina, de que la definición constitucional del presupuesto de hecho habilitante -necesidad extraordinaria y urgente- es un ejemplo típico del concepto jurídico indeterminado, se concluye que su aplicación sólo permite una única solución justa, es decir, «se da o no se da», excluyendo cualquier tipo de discrecionalidad en este terreno”.

910 Véanse, en ese sentido, los Antecedentes I.3.a) de esta sentencia, donde el Tribunal resume la tesis

corresponde a este T. C., en principio, **y con el razonable margen de discrecionalidad**, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma por vía de Decreto-Ley. No les autoriza esta competencia, sin embargo, para incluir en el Decreto-Ley cualquier género de disposiciones: ni aquéllas que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquéllas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad.<sup>911</sup>. [letra en negrita resaltada expresamente para este caso, no corresponde con el resalte tipográfico original]

El Tribunal estableció así que la discrecionalidad reconocida a los órganos políticos no es óbice para exigir que la misma haya de llevarse a cabo “dentro de los límites constitucionales”<sup>912</sup>. En ese sentido, la doctrina es prácticamente unánime al reconocer en la cláusula de “extraordinaria y urgente necesidad” la existencia de un núcleo conceptual mínimo e irrenunciable que actúa como límite jurídico vinculante en el ejercicio de la potestad discrecional<sup>913</sup>, el cual, sin embargo, “sólo” sería objeto de fiscalización en los supuestos de abuso. En ese sentido, acreció la STC 29/1982:

El T.C. podrá, **en supuestos de uso abusivo o arbitrario**, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como caso de extraordinaria y urgente necesidad, de tal naturaleza que no pueda ser atendida por la vía del procedimiento legislativo de urgencia. Es claro que el ejercicio de esta potestad de control del Tribunal implica que dicha definición sea explícita y razonada y que exista una **conexión de sentido** entre la situación definida y las medidas que en el Decreto-Ley se adoptan<sup>914</sup>. [letra en negrita resaltada expresamente para este caso]

---

sostenida por el abogado del Estado, que alegaba el carácter discrecional de la apreciación de la citada cláusula por el Gobierno: “a) Tras resumir las que a su entender son tesis fundamentales de la demanda y coincidir con ésta en que el presupuesto habilitante para que el Gobierno pueda dictar Decretos-Leyes al amparo del art. 86 núm. 1 de la C. E. lo constituye la extraordinaria y urgente necesidad, discrepa sin embargo en que dicho presupuesto habilitante pueda entenderse como un ejemplo típico de concepto jurídico indeterminado, manteniendo por el contrario que habría que aceptar que la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad se integra en el campo de las potestades discrecionales del Gobierno”.

911 STC 29/1982, Fº.Jº. 3.

912 Véase, en ese sentido, la STC 111/83, FJ 5. No obstante, la doctrina identifica una presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de la evaluación realizada por los órganos políticos, cuyo efecto principal será el de invertir la carga de la prueba en contra de los recurrentes. A propósito véase CARMONA CONTRERAS. *La configuración... op. cit.* p. 68, que además de nombrar a la doctrina española, favorable y contraria a dicho entendimiento, también cita a la doctrina italiana, que avala dicha tesis.

913 SALAS, J. *op. cit.* p. 130.

914 Además: “Aun afirmando explícitamente la posibilidad de controlar en sede constitucional la concurrencia del supuesto de extraordinaria y urgente necesidad, el Tribunal ha señalado también que, sin merma de este control jurídico que la jurisdicción constitucional puede llevar a cabo, ha de rechazarse al tiempo “toda injerencia en la decisión política que, correspondiendo a la elección y responsabilidad del Gobierno, tiene el control, también desde la dimensión política, además de los otros contenidos plenos del control, del Congreso”, bien entendido que “el Tribunal Constitucional podrá, **en supuestos de uso abusivo o arbitrario**, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como caso de extraordinaria y urgente necesidad, de tal naturaleza que no pueda ser atendida por la vía del procedimiento legislativo de urgencia”, pero sin que el Tribunal pueda, “sin traspasar las fronteras de su función y a la vez de su responsabilidad, inmiscuirse en la decisión de gobierno, pues si así se hiciera quedarían alterados los supuestos del orden constitucional democrático” (STC 111/1983, FJ 5).

“En consecuencia, la Constitución atribuye al Gobierno la competencia y la iniciativa para apreciar, con un razonable margen, la concurrencia de la situación de extraordinaria y urgente necesidad, que no tiene por qué coincidir con supuestos extremos de excepcional amenaza para la comunidad o el orden constitucional,

Como se extrae del fallo, el Tribunal Constitucional ha ceñido la posibilidad de ejercer el control apenas a los casos de **abuso o arbitrariedad** “en los que manifiestamente no concorra el presupuesto del hecho habilitante”. Con esta autorrestricción, el Tribunal Constitucional parece querer evitar el peligro de un ejercicio expansivo de la jurisdicción constitucional en favor del enjuiciamiento político de la cláusula habilitante. Así, solamente ante situaciones evidentes de abuso del decreto-ley -con la benevolencia del Parlamento- de clara inexistencia del presupuesto habilitante o de “patente arbitrariedad en la suplantación del legislador por obra del ejecutivo”<sup>915</sup> es que el Tribunal Constitucional se permite ejercer la fiscalización.

De esta forma, quedaría caracterizado el uso abusivo y arbitrario de los órganos políticos en la valoración (discrecional, dígase) de los presupuestos habilitantes, siempre que no hubiera relación de causalidad<sup>916</sup> entre estos y los motivos alegados para la dición del decreto-ley. Para algunos, limitar la declaración de inconstitucionalidad del decreto-ley, por ausencia de la situación de “extraordinaria y urgente necesidad”, a los “supuestos de uso abusivo o arbitrario” equivaldría a evitar una valoración de mérito<sup>917</sup>. Para otros, la actitud autorrestrictiva (*self restraint*) del propio Tribunal Constitucional evitó el peligro de un ejercicio expansivo de la jurisdicción constitucional en favor del enjuiciamiento político de la cláusula habilitante<sup>918</sup>.

Ni que decir tiene la indudable importancia de esta sentencia que, como todavía veremos, servirá de paradigma de exportación, siendo por ello citada en obras de referencia sobre la materia. Asimismo, en España representó el *leading*

---

correspondiendo a este Tribunal el control jurisdiccional para verificar que no se hace del Decreto-ley **un uso abusivo o arbitrario**. Sólo en estos dos últimos casos, en los que manifiestamente no concurre el presupuesto de hecho habilitante, habría que declarar la inconstitucionalidad, por este motivo, del correspondiente Decreto-ley”. (Cf. Supuesto de urgente necesidad: Sentencia TC 60/1986, de 20 de mayo, Fundamento Jurídico 3º. Disponible en: [http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/decreto\\_ley\\_presupuesto.html#vp](http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/decreto_ley_presupuesto.html#vp). [Última fecha de consulta: 15.11.2009]. Véase también STC 6/1983; STC 111/1983; STC 29/1986; STC 166/1986 y, más recientemente, la Sentencia 68/2007, del 28 de marzo de 2007, Fº.º 12).

915 Esta era la posición que defendía en Italia F. SORRENTINO. “La Corte costituzionale fra decreto-legge e legge di conversione”, en *Diritto e società*, 1974, pp. 507 y ss; del mismo autor, “Spunti sul controllo della Corte costituzionale sui decreti-legge e sulle leggi di conversione”, en *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Roma, 1977, p. 761 y ss; PALADÍN, L. “Decreto-legge” (voz), in *Novissimo Digesto italiano*, Turín, 1960, p. 290.

916 Así, los únicos pronunciamientos del Tribunal sobre la inconstitucionalidad del decreto-ley cabrían ante supuestos de manifiesta falta de “conexión de sentido”; frente a casos de regulación de materias sin relación con la situación habilitante, o contra “la pura arbitrariedad, bajo la forma de exceso de poder legislativo”. (SANTOLAYA MACHETTI. *El régimen...*, cit., pág. 134). También es importante destacar que, como ha admitido el Tribunal Constitucional, el juicio sobre la “conexión de sentido” puede llevarse a cabo también en un momento posterior al nacimiento del decreto-ley. La jurisprudencia constitucional extiende el control de la “relación de adecuación” a lo que ha denominado “inadecuación sobrevenida”. En otras palabras, del mismo modo que el Tribunal exige que entre el presupuesto habilitante y el contenido del decreto-ley haya una congruencia *ab origine*, igualmente requiere y controla que dicha “relación de adecuación” subsista durante todo el lapso de vigencia del decreto-ley en el ordenamiento de “manera continuada”. (STC 6/1983, FJ 7).

917 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. “El control de las disposiciones normativas gubernamentales con rango de ley”. *RDP*, 23, 1986, p. 177; ÁSTARLOA HUARTE-MENDICOA, Ignacio. “Teoría y práctica del Decreto-Ley en el Ordenamiento español”. *RAP*, nº 106, 1985, pp. 97-170.

918 Cf. SÁNCHEZ DE VEGA, *La cláusula...cit.*, p. 264: “a nuestro entender, es la moderación de los miembros del colegio la que ha de mantener el equilibrio constitucional entre opciones políticas, control de constitucionalidad y tutela de la correcta “gestión” del sistema de fuentes... Lo que pone de manifiesto una actitud de meridiana autorrestricción, a nuestro juicio, acertada.”

case sobre materia de decretos-leyes, en torno a la cual siempre gravitan las decisiones del Tribunal Constitucional, hasta la actualidad.

Cabe resaltar que por medio de la STC 29/1982, del 31 de mayo, fueron fijadas importantes reglas en el tema de los decretos-leyes. Además del reconocimiento de la competencia del Tribunal Constitucional para controlar los presupuestos habilitantes de la producción de los decretos-leyes, podemos citar, como ejemplo, el reconocimiento de “la doble vía de actuación del Parlamento”<sup>919</sup>.

Sin embargo, debemos observar también que las decisiones más importantes del Tribunal Constitucional sobre el tema de los decretos-leyes han sido proferidas antes de 1988, es decir, antes de la promulgación de la actual Constitución de la República Federativa brasileña. Así, la ya muy citada STC 6/1983 ha establecido una doctrina respecto al significado del término “afectar” a que se refiere el art. 86.1; ha distinguido la necesidad en “relativa” (art. 86) y “absoluta” (art. 116) y creó la figura de la “inconstitucionalidad sobrevenida” según la cual un decreto-ley solamente “convalidado” puede resultar inconstitucional por el transcurso del tiempo, lo que puede producir “una sobrevenida falta de adecuación entre la situación habilitante y la normativa producida”<sup>920</sup>. Igualmente, las STC 101/1984 del 8 de noviembre, 29/1986, del 20 de febrero; 60/1986, del 20 de marzo; 159/1986, del 12 de diciembre son muy importantes para la comprensión de la interpretación que el Tribunal Constitucional español ha dado al artículo 86 de la Constitución española.

## **4.2. El control de los presupuestos habilitantes de la *Medida Provisória* en Brasil frente al control realizado por las Cortes europeas en el período posterior a 1988.**

### **4.2.1. Brasil**

Específicamente por lo que respecta al instituto de las *Medidas Provisórias* -introducidas en el escenario brasileño con la entrada en vigor de la Constitución de 1988-, sobre la apreciación de los presupuestos de edición (relevancia y urgencia) a

---

919 A propósito del tema, consultar en el Capítulo tres las formas de actuación parlamentaria (“convalidación” o “derogación” y “conversión”). Asimismo, sobre la diferenciación entre decretos-leyes convalidados y tramitados como ley, como normas de distinta naturaleza y efectos, véanse la FJ 2 de la STC 29/1982 y la STC 6/1983 del 4 de febrero, que también sintetiza la doctrina de la STC 29/1983 de la siguiente forma: “Para completar lo que hemos dicho en los apartados anteriores, debemos recordar la doctrina establecida ya en nuestra sentencia de 31 de mayo de 1982 («Boletín Oficial del Estado» número 153, de 28 de junio). La convalidación que el Congreso de los Diputados puede realizar de un Decreto-ley no produce una sanción del mismo, si éste fuera originariamente nulo por haberse producido con extralimitación, pues la «sanción» sólo podría producirse mediante su transformación en ley una vez seguida la correspondiente tramitación parlamentaria. Lo que el artículo 86.2 de la Constitución llama «convalidación» es más genuinamente una homologación respecto de la existencia de la situación de necesidad justificadora de la iniciativa normativa encauzada por ese camino. La mencionada sentencia señaló también que corresponde a este Tribunal el examen de la constitucionalidad o inconstitucionalidad formal de la norma, lo que ha de realizarse a través de dos vías: el ajuste de la misma en concreto a la relación genérica de materias que el Decreto-ley puede comprender, y la observancia de la relación de adecuación entre la respuesta normativa dada a la situación motivadora y la urgencia que la justificó, pues, aunque la observancia de los límites genéricos del artículo 86 de la Constitución pueda haber existido y el Congreso de los Diputados pueda haber homologado el Decreto-ley, siempre tendrá que ser la respuesta normativa adecuada congruentemente con la situación de necesidad alegada como título habilitante de la puesta en marcha de esta fuente del Derecho”.

920 FJ 7.



que están sujetos, el Supremo Tribunal Federal comenzará por adoptar el mismo entendimiento que conllevaba el análisis de los presupuestos habilitantes del viejo *decreto-lei* de la Constitución de 1967, es decir, que la apreciación de las MPs se restringiría al ámbito discrecional de los juicios de oportunidad política o valor del Presidente de la República y, a la postre, del Congreso Nacional, escapando del control jurisdiccional por la Suprema Corte.

Sin embargo, poco a poco se apartará de la posición adoptada anteriormente (es decir, de la imposibilidad del control jurisdiccional de los presupuestos de relevancia y urgencia), para seguir de cerca las orientaciones dictadas por el Tribunal Constitucional español (y, más recientemente, por la Corte Constitucional italiana, que también pasará a admitir su competencia para controlar jurídicamente la valoración política llevada a cabo por el Gobierno y por el Parlamento, con relación a las situaciones de necesidad y urgencia).

Es curioso observar que, aunque la Corte brasileña, por medio del voto de sus ministros -nombrados pos-período de la dictadura-, ya empieza a admitir el control sobre los presupuestos habilitantes, aún así, incluso después de pasados más de 20 años desde la promulgación de la Constitución, hasta hoy no hubo un efectivo control sobre dichos presupuestos en sede de acciones directas (aunque sí lo hubo en acciones -o medidas- cautelares). Antes incluso de que el STF admitiera (en tesis) fiscalizar los presupuestos habilitantes de las MPs, la doctrina ya resaltaba la cuestión jurídico-constitucional de la fiscalización jurisdiccional de los presupuestos de edición (relevancia y urgencia) de la legislación de urgencia, que en Brasil se ha revelado uno de los problemas más importantes de la jurisdicción constitucional. Se empezaron, entonces, los debates desde la perspectiva del Derecho Comparado para explicar la posición que debe asumir la Suprema Corte cuando se enfrentaba con la cuestión del control jurisdiccional de la cláusula de urgencia y relevancia.

La doctrina publicista, desde construcciones de raíz jurídico-administrativas, debatió sobre la problemática del control jurisdiccional de la cláusula de relevancia y urgencia, ora enfocándola como conceptos indeterminados de derecho, ora enfocándola como discrecionalidad administrativa, al igual que ocurría en España. En el mismo sentido oscilaba la jurisprudencia constitucional. En la línea de conceptos indeterminados, citamos:

*Conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, **vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados** de 'relevância' e 'urgência' (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF)<sup>921</sup>. [letra en negrita resaltada expresamente para este caso]*

Y en el sentido de Poder Discrecional:

*(...) Os requisitos de relevância e urgência para edição de medida provisória **são de***

921 ADI n. 2.213, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.4.2004; ADI n. 1.647, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 26.3.1999; ADI n.1.753-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12.6.1998; ADI n. 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 19.9.1997).” (ADC 11-MC, voto do Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 28.3.07, DJ de 29.6.07).

***apreciação discricionária do Chefe do Poder Executivo, não cabendo, salvo os casos de excesso de poder, seu exame pelo Poder Judiciário. Entendimento assentado na jurisprudência do STF. Ação julgada improcedente***<sup>922</sup>. [letra en negrita resaltada expresamente para este caso]

Como conceptos indeterminados de derecho, la urgencia y la relevancia son entendidas como nociones cuyo alcance concreto no puede revelarse *a priori*, pero una vez confrontados con los casos concretos y con los valores del sistema en el cual están insertos, pierden, si no la totalidad, sí gran parte de su indeterminación. De ese modo, el órgano ejecutivo habilitado para desarrollar el trabajo concretizador no posee margen de libertad de elección, ya que entre las soluciones hipotéticamente admisibles para el caso concreto, solamente existe una solución justa<sup>923</sup>. En esa perspectiva, el órgano jurisdiccional tendría total libertad para controlar la opción elegida, pero sólo en el sentido de verificar si la solución adoptada es la única permitida por la ley.

Basándose en la concepción de la discrecionalidad administrativa, otro sector doctrinal se pronuncia por la imposibilidad de que los requisitos constitucionales (relevancia y urgencia) puedan ser objeto de control judicial, en virtud de que estos conceptos, a causa de su positivación, se someten únicamente al juicio político y a la evaluación discrecional del Presidente de la República y, a la postre, del Congreso Nacional<sup>924</sup>. Desde esa óptica, el Ejecutivo tiene una libertad de acción mucho más amplia que en el caso de los conceptos indeterminados del derecho, puesto que tiene más alternativas de elección para justificar la presencia de los presupuestos habilitantes.

En síntesis, ninguna de las alternativas apuntadas (la que tiende a abordar la problemática desde el enfoque de los conceptos indeterminados de derecho, o la que defiende una total discrecionalidad de los órganos políticos<sup>925</sup>) no se ajustaron para captar el verdadero papel que debía ser ejercido por el Supremo Tribunal Federal en su función de guardián de la Constitución que, incluso a principios, no ha asumido la competencia de fiscalizar los presupuestos habilitantes.

Aunque ya hubiera sido aceptado por el Ministro Celso de Mello que “El reconocimiento de inmunidad jurisdiccional, que pre-excluyese de la apreciación jurisdiccional el examen de tales presupuestos – si el caso fuese admitido – implicaría consagrar, de modo inaceptable, en favor del Presidente de la República, una ilimitada expansión de su poder para editar medidas provisionales, sin cualquier posibilidad de control, qué se revelaría incompatible con el sistema constitucional

922 *ADI 2150, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, juzgado en 11.09.2002, DJ 29.11.2002.*

923 Véase, en este sentido: BERGMANN AVILA, Humberto. *Medidas Provisórias na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997, p. 85; Eduardo García de ENTERRÍA / Tomáz-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo, op. cit.* p. 67.

924 En ese sentido: RAMOS, Saulo. “Medidas Provisórias ...*cit.* p. 440 y ss.

925 Aún así, la doctrina se seguiría sirviendo de los conceptos procedentes del Derecho Comparado para afirmar que la cláusula de relevancia y urgencia adquiere un núcleo conceptual mínimo e irrenunciable, que actúa como último límite jurídico-constitucional vinculante al juicio político realizado por el Ejecutivo, en el momento de definir los conceptos políticos indeterminados. Este núcleo esencial o zona de certeza que adquieren los conceptos de relevancia y urgencia, cuando son positivados por el legislador, sirve como parámetro constitucional a la Suprema Corte en el desarrollo de su función controladora. Entonces, el órgano jurisdiccional se limitaría, a través de criterios estrictamente jurídico-constitucionales o de un esquema subjuntivo. Véase GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional... op. cit.* p. 1055.

brasileño”<sup>926</sup>; no obstante, el panorama brasileño era exactamente el siguiente: el Presidente legislaba a través de medidas provisionales que eran reiteradas ilimitadamente, el Parlamento aprobaba esta conducta (muchas veces en actitudes de omisión de su deber para no asumir el desgaste político<sup>927</sup>) y el Poder Judicial (entiéndase el STF) asistía a todo sin tomar para sí la competencia de realizar un efectivo control, aunque en diversas ocasiones fuese llamado a hacerlo.

La verdad era que el Supremo Tribunal Federal, cuya composición tras la promulgación de la Constitución de 1988 siguió siendo de ministros nombrados por los Gobiernos militares, ignoraba la creciente apropiación institucional del poder de legislar por parte de los sucesivos Presidentes de la República, práctica que despertaba grandes preocupaciones de orden jurídico y denuncias de varios sectores de la sociedad, que protestaban sobre la falta de garantía de seguridad jurídica en razón de la utilización excesiva de las medidas provisionales -sin observancia de la cláusula de relevancia y urgencia- que amenazaba la atribución de los poderes, prevista en la Constitución Federal.

Será en la Medida Cautelar de la ADI nº 162, de 14.12.89 cuando la Corte prevé, por primera vez, la posibilidad de analizar los presupuestos de una *medida provisória*, desde que esté configurado claramente el abuso o desvío de poder, aún así, en hipótesis excepcionálísimas. Además de la implícita influencia del posicionamiento del Tribunal Constitucional español<sup>928</sup>, la influencia de la doctrina italiana es admitida expresamente por el relator Ministro Moreira Alves:

*E, na Itália, em cuja Constituição (artigo 77) a nossa Carta Magna se inspirou para a introdução em nosso sistema constitucional das medidas provisórias, e na qual se exige também o pressuposto da urgência, observa BISCARETTI DI RUFFIA (Diritto Costituzionale, 10ª ed., nº 173, pág. 486, Napo1i, 1974) que a edição dos “provvedimenti provvisori con forza de legge” na forma de decretos-leis está sujeita ao controle jurídico por parte da Corte Constitucional, inclusive “sul requisito dell’urgente necessità (sia pure limitatamente al vizio di legittimità del decreto in esame, definito dagli amministratori “eccesso di potere”: quando, ad es., riscontrandosi nel decreto la clausola della sua non immediata applicazione, possa, quindi desumersene, al di fuori di qualsiasi giudizio di merito, la pelese insussistenza del menzionato requisito)” (“sobre o requisito da urgente necessidade - seja só limitadamente ao vício de legitimidade do*

926 Cf. voto proferido pelo Ministro José de Celso Mello na ADI-MC 293/DF, DJU de 16.04.1993. En iguales términos, véase también: MELLO FILHO, José Celso de. “Considerações Sobre as Medidas Provisórias”. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n.33, jun. 1990, pp. 205-207.

927 En ese sentido, observamos las ponderaciones de MERLIN CLÉVE, que afirma que: “*Não se desconhece que a questão do abuso é delicada, envolvendo (...) dimensões, como a governabilidade, a fragmentação da representação política, a inexistência de coesão partidária, (...), maioria que prefere, muitas vezes, não votar a medida provisória, autorizando a reedição, para não assumir eventual ônus político decorrente de normativa impopular. Porém, tudo isso não é suficiente para dotar o Presidente (...) de poder para legislar sobre toda e qualquer matéria, inclusive lançando mão da reedição sucessiva, através de medidas emergenciais que guardam, inevitavelmente, reitere-se, uma natureza excepcional.*” *Medidas provisórias*. 2ª edição. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999, p. 136.

928 Del voto del Ministro Celso de Mello en la Medida Cautelar de la Acción Directa de Inconstitucionalidad n. 162, se extrae la influencia de la doctrina de GARCÍA DE ENTERRÍA (*La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª de. Madrid: Civitas, 1983) que es citado por el Ministro para fundamentar su alegación de que: “*é preciso evoluir no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal, de modo a prestigiar e tornar efetivo o respeito a esse ‘parágrafo regio del Estado de Derecho’ que consiste na inafastabilidade, ainda que ministerio legis, de toda e qualquer fiscalização judicial*”. El texto íntegro del voto puede ser consultado en la dirección <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=162&classe=ADI-MC>. [Última fecha de consulta: 05.12.2009]

*decreto em exame, definido pelos administrativistas como “excesso de poder”: quando, por exemplo, encontrando-se no decreto a cláusula da sua não imediata aplicação, possa, daí inferir-se, fora de qualquer juízo de mérito, a manifesta insubsistência do mencionado requisito”).<sup>929</sup>*

Como se puede deducir, el STF adoptó la opción de únicamente admitir el control de tales presupuestos en las hipótesis de exceso de poder de legislar, frente al abuso del juicio discrecional de valor y de oportunidad del Presidente de la República consignando, por primera vez, la doctrina del abuso del poder<sup>930</sup>, tal como hiciera el Tribunal Constitucional español.

*Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quando ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto (...). Essa orientação, no entanto, tem que ser adotada em termos, pois, levada às últimas conseqüências, admitiria o excesso ou abuso do poder de legislar mediante medidas provisórias, que a Constituição expressamente só admite em “em caso de relevância ou urgência”. (Medida Cautelar em la ADI 162-1, julgada el 14.12.89).*

Se observa que, aunque admitiera la tesis del uso abusivo y arbitrario de la legislación de urgencia, a diferencia del Tribunal Constitucional español, el STF no ha firmado una posición entre las teorías que se discutían en la doctrina. Al revés, reconocía a ambas:

*Os pressupostos da urgência e da relevância, embora **conceitos jurídicos relativamente indeterminados** e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à **avaliação discricionária do Presidente da República**, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura organizacional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República.<sup>931</sup> [letra en negrita resaltada expresamente para este caso, no corresponde con el resalte tipográfico original]*

Sin embargo, desafortunadamente, la admisión del control de los presupuestos habilitantes no pasaría del plan teórico ya que el STF siempre entendía que estaban presentes la relevancia y la urgencia en la *medidas provisórias* impugnadas.

Será en 1990, con ocasión de la medida cautelar en la ADI nº 293, cuando el Tribunal Constitucional, liderado por el Ministro Relator Celso de Mello, se inclinó por la adopción de un papel más activo con relación al tema de las medidas provisorias, demostrando en diversos grados el interés por analizarlas y limitarlas mejor. En el voto, revelando un extenso estudio sobre el asunto, el Relator desmenuzó el instituto y concluyó que incluso siendo el Presidente "el árbitro inicial

929 Voto del relator en la ADI-MC 162-1 / DF, p. 64.

930 En este sentido, Clemerson Clève, *op.cit.* p.140. La tesis del abuso o exceso del poder de legislar se refiere simplemente a la limitación en función del desbordamiento, inadecuación o desproporción de los límites constitucionales por el legislador, en el caso el Presidente de la República. El Supremo Tribunal Federal tiene jurisprudencia dominante en este sentido, el cual se puede verificar de la ADI 526-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 145:101.

931 Parte del voto del Min. Celso Mello, na ADI 2213, julgada el 04.04.02.

de la conveniencia, necesidad, utilidad y oportunidad de su ejercicio", esa circunstancia no substraería "al Judicial el poder de apreciar y valorar, hasta, si es el caso, los requisitos constitucionales de la edición de las medidas provisorias. La mera posibilidad de evaluación arbitraria de aquellos presupuestos, por el Jefe del Ejecutivo, constituye razón bastante para justificar el control jurisdiccional". Lamentablemente, a pesar de la decisión *liminar* que suspendió la eficacia de la *medida provisória* en cuestión y a pesar de haber sido deferida por unanimidad, no lo fue por violación a los presupuestos constitucionales, sino por ser una anomalía jurídica la reiteración de *medida provisória* expresamente rechazada por el Congreso<sup>932</sup>.

En innumerables oportunidades, mediante otras Acciones Directas<sup>933</sup>, se cuestionó la existencia de los presupuestos habilitantes. Sin embargo, el STF jamás pasó de la mera previsión de la posibilidad de ejercer un control, que hasta entonces nunca realizó. Solamente diez años después de la entrada en vigor de la Constitución, fue cuando, en sede de medida cautelar<sup>934</sup>, la Suprema Corte admitirá retirar la eficacia de la *medida provisória* 1577-6/97 (que ampliaba de 2 a 5 años el plazo para la hacienda pública de proponer acción rescisoria) fundamentándose principalmente en la ausencia de uno de los presupuestos esenciales a la medida, a saber: la urgencia.

*1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdiccional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação*

932 Es interesante observar que algunos ministros plantean una línea coherente de pensamiento en lo que se refiere a la apreciación de los presupuestos de relevancia y urgencia, afiliándose a la doctrina del abuso del poder. En ese sentido, el análisis de las acciones directas que tuvieron dispositivos confrontados en el artículo 62 de la CRFB hasta el año 2002, precisamente en el que respecta a los presupuestos habilitantes, se nota que el Ministro Celso de Mello (nombrado por el Presidente José Sarney en 1989) ha proferido su voto siempre en defensa del control de los presupuestos. Alertaba el Ministro: "*Tenho registrado, (...), a minha extrema preocupação com o excesso de medidas provisórias que os sucessivos Presidentes da República têm editado, transformando, essa prática extraordinária de sua competência normativa, em exercício ordinário do poder de legislar, com grave comprometimento do postulado constitucional da separação dos poderes (...)*". (Cf. Adin nº 2213 – DF – MC, p. 319. Véase también ADI 162-1, juzgada el 14.12.89, ADI 358-5, juzgada el 05.09.90, ADI 4352/600, juzgada el 27.02.91, ADIs 525-1 e 526-0/600, juzgada el 12.06.91 y 12.12.91, ADI 1417-0, juzgada el 07.03.96, ADI 1647-4, juzgada el 13.08.97, ADI 1675-1, juzgada el 24.09.97, ADI 1687-0, juzgada el 26.11.97, ADI 1718-2, juzgada el 15.12.97, ADI 1700-6, juzgada el 19.12.99, ADI 1753-2, juzgada el 17.09.98, ADI 2010-1, juzgada el 30.09.99, ADI 1922-9 e 1976-7, juzgada el 06.10.99, ADI 2081-1, juzgada el 21.10.99, ADI 1910-1, juzgada el 22.04.99 e 21.06.01, ADI 2150-8 (MC), juzgada el 23.03.00, ADI 2150-8, juzgada el 23.03.00 ADI 2348-9, juzgada el 07.12.00, ADI 2213-0, juzgada el 04.04.02). Por otro lado, el Ministro Nelson Jobin, nombrado por el Presidente Fernando Henrique Cardoso en 1997, (el mismo Constituyente que ha votado en contra la creación de un Tribunal Constitucional – véase Capítulo dos)-y a favor de la creación de las *Medidas Provisórias* - véase Capítulo tres-, también hasta el año 2002, en la mayoría de las veces, al pronunciarse en sus votos, mantuvo una línea auto-restrictiva cuando se trata de los presupuestos constitucionales de relevancia y urgencia, alegando ser cuestión política imposible de ser apreciada por el Supremo "*em relação ao argumento genérico, na linha das decisões majoritárias, não cabe ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão de urgência e relevância*" (ADI 1700, p.99. En igual sentido: ADI 1441, juzgada el 18.10.96, ADI 1647-4, juzgada el 13.08.97, ADI 1629-6, juzgada el 10.09.97, ADI 1675-1, juzgada el 24.09.97 ADI 1533-8, juzgada el 07.11.97, ADI 1754, juzgada el 13.11.97, ADI 1597-4, juzgada el 14.11.97 ADI 1687-0 juzgada el 26.11.97, ADI 1718- 2, juzgada el 15.12.97, ADI 1664-0, juzgada el 19.12.97, ADI 1700-6, juzgada el 19.12.97, ADI 1726-5, juzgada el 16.09.98, ADI 1753-2, juzgada el 17.09.98, ADI 1647-4, juzgada el 02.12.98, ADI 2010-2, juzgada el 30.09.99, ADIs 1922-9 y 1976-7, juzgada el 06.10.99, ADI 2081-1, juzgada el 21.10.99, ADI 2083-8, juzgada el 03.08.00, ADI 2348-9, juzgada el 07.12.00, ADI 2150-8 (MC), juzgada el 23.03.00, ADI 2468-0, juzgada el 29.06.01, ADI 2213-0, juzgada el 04.04.02 y, por fin ADI 2150-8, juzgada el 29.11.02.).

933 Cf. por ejemplo, ADIs nº 1.130, 1.397 y 1.647, etc.

934 Cf. ADInMC nº 1.753 de 16.04.98.

*rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas - a criação de novo caso de rescindibilidade - é pacificamente inadmissível e quanto à outra - a ampliação do prazo de decadência - é pelo menos duvidosa*<sup>935</sup>.

Aunque este fallo pueda demostrar el comienzo de la concreción de la orientación de la Suprema Corte, aún así, la ADI n° 1.753 ha sido juzgada perjudicada tras una cuestión de orden del relator, en que se negó la posibilidad de aditamento, es decir, no hubo decisión de mérito en la acción principal.

Durante muchos años, el citado precedente quedó aislado como la única hipótesis en la que la jurisprudencia del STF ha admitido realizar el control de constitucionalidad sobre los presupuestos de relevancia y urgencia. No obstante, el 14.05.2008, la Suprema Corte dió otro paso en la afirmación de tal posibilidad, al deferir *liminares* en las medidas cautelares a las ADIs 4.048 y 4049 acciones en las cuales se discutía la imposibilidad de utilizarse la medida provisoria para la apertura de créditos “extraordinarios” que, claramente, no cumplían los requisitos constitucionales:

*MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N° 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei n° 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. III. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea “d”, da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões “guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea “d”, da Constituição. “Guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de conseqüências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP n° 405/2007 demonstram que os créditos abertos são*

935 Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=1753&classe=ADI-MC>. A propósito del juicio, así se posicionó el Ministro Relator Sepúlveda Pertence, para quien sí "ya se formó cosa juzgada [...] la medida provisoria ya no puede alegar urgencia, porque habrá llegado muy tarde". En el mismo sentido, el Ministro Marco Aurélio sostiene que " la alteración de normas instrumentales no se hace en régimen de urgencia".

destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP n° 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei n° 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008. (ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-01 PP-00055).

Se observa, sin embargo, que todavía no ha sido decidido el mérito de las referidas acciones directas. De este modo, lo que se puede concluir hasta el momento es que la posición del STF es la de que no cabe el análisis acerca de los presupuestos de relevancia y urgencia, a no ser que la violación a la Constitución esté muy clara.

#### 4.2.2. Italia

Será en Italia donde se producirá el cambio más significativo de la jurisprudencia constitucional pos 1988. Tras un largo período en el cual la CC parecía haber dejado claro que los vicios formales propios y específicos de los *decreti-legge* no comunican con la ley de conversión, ha admitido dicha comunicabilidad, en *obiter dictum*, en la Sentencia 29/1995<sup>936</sup>. En otras palabras, la *Corte Costituzionale*, que al principio eludía ejercer el control sobre los presupuestos habilitantes, innova a partir del 1995 ampliando el control de los presupuestos del *decreto-legge* más allá de los límites de la tesis del abuso de poder, haciendo alcanzar el momento de la conversión en ley, posibilitando que la propia ley de conversión sea judicialmente impugnada por la ausencia de los requisitos de necesidad y urgencia. Eso es, precisamente, lo que se extrae de la Sentencia de *la Corte Costituzionale* n° 29 del 27 de enero de 1995:

GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA PRINCIPALE. SENT. 29/95 A. LEGGE ED ATTI EQUIPARATI - DECRETO-LEGGE - PRESUPPOSTI DI NECESSITA' E URGENZA - NECESSARIA SUSSISTENZA AL MOMENTO DELL'ADOZIONE DELL'ATTO - MANCANZA EVIDENTE - VIZIO DI INCOSTITUZIONALITA' DEL DECRETO-LEGGE E VIZIO 'IN PROCEDENDO' DELLA LEGGE DI CONVERSIONE - SINDACABILITA' DA PARTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE - DIVERSITA' DI TALE ACCERTAMENTO RISPETTO ALLA VALUTAZIONE POLITICA ESPRESSA DAL PARLAMENTO IN SEDE DI CONVERSIONE.

A norma dell'art. 77 Cost., la pre-esistenza di una situazione di fatto comportante la necessita' e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione del predetto atto, di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, in ipotesi adottato al di fuori dell'ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste, quanto un vizio 'in procedendo' della stessa legge di conversione, avendo quest'ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione. Pertanto, non esiste alcuna preclusione affinché la Corte costituzionale proceda all'esame del decreto-legge e/o della legge di conversione sotto il profilo del rispetto dei requisiti di validità costituzionale relativi alla pre-esistenza dei presupposti di necessita' e urgenza, dal momento che il correlativo esame delle Camere in sede di conversione comporta una valutazione del tutto diversa e, precisamente, di tipo

936 Comienza con la Sentencia 29/1995; posteriormente son dictadas otras como 161/1995; SCC 84/1996; SCC 270/1996, a modo de ejemplo.

pretamente político sia con riguardo al contenuto della decisione, sia con riguardo agli effetti della stessa. red.: L.I. rev.: S.P.<sup>937</sup>. [Ietra en negrita resaltada expresamente para este caso]

De la innovadora decisión de la Corte Constitucional merecen ser destacados dos aspectos: 1) Rechaza la antigua argumentación de que la Corte Constitucional no puede ejercer su control sobre los presupuestos de necesidad y urgencia de los decreti-legge; 2) Afirma la posibilidad de ejercicio de tal control tanto sobre el propio decreto-legge, como sobre su ley de conversión<sup>938</sup>.

Permitir que el control se ejerza sobre la ley convertida significa afirmar claramente que la conversión, por parte del Parlamento, del decreto-ley en ley, no convalida por sí misma los vicios eventualmente existentes en el primero. Así, la impugnación de la norma, cuando esté viciada, podrá darse cuando ésta revista de la forma de decreto-legge, aunque ya posea carácter de ley<sup>939</sup>

937 Véase la *Massima* numero 21561, disponible en: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/massime> [Última fecha de consulta: 15.11.2009]

938 Merecen ser transcritos los principales argumentos que ilustran las cuestiones aquí reseñadas: *“Occorre premettere che l’inammissibilità delle dedotte questioni non può essere basata sugli argomenti formulati dall’Avvocatura dello Stato, secondo la quale esula comunque dai poteri di questa Corte accertare la presenza in concreto dei presupposti di necessità e urgenza previsti dall’art. 77 della Costituzione per l’adozione dei decreti-legge, essendone riservata la verifica alla valutazione politica del Parlamento. Questa posizione, condivisa in passato, ignora che, a norma dell’appena citato art. 77, la pre-esistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l’urgenza di provvedere tramite l’utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell’adozione del predetto atto, di modo che l’eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, in ipotesi adottato al di fuori dell’ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste, quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione, avendo quest’ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l’esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione. Pertanto, non esiste alcuna preclusione affinché la Corte costituzionale proceda all’esame del decreto-legge e/o della legge di conversione sotto il profilo del rispetto dei requisiti di validità costituzionali relativi alla preesistenza dei presupposti di necessità e urgenza, dal momento che il correlativo esame delle Camere in sede di conversione comporta una valutazione del tutto diversa e, precisamente, di tipo pretamente político sia con riguardo al contenuto della decisione, sia con riguardo agli effetti della stessa. Tuttavia, una volta risolto nel modo appena detto il problema logicamente prioritario della sindacabilità da parte di questa Corte della sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza, l’inammissibilità delle questioni proposte discende dalla regola processuale, costantemente osservata nella giurisprudenza costituzionale (v., ad esempio, sentenze n. 314 del 1990, n. 544 del 1989, nn. 1044 e 302 del 1988), per la quale nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale l’interesse a ricorrere delle regioni è qualificato dalla finalità di ripristinare l’integrità delle competenze costituzionalmente garantite alle medesime ricorrenti. In altre parole, è giurisprudenza consolidata che le regioni, allorché agiscono nei giudizi in questione, non possono legittimamente far valere presunte violazioni concernenti norme costituzionali regolanti l’esercizio di un potere governativo, come le norme che abilitano il Governo ad adottare decreti-legge soltanto in presenza di situazioni di necessità e urgenza, le quali non comportano, di per sé, alcuna lesione diretta delle sfere di competenza costituzionalmente attribuite alle medesime regioni”*.

939 La naturaleza de esta ley es, sin embargo, muy discutida en sede doctrinaria. Paladin le confiere el carácter de ley formal (*op.cit.* p. 189), mientras que Mortati defiende que la conversión efectúa una “novación” en la fuente, de tal modo que le otorga carácter de ley material. (*op.cit.* p.709). La Corte Constitucional italiana, en la propia sentencia nº 29, afirma su orientación según la cual “los actos con fuerza de ley, incluso el decreto-ley y consecuentemente la ley de conversión, son equiparados a la ley formal, pudiendo incluso intervenir en la materia a esta reservada”. En este mismo sentido, la Corte presenta como precedentes las sentencias número 173 de 1987; 184 y 243 de 1974 y 39 de 1971. En España, la STC 155/2005 establece expresamente que se trata de novación: “En realidad ninguno de estos hechos impide un pronunciamiento sobre la constitucionalidad del repetido Real Decreto-ley, pues siempre hemos sostenido que “es algo fuera de duda” que “el control del Decreto-ley en cuanto tal no está impedido por el hecho de **la novación operada por la Ley**, siguiendo lo que dispone el art. 86.3”. En Brasil se da la misma controversia. Se rechaza conceder carácter de ley ordinaria a la



La doctrina italiana ya apuntaba a este entendimiento mucho antes de la innovadora decisión. MORTATI, en 1976,<sup>940</sup> ya alegaba que “*Nel caso in cui l’incostituzionalità venga eccepita successivamente alla conversione l’impugnativa dev’essere rivolta tanto contro il decreto-legge quanto contro la legge che lo converte*”. Según el autor, la única manera de que no ocurra la comunicabilidad de los vicios a la ley de convención es en el caso de que el vicio fuese imputable solamente a la ley<sup>941</sup>.

No obstante, debemos destacar que con tal pronunciamiento la Corte Constitucional italiana, al alejar la hipótesis de la convalidación por el Parlamento e invocar para sí – no prescindiendo de la tarea – el control de los presupuestos incluso después de la conversión, estableció que el examen de las Cámaras legislativas conlleva una valoración distinta de aquélla por ella desempeñada. Como podemos leer en la parte final del párrafo transcrito anteriormente, el control por el Parlamento sería de tipo distinto, es decir, “puramente político”. Eso nos permite afirmar que el control político puede de ser ejercido por el Poder Legislativo en el momento de la conversión y por el Ejecutivo en el acto de la edición del decreto-ley, y no excluye el control judicial, que debe ser ejercido por la Corte Constitucional. Se trata, por tanto, de hipótesis de incidencia del control distintas y no excluyentes.

No obstante, en sucesivas ocasiones la Corte explicitó que el reconocimiento de la inconstitucionalidad de un decreto-legge depende de una falta evidente (evidente mancanza)<sup>942</sup> de los presupuestos de necesidad y urgencia, ausencia esta que, por sí sola, puede legitimar un pronunciamiento de ilegitimidad. A propósito, véase:

Riguardo a tale censura - che investe la validità del decreto-legge nel suo complesso - riaffermato il principio che nei giudizi su decreti-legge spetta alla Corte costituzionale un sindacato sull'esistenza e sull'adeguatezza dei presupposti della necessita' e dell'urgenza, va infatti riconosciuto che, nel caso di specie, non ricorre tuttavia quella

---

ley de conversión por la mayor parte de la doctrina (como Celso Antônio Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Merlin Cléve etc) considerando que la ley de conversión adviene de procedimiento anómalo (Merlin Cléve) o procedimiento legislativo especial (José Afonso), no integrando, así, el proceso legislativo ordinario.

940 Así en la novena edición de su famoso libro *Istituzioni di Diritto Pubblico*, en 1976, p. 1400.

941 El mismo posicionamiento es defendido en España por SALAS, J. (*Los decretos... op. cit. p. 133*), para quién desde que la Ley de conversión haya sido aprobada, los únicos vicios relevantes desde la perspectiva de su impugnación ante el TC serán los que afecten a la propia Ley y, en particular, a las modificaciones que respecto del decreto-ley inicial se hayan introducido en las Cortes. Asimismo, según SALAS (p. 128), aunque no se haya impugnado el decreto-ley una vez emanado, es posible recurrir posteriormente contra la Ley de conversión del mismo, sin que quepa, por tanto, reputar consentido el primero. Para avalar su entendimiento cita a Sorrentino y la SCC 113/1967, que establece los siguiente: *SENT. 113/67 A. LEGGE DI CONVERSIONE DI D.L. - NATURA CONFIRMATIVA - ESCLUSIONE - ACQUISCENZA PER MANCATA IMPUGNAZIONE DEL D.L. - ESCLUSIONE. La legge di conversione non può, in ogni caso, essere considerata come atto confermativo del decreto legge ai fini dell'inaffidabilità del ricorso proposto contro di essa in quanto in sede di giudizi di costituzionalità non possono valere i criteri che vigono nel campo giurisdizionale amministrativo rispetto agli atti confermativi. Neppure si potrebbe parlare di acquiescenza, essendo escluso che in materia possa trovare applicazione questa causa d'inaffidabilità. Cf.: sent. n. 30/1959.*

942 Regístrese la influencia de la tesis de la “evidente mancanza” de los presupuestos habilitantes en algunas decisiones del STF: “*Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdiccional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente*”. [letra en negrita resaltada expresamente para este caso]. ADI 2527 MC, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, juzgado el 16/08/2007.

"evidente mancanza" dei requisiti di validità costituzionale relativi alla preesistenza di tali presupposti, che sola - secondo la richiamata giurisprudenza - potrebbe giustificare una pronuncia di illegittimità<sup>943</sup>. [Destacamos]

#### Asimismo:

La valutazione preliminare dell'esistenza dei presupposti di necessita' ed urgenza, richiesti dall'art. 77 Cost., e' riferita solo alla fase della decretazione di urgenza esercitata dal Governo e non si estende alle norme adottate dal Parlamento. Tale valutazione riguarda esclusivamente la evidente mancanza di quei presupposti, tale cioè da fare palesemente ritenere che l'atto sia stato adottato del Governo al di fuori dell'ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste per il decreto-legge. Pertanto, una pronuncia di illegittimità costituzionale può essere giustificata solo in caso di "evidente mancanza" dei requisiti di validità' costituzionale relativi alla preesistenza di tali presupposti. - V. S. nn. 29/1995, 161/1995, 391/1995, 84/1996. red.: A. Franco<sup>944</sup>.

De esta forma, lo que hizo la Corte fue relativizar lo antes pronunciado en la Sentencia 29/1995, permitiendo que los motivos invocados por el Gobierno para editar la medida urgente asumieran una gran importancia. Como anotó ROMBOLI por medio del concepto de falta evidente, la CC tuvo intención de calificar como político (entonces no susceptible de control jurisdiccional de constitucionalidad) la eventual ausencia de las condiciones de necesidad y urgencia que no alcance el grado de evidente: "La corte ha inteso qualificare come politico (quindi insindacabile nell'ambito di un giudizio costituzionale) la eventuale assenza delle condizioni di necessita ed urgenza che non assurga ai livello della evidenza"<sup>945</sup>. Hasta que en 1996, la CC que había admitido el control de los presupuestos e incluso su comunicabilidad con la ley de conversión viene a negarlo expresamente en la Sentencia 360/1996:

*SENT. 360/96 B. DECRETO-LEGGE - ITERAZIONE O REITERAZIONE - SUSSISTENZA DI VIZIO DI ILLEGITTIMITA' COSTITUZIONALE, PER VIOLAZIONE DELL'ART. 77 COST., A CAUSA DELLA RIPRODUZIONE SOSTANZIALE, IN ASSENZA DI NUOVI E SOPRAVVENUTI PRESUPPOSTI STRAORDINARI DI NECESSITA' ED URGENZA, DEL CONTENUTO NORMATIVO DI DECRETO-LEGGE NON CONVERTITO - DECRETI-LEGGE ITERATI O REITERATI GIA' CONVERTITI IN LEGGE ANTERIORMENTE ALLA SENTENZA N. 360 DEL 1996 O IN CORSO DI CONVERSIONE - SALVEZZA DEGLI EFFETTI PRODOTTISI - CONDIZIONI.*

*Restano salvi gli effetti dei decreti-legge, iterati o reiterati, già convertiti in legge alla data di pubblicazione della presente sentenza, o la cui conversione risulti in corso alla data stessa purché essa intervenga nel termine fissato dalla Costituzione, in quanto, posto che il vizio di costituzionalità derivante dall'iterazione o dalla reiterazione attiene, in senso lato, al procedimento di formazione del decreto-legge quale provvedimento provvisorio fondato su presupposti straordinari di necessita' ed urgenza, ne consegue che tale vizio può ritenersi sanato quando le Camere, attraverso la legge di conversione*

943 Sentenza 161/1995, Massima numero 21408.

944 Sentenza 330/1996, Massima numero 22879. Ambas sentencias y sus *massime* están disponibles en la página: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/massime>

945 ROMBOLI, Roberto. "Le vicende della decretazione d'urgenza negli anni 1995-1997 tra Corte Costituzionale ed ipotesi di revisione dell'art. 77 della Costituzione". *Studi in onore de Leopoldo Elia*. t. II, Milano: Giuffrè, 1999, p.1.488. Registramos también la opinión de PITRUZZELLA, para quien los presupuestos no son controlables por la CC: "Inoltre, secondo le considerazioni a suo tempo svolte, il sindacato della corte costituzionale non potrà riguardare la sussistenza dei presupposti della straordinaria ed urgente necessità, né potrà censurare la non immediata operatività del decreto legge o l'eterogeneità del suo contenuto. Invece dovrà garantire l'osservanza dei limiti posti alla reiterazione del decreto, nonché i limiti di oggetto precedentemente individuati." (*La legge... op. cit.* p. 212).

*(o di sanatoria), abbiano assunto come propri i contenuti o gli effetti della disciplina adottata dal Governo in sede di decretazione d'urgenza. red.: S. Di Palma.<sup>946</sup>*

La sentencia 360/1996, como vimos, es muy importante en lo que respecta al tema de las reiteraciones. No obstante, en el tema del control de los presupuestos habilitantes representó una marcha atrás. En sentido similar, en la sentencia 90, de 25.03.1997, la CC italiana rechazó la alegación de inconstitucionalidad del decreto-ley impugnado por motivos de ausencia de los presupuestos de necesidad y urgencia. Sin embargo, afirmó, entonces, que el juicio prescindió de cualquier valoración de la ley de conversión. Dicha afirmación ha sido entendida por la doctrina como manutención del entendimiento de que la ley de conversión no es idónea para sanar el vicio de ausencia de los presupuestos habilitantes de necesidad y urgencia<sup>947</sup>.

Realmente, la doctrina publicista no se eludió de apuntar la aparente ambigüedad entre las sentencias de la Corte Costituzionale aunque el tema de la comunicabilidad de los vicios hubiera sido declarado en meros obiter dictum. Asimismo, buscaba conciliar las dos direcciones (indirizzo) asumidas por la Corte, procurando explicar la anomalía comparando la naturaleza de los vicios de la reiteración con los vicios de la ausencia de los presupuestos. Se observó, entonces, que los vicios de la reiteración son menos graves, pues sólo se refieren a un modo de ejercer legítimamente el poder, ya que los vicios de la ausencia de los presupuestos se refieren a una verdadera ausencia de poder. Sobre esta base se concluyó que simplemente la repetición de defectos no se transfiere a la ley de conversión, pero debe ser punible en "flagrante delito", es decir, antes de ser aprobada la ley parlamentaria<sup>948</sup>.

Asimismo, la CC ha afirmado abiertamente un régimen distinto de los dos vicios "propios" del decreto (la falta de los presupuestos, por una parte, la repetición, por otra). Hecho claro en la Sentenza n° 398/1998:

*Viene in primo luogo in considerazione la denunciata violazione dell'art. 77 della Costituzione, sotto il duplice profilo della carenza dei presupposti di necessità ed urgenza dei decreti-legge, e della reiterazione dei decreti non convertiti. Questa Corte ha affermato che la mancanza dei presupposti della decretazione d'urgenza può risolversi in vizio dell'atto, rilevabile in sede di giudizio di legittimità costituzionale, solo quando essa appaia chiara e manifesta perché solo in questo caso il sindacato di legittimità della*

946 *Sentenza 360/1996 Massima numero 22913. Véase todavía: "A questo proposito va, infatti, considerato che il vizio di costituzionalità derivante dall'iterazione o dalla reiterazione attiene, in senso lato, al procedimento di formazione del decreto-legge in quanto provvedimento provvisorio fondato su presupposti straordinari di necessità ed urgenza: la conseguenza è che tale vizio può ritenersi sanato quando le Camere, attraverso la legge di conversione (o di sanatoria), abbiano assunto come propri i contenuti o gli effetti della disciplina adottata dal Governo in sede di decretazione d'urgenza." (CD 6)*

947 CONCARO, Alessandra. *Il Sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 47-49. *Apud* AMARAL JÚNIOR, José Levi. "Medida Provisória e sua conversão em lei". *A Emenda Constitucional n.º 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: RT, 2004, p. 101.

948 En ese sentido: CELOTTO, Alfonso. *Spunti ricostruttivi sulla morfologia del vizio da reiterazione di decreti-legge*, 1998, 1562 s; ROMBOLI, Roberto. "Decreto-legge e giurisprudenza costituzionale", en: *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia* (a cura di Simoncini, Macerata, 2006, 107 y ss) y "L'efficacia sanante dei vizi formali del decreto-legge da parte della legge di conversione: è davvero cancellata la sent. n. 29 del 1995?", en: *Giur. Cost.*, 910 ss; SIMONCINI, Andrea. *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte Costituzionale*, Milano: Giuffrè, 2003, p. 243 y ss; ANGIOLINI, Vittorio. "La Corte riapre un occhio sui vizi del decreto-legge convertito?", en: *Giur. cost.*, 1997, 2010 e ss.

*Corte non rischia di sovrapporsi alla valutazione di opportunità politica riservata al Parlamento (v. sentenze nn. 330 del 1996, 391, 161 e 29 del 1995; ordinanze nn. 90 del 1997 e 432 del 1996). Non è questo il caso dell'intervento straordinario operato dal Governo in materia di quote latte con i decreti-legge impugnati. I limiti posti in sede comunitaria ai quantitativi nazionali di produzione lattiera e l'esigenza di introdurre misure intese al contenimento di questa rendono non manifestamente implausibile la valutazione governativa, posta a base degli interventi, in ordine al ricorso alla decretazione d'urgenza. Non fondate sono anche le numerose censure rivolte contro la reiterazione dei decreti-legge. Questa Corte deve ribadire sul punto quanto affermato nella recente sentenza n. 360 del 1996: il vizio di reiterazione può ritenersi sanato quando le Camere, attraverso la legge di conversione, abbiano assunto come propri i contenuti della disciplina adottata dal Governo in sede di decretazione d'urgenza.*

Sin embargo, cuando parecía que la CC se había inclinado por aceptar como firme la incomunicabilidad de los vicios por ausencia de los presupuestos habilitantes, se dictaron una serie de decisiones contradictorias que admitían unas veces la comunicabilidad de los vicios, y otras negaban la oportunidad de controlar los presupuestos del decreto-ley después de la conversión en ley, haciendo nacer de la conversión el clásico argumento de la eficacia sanadora<sup>949</sup>.

A esta fase de incertidumbre le siguió otra fase en la que se admitía el control de los presupuestos de necesidad y urgencia de los decretos-ley, ejercidos dentro de los límites de la "falta evidente", incluso después de la conversión en ley<sup>950</sup>. En la SCC 341/2003, la posición de la Corte es inequívoca al afirmar que la ley de conversión sí sana los vicios por la falta de los presupuestos habilitantes. Más allá de la tesis de la evidente mancanza, afirmó que la presencia de vicios en cuanto a los presupuestos habilitantes debería ser descomunal (macroscópica):

La Corte ha ripetutamente escluso che, nella specie, si versi in ipotesi di macroscopico difetto dei presupposti, poiché, eventuali vizi attinenti ai presupposti della decretazione d'urgenza devono ritenersi sanati in linea di principio dalla conversione in legge del decreto legge. Non è, pertanto, fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto-legge 3 luglio 2001, n. 256 (convertito, con modificazioni, dalla legge 20 agosto 2001, n. 334)<sup>951</sup>.(Destacamos)

No obstante, la orientación todavía no estaba consolidada. Así, en la sentencia 171/2007 juzgada en 09.05.2007 (publicada en la G.U. en 30.05.2007) la Corte, tras reconocer la controversia entre sus decisiones, decidió reforzar el principio declarado en la SCC 29/1995 bajo diversos argumentos. Primero consideró que si en el marco constitucional que rige la promulgación de la legislación primaria (leyes y actos con fuerza de ley) está en primer plano la relación entre los órganos, no puede ser desconsiderado que dicha disciplina también sirva para proteger los derechos y caracterizar la configuración del sistema constitucional en su conjunto. Entonces, afirmar que la ley de conversión en todos los casos sana los vicios del decreto, significaría atribuir poder al legislador para, en concreto,

949 Sobre el tema, véanse las *sentenze*: 419/2000; 376/2001; 16 y 29 del 2002. En la doctrina: CELOTTO. La "storia infinita": ondivaghi e contraddittori orientamenti sul controllo dei presupposti del decreto-legge, in *Giur. Cost.*, 2002, 133 y ss.

950 Véanse las sentencias 341/ 2003; 6, 178, 196, 285 y 299 de 2004; 2, 62 y 272 de 2005.

951 SCC 341/2003 *Massima* numero 28093. En otras sentencias, la CC se abstuvo de apreciar la cuestión de la comunicabilidad de los vicios a la ley de conversión porque excluía la "evidente carenza" de los presupuestos (SCC 178 y 196/2004). Con otros enfoques, véanse también SCC 330/1996; 398/1998; 16 y 29 / 2002 y 6/2004.

alterar la repartición constitucional de competencias de los poderes del Parlamento y del Gobierno en cuanto a la producción de fuentes primarias. Además, la Corte afirma que el hecho de que en una República parlamentaria el Gobierno deba gozar de la confianza de las Cámaras y considerando que el decreto-ley incluye un supuesto particular de responsabilidad, hay que concluir que las disposiciones de la Ley de conversión, como tal (y que no afecte sustancialmente al contenido normativo del decreto) no pueden ser evaluadas, en términos de legitimidad constitucional, independientemente del decreto. En realidad, el efecto inmediato que convierte al decreto-ley en el instrumento adecuado para producir cambios irreversibles tanto en la realidad material como en el ordenamiento, hace evidente la razón del inciso de la disposición constitucional que otorga al Gobierno la responsabilidad por la adopción del decreto, al mismo tiempo que también condiciona la labor del Parlamento en sede de conversión y especialmente en la actividad legislativa. El Parlamento está para hacer sus propias evaluaciones y actuar con respecto a una situación alterada por las normas establecidas por un órgano que, por regla general, como titular del poder ejecutivo, no tiene competencia para promulgar una legislación eficaz.

La Corte entiende que la confirmación de dichas afirmaciones se comprueba por la situación especial que caracteriza la trayectoria parlamentaria de la ley de conversión, de modo que la presentación del decreto para la conversión da lugar a que las Cámaras sean convocadas, aunque disueltas (artículo 77, segundo párrafo de la Constitución), y su tramitación observa un procedimiento distinto de aquel previsto para el trámite de los proyectos de ley de iniciativa del Gobierno (artículo 96-bis del Reglamento de la Cámara y el art. 78, apartado 4, del Senado<sup>952</sup>).

La decisión, por su importancia, merece transcripción:

*Legge ed atti equiparati - Decreto-legge - Denunciata mancanza dei presupposti previsti dalla Costituzione per la decretazione d'urgenza - Efficacia sanante della legge di conversione - Esclusione.*

*Il difetto dei requisiti del «caso straordinario di necessità e d'urgenza» che legittimano l'emanazione del decreto-legge, una volta intervenuta la conversione, si traduce in un vizio in procedendo della relativa legge. Il suddetto principio è funzionale alla tutela dei diritti e caratterizza la configurazione del sistema costituzionale nel suo complesso. Infatti, l'opposto orientamento, secondo cui la legge di conversione sana in ogni caso i vizi del decreto, comporta l'attribuzione in concreto al legislatore ordinario del potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie. Inoltre, in considerazione del fatto che in una Repubblica parlamentare, quale quella italiana, il Governo deve godere della fiducia delle Camere e che il decreto-legge comporta una sua particolare assunzione di responsabilità, si deve concludere che le disposizioni della legge di conversione in quanto tali - nei limiti, cioè, in cui non incidano in modo sostanziale sul contenuto normativo delle disposizioni del decreto, come nel caso in esame - non possono essere valutate, sotto il profilo della legittimità costituzionale, autonomamente da quelle del decreto stesso. Infatti, l'immediata efficacia del decreto-legge condiziona l'attività del Parlamento, che si trova a compiere le proprie valutazioni e a deliberare con riguardo ad*

952 Cuyo texto dice: “Se l'Assemblea si pronunzia per la non sussistenza dei presupposti richiesti dall'articolo 77, secondo comma, della Costituzione o dei requisiti stabiliti dalla legislazione vigente, il disegno di legge di conversione si intende respinto. Qualora tale deliberazione riguardi parti o singole disposizioni del decreto-legge o del disegno di legge di conversione, i suoi effetti operano limitatamente a quelle parti o disposizioni, che si intendono soppresse”.

*una situazione modificata da norme poste da un organo cui di regola, quale titolare del potere esecutivo, non spetta emanare disposizioni aventi efficacia di legge. - Negli stessi termini, v., citate, sentenze n. 29/1995 e n. 341/2003; v. anche sentenze n. 196/2004 e n. 178/2004, in cui, però, la Corte ha ritenuto di prescindere da tale questione perché era da escludere l'evidente carenza dei presupposti previsti dalla Costituzione per la decretazione d'urgenza. - In merito al diverso orientamento dell'efficacia sanante della legge di conversione, v. citate, sentenze n. 330/1996, n. 419/2000 e n. 29/2002 e, pur sotto un particolare profilo, sentenza n. 360/1996<sup>953</sup>.*

#### Asimismo:

*Legge ed atti equiparati - Decreto-legge - Presupposti di necessità e urgenza - Sindacabilità da parte della Corte Costituzionale solo in caso di mancanza evidente - Diversità di tale accertamento rispetto alla valutazione politica espressa dal Governo e dal Parlamento in sede di conversione.*

*L'esistenza dei requisiti della straordinarietà del caso di necessità e d'urgenza, che legittimano il Governo ad adottare, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, che perdono efficacia se non convertiti in legge entro sessanta giorni, può essere oggetto di scrutinio di costituzionalità, in quanto, secondo la nostra Costituzione, l'attribuzione della funzione legislativa al Governo ha carattere derogatorio rispetto all'essenziale attribuzione al Parlamento della funzione di porre le norme primarie nell'ambito delle competenze dello Stato centrale. Il predetto accertamento non sostituisce e non si sovrappone a quello iniziale del Governo e a quello successivo del Parlamento in sede di conversione - in cui le valutazioni politiche potrebbero essere prevalenti - ma deve svolgersi su un piano diverso, con la funzione di preservare l'assetto delle fonti normative e, con esso, il rispetto dei valori a tutela dei quali detto compito è predisposto. Inoltre, poiché la straordinarietà del caso, tale da imporre la necessità di dettare con urgenza una disciplina in proposito, può essere dovuta ad una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri) in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi, il difetto dei presupposti di legittimità della decretazione d'urgenza può essere oggetto di scrutinio di costituzionalità, solo quando risulti in modo evidente. - In merito alla sindacabilità dei requisiti della straordinarietà del caso di necessità e d'urgenza, v., citata, sentenza n. 29/1995. - In merito al positivo intervento della Corte sul fenomeno della reiterazione dei decreti-legge non convertiti, v. sentenza n. 360/1996<sup>954</sup>.*

Con claridad meridiana, se aprecia que la orientación actual de la Corte Constitucional retoma los principios consagrados en la ya analizada sentencia 29/1995, admitiendo tanto el control de los presupuestos de urgencia y necesidad, como también la comunicabilidad de los vicios (resultantes de la ausencia de dichos presupuestos) del decreto-ley a la ley de conversión.

Dicha sentencia (171/2007), ha sido recibida con entusiasmo por la doctrina<sup>955</sup>

953 SCC 171/2007, juzgada el 09.05.2007, G.U. 30.05.2007. *Massima* numero 31330.

954 Cf. *Sentenza 171/2007 Massima* numero 31329.

955 Véase, a propósito: Corte cost., 23 maggio 2007, n. 171, in *Giur. It.*, 2007, 2675 con nota de CARNEVALE, Paolo. "Il vizio di "evidente mancanza" dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007"; SORRENTINO, Federico. "Ancora sui rapporti tra decreto-legge e legge di conversione: sino a che punto i vizi del primo possono essere sanati dalla seconda?" en *Giur. Cost.*, 2007, 1676; En internet se puede consultar: RUGGERI, Antonio. *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibili di ulteriori, ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio* (a margine di Corte cost. n. 171 del 2007), disponible en: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); DICKMANN, Renzo. *Il decreto-legge come fonte del diritto e strumento di governo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); BOCCALATTE, Silvio. *Tra norma e realtà: riflessioni sulla motivazione del decreto-legge alla luce della sentenza n° 171/2007*, disponible en: [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); GUAZZAROTTI,

que la consideró “histórica”<sup>956</sup>. CELOTTO destacará que es la primera vez que la CC declara un *decreto-legge* inconstitucional por motivo de ausencia de los presupuestos habilitantes<sup>957</sup>:

*Per chi studia da molti anni i problemi della decretazione d'urgenza comporta una sottile emozione leggere la sentenza con cui la Corte costituzionale – per la prima volta – ha dichiarato incostituzionale un decreto-legge per mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza (...) Tuttavia, malgrado la Corte avesse cercato di enucleare i percorsi di questo scrutinio, pareva ormai che non si sarebbe mai giunti all'annullamento di un decreto per mancanza dei presupposti. Va infatti ricordato che il giudice costituzionale ha correttamente ricostruito il proprio scrutinio sull'esigenza di verificare la motivazione che sorregge il decreto mediante il test di una serie di elementi della “non evidente mancanza” dei presupposti.*

ROMBOLI compara la decisión de la Corte con la previa sentencia 360/1996 en los siguientes términos:

*Nella sent. 171/07, ribadita da quella in esame, la corte affronta espressamente il problema dell'efficacia sanante della legge di conversione e rileva, con assoluta e mirabile schiettezza, di aver tenuto in proposito due diverse ed opposte posizioni, precisando di dover seguire, per il futuro, quella contraria all'efficacia sanante della legge di conversione. Nel ricordare le ipotesi in cui in precedenza essa aveva seguito l'opposto (ora ripudiato) orientamento, viene richiamata anche la sent. 360/96, precisando “sotto un particolare profilo” (riferendosi, credo, a quello della reiterazione del decreto nello stesso testo).*

*Da tale affermazione se ne potrebbe ricavare che la legge di conversione non produce effetto sanante per alcuno dei due tipi di vizi, né per quello di assenza di necessità e di urgenza, né per quello di illegittima reiterazione del decreto legge.*

*Stante la innegabile diversità tra i due tipi di vizi, ne deriva ulteriormente che la condizione di “evidente” mancanza di necessità vale solo per il primo, non essendo configurabile invece per il secondo, le cui condizioni di esistenza e rilevanza sono puntualmente indicate nella sent. 360.*

*Per le stesse ragioni credo debba certamente escludersi di poter “declassare” il vizio di illegittima reiterazione a “sintomo” di evidente mancanza di necessità e urgenza e si debba concludere che, a fronte di un decreto reiterato nello stesso testo e privo di nuove*

---

Andrea. *Il rigore della Consulta sulla decretazione d'urgenza: una camicia di forza per la politica?* en [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); PATERNITI, Francesco. *Dalla astratta sindacabilità al concreto sindacato del decreto legge privo dei presupposti costituzionali: la Corte Costituzionale passa alle vie di fatto*, disponible en: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); etc.

956 Así: ROMBOLI, *Una sentenza “storica”: la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza*, disponible en: [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) y también en *Foro It.*, 2007, 1986: *La Corte costituzionale torna a pronunciare una decisione che, con ogni probabilità, sarà definitiva “storica” e comunque ricordata nel tempo, dopo i “formidabili due anni” in cui il Giudice costituzionale intervenne con decisione allo scopo di arginare l'abuso della decretazione d'urgenza. Allora lo fece affermando, da un lato, il principio secondo cui la mancanza nel decreto dei presupposti di necessità e di urgenza poteva essere sindacata dalla corte anche successivamente all'avvenuta conversione in legge (sent. 29/95), introducendo, dall'altro, il c.d. effetto trasferimento, vale a dire la possibilità di estendere la censura ad una identica norma presente nell'ordinamento, anche se formalmente riferita ad un decreto diverso da quello vigente al momento in cui la questione era stata sollevata (sent. 84/96) e dichiarando infine incostituzionale la prassi della reiterazione nello stesso testo dei decreti decaduti (sent. 360/96). [...] Quale sarà l'influenza di questa nuova “sentenza storica” per la futura giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di decretazione d'urgenza non è facile prevedere, anche se c'è da sperare che di essa tengano conto sia il governo, quale soggetto titolare del potere di decretazione, sia gli altri organi ai quali la Costituzione demanda un controllo sull'esercizio di tale potere, ossia il parlamento ed il capo dello Stato.*

957 “C'è sempre una prima volta... (La Corte Costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)” en: *Cass. Pen.*, 2007, 3599, también disponible en: <http://www.giurcost.org/studi/celotto2.htm>.

*e sopravvenute ragioni di necessità e di urgenza, lo stesso deve essere dichiarato incostituzionale anche quando sia poi stato convertito in legge dal parlamento.*

*Nel caso in cui questa lettura dovesse ritenersi corretta, le decisioni in commento avrebbero l'effetto di produrre – anche se a scoppio un poco ritardato - quel “terremoto istituzionale” che la sent. 360/96 aveva voluto evitare.*

No obstante, la *Corte Costituzionale* todavía irá más allá. Posteriormente, con la *Sentenza* 128/2008, la Corte declara la inconstitucionalidad de algunas disposiciones del *decreto-legge* 262/2006 (disposiciones urgentes en materia fiscal y financiera), tanto en su texto original como en el texto modificado por la Ley de conversión 286/2006, aprobado en la evidente falta de los requisitos de la extraordinaria necesidad y urgencia, la única que justificaría, según el artículo. 77, párrafo 1º de la Constitución, la aprobación por parte del Gobierno de los decretos con fuerza de ley ordinaria.

El hecho de alcanzar el texto modificado por la ley de conversión es apuntado por la doctrina como característica distintiva de esta sentencia frente a las anteriores, ya que la norma (del *decreto-legge*) impugnada había sido abrogada en el ámbito de la ley de conversión, aunque luego fuera reproducida en un texto sustancialmente similar y la decisión de inconstitucionalidad alcanzase también al texto sustituido en el ámbito de la conversión. En este caso concreto, la Abogacía del Estado ha argumentado sobre la ausencia de interés en la declaración de inconstitucionalidad, considerando que el *decreto-legge* nº 262/2006 había sido abrogado por la ley de conversión. A esta argumentación contestó la Corte alegando que:

*Seppure è vero che l'allegato alla legge di conversione n. 286 del 2006, recante le modifiche al decreto-legge, si conclude con l'espressa soppressione degli articoli da 3 a 47 del decreto, si deve, però, tenere presente che l'articolo 2, comma 105, dello stesso decreto-legge nel testo sostituito dalla legge di conversione, riproduce testualmente l'art. 18 del decreto-legge n. 262 del 2006, aggiungendo soltanto che oggetto dell'esproprio è l'intero immobile; ed inoltre che il nuovo testo fa comunque parte delle modificazioni apportate in sede di conversione al decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262 (così il titolo dell'allegato, cui si richiama l'art. 1, comma 1, della legge n. 286 del 2006 nell'atto di convertire il decreto), e che, in particolare, il testo del comma 104 dispone che l'esproprio decorre dalla data di entrata in vigore del presente decreto: con il che resta stabilito l'effetto espropriativo fin dalla data della decretazione d'urgenza<sup>958</sup>.*

Asimismo, se extrae de la *massima* 2358 lo siguiente:

#### *Titolo*

*Espropriazione per pubblica utilità - Trasferimento della proprietà del teatro Petruzzelli, ivi comprese tutte le dotazioni strumentali e pertinenze, al Comune di Bari e previsione della determinazione dell'indennizzo spettante ai proprietari da parte del Prefetto di Bari, detratte le somme già liquidate dallo Stato e dagli enti territoriali per la ricostruzione del Teatro stesso fino alla data di entrata in vigore della normativa censurata - Adozione con decreto-legge collegato alla legge finanziaria 2007 - Denunciata assenza dei presupposti di necessità e urgenza richiesti dalla Costituzione - Eccepita inammissibilità della questione per irrilevanza - Reiezione.*

#### *Testo*

*E infondata l'eccezione, sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato, con la quale si*



deduce l'irrelevanza della questione sul presupposto della inapplicabilità della norma censurata, atteso che la disposizione legislativa di esproprio del teatro Petruzzelli - oggetto del giudizio incidentale - è condizione negativa di accoglibilità della pretesa fatta valere nel giudizio a quo mediante ricorso per ingiunzione, e che dall'ordinanza di rimessione emerge la esistenza dei presupposti (certezza, liquidità, esigibilità del credito) per l'accoglimento del ricorso.

Y de la massima 2359:

#### Titolo

*Espropriazione per pubblica utilità - Trasferimento della proprietà del teatro Petruzzelli, ivi comprese tutte le dotazioni strumentali e pertinenze, al Comune di Bari e previsione della determinazione dell'indennizzo spettante ai proprietari da parte del Prefetto di Bari, detratte le somme già liquidate dallo Stato e dagli enti territoriali per la ricostruzione del Teatro stesso fino alla data di entrata in vigore della normativa censurata - Adozione con decreto-legge collegato alla legge finanziaria 2007 - Evidente carenza dei presupposti di necessità e urgenza richiesti dalla Costituzione - Illegittimità costituzionale.*

#### Testo

*Sono costituzionalmente illegittimi, per violazione dell'art. 77, secondo comma, della Costituzione l'art. 18, commi 2 e 3, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262 e l'art. 2, commi 105 e 106, dello stesso decreto-legge, nel testo sostituito, in sede di conversione, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286. **Premesso che la preesistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione del predetto atto, di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura in primo luogo un vizio di illegittimità costituzionale del decreto-legge che risulti adottato al di fuori dell'ambito applicativo costituzionalmente previsto, e premesso altresì che il difetto di presupposti, una volta intervenuta la conversione, si traduce in un vizio in procedendo della relativa legge, dovendosi escludere l'eventuale efficacia sanante di quest'ultima, difettano in relazione alle disposizioni censurate i suddetti presupposti** giacché la previsione secondo cui al fine di garantire la celere ripresa delle attività culturali di pubblico interesse presso il teatro Petruzzelli di Bari, a decorrere dall'entrata in vigore del suddetto decreto, il Comune di Bari acquista la proprietà dell'intero immobile sede del predetto teatro, ivi incluse tutte le dotazioni strumentali e le pertinenze, libera da ogni peso, condizioni e diritti di terzi, è priva di collegamento formale con le tematiche della finanza pubblica richiamate dall'epigrafe del decreto impugnato e dallo stesso preambolo. - Sull'illegittimità costituzionale di un decreto-legge, convertito in legge con modificazioni, per difetto dei requisiti di cui all'art. 77, comma secondo della Costituzione, v., citate, sentenze n. 171/2007 e n. 29/2005 (recte : ordinanza)*

La SCC 128/2008, en verdad, supone un importante avance en la jurisprudencia constitucional que revisa su antiguo posicionamiento, según el cual el análisis preliminar de los presupuestos de necesidad y urgencia no alcanzaba las modificaciones que el Parlamento ha introducido en la ley de conversión<sup>959</sup>, aunque para una parte de la doctrina eso pueda significar “*un importante restringimento del potere di emendamento in sede di conversione*”<sup>960</sup>.

959 Cf. SCC 391/1995, CD 4: “*a valutazione preliminare dei presupposti della necessità e dell'urgenza investe, infatti, secondo il disposto costituzionale, soltanto la fase della decretazione di urgenza esercitata dal Governo, né può estendersi alle norme che le Camere, in sede di conversione del decreto-legge, possano avere introdotto come disciplina "aggiunta" a quella dello stesso decreto*”

960 Así en CHINNI (CHINNI, Danielle. *Un passo avanti (con salto dell'ostacolo) nel sindacato della Corte Costituzionale sui presupposti della decretazione d'urgenza*. Disponible en: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/giurisprudenza/decisioni2/autori/chinni.html>. [Última fecha de

La primera polémica instaurada se refiere a la posibilidad del Parlamento de reproducir en el ámbito de la ley de conversión una norma de decreto-ley derogada (también por ley). Parte de la doctrina ha denunciado la práctica como caso de “conversión enmascarada” (*conversione mascherata*<sup>961</sup>), considerado así como el fenómeno de la conversión que generalmente se produce cuando se tramita en el Parlamento, con el mismo tema, un proyecto de ley de conversión y un proyecto de ley ordinario, de tal manera que, optando por el segundo, se evita una serie de inconvenientes que forman parte del procedimiento de conversión:

*Non si tratta, come solitamente avviene, di una censura nei confronti di disposizioni decretizie, poi convertite, ma, piuttosto, di una impugnazione di differenti disposizioni, per quanto le seconde siano sostanzialmente riproduttive delle prime. Ciò si è reso necessario in quanto, in sede di conversione, le originarie disposizioni che provvedevano all'espropriazione del Teatro Petruzzelli erano state soppresse, salvo poi essere contestualmente riprodotte, appunto, in altro articolo del testo del decreto allegato alla legge di conversione, con peraltro la previsione dell'entrata in vigore delle stesse a far tempo dalla data di emanazione del decreto-legge. Se si guarda alla forma, insomma, si tratta di una abrogazione (di alcune disposizioni) del decreto-legge, con contestuale riproduzione da parte della legge di conversione (dello stesso decreto-legge!) di identiche norme, per di più anche con efficacia retroattiva fin dalla data della decretazione d'urgenza. Se si guarda alla sostanza, non è che un ulteriore caso di «conversione mascherata»[9], dal momento che, in effetti, il decreto-legge (rectius, talune disposizioni dello stesso) viene meno attraverso l'abrogazione, l'efficacia delle norme contenute nel decreto – ora abrogate – viene stabilizzata attraverso l'efficacia retroattiva delle disposizioni riproduttive delle stesse, l'efficacia pro futuro è garantita dalla riproduzione e, infine, il tutto si verifica entro i sessanta giorni di vigenza del decreto-legge[10]. Quello della conversione mascherata è un fenomeno che si presenta, di norma, allorché sono pendenti in Parlamento, aventi lo stesso oggetto, un disegno di legge di conversione e un disegno di legge ordinario, di modo che optando per il secondo si evitano «una serie di «strette» procedurali che sono proprie del procedimento di conversione»[11], talché si potrebbe dire, parafrasando Manzella[12], che in questi casi i vagoni del treno del decreto vengono agganciati ad uno più veloce. Come è evidente, nel caso in esame le cose sono leggermente diverse, poichè gli effetti abrogativi e riproduttivi sono stabiliti dalla stessa legge di conversione, il che tuttavia non toglie che non possa parlarsi di conversione in senso proprio ma, appunto, di conversione mascherata<sup>962</sup>.*

Parece estar claro para la doctrina que el objetivo de la Corte sería el de "desenmascarar" la conversión y evitar el maquillaje de las operaciones en el Parlamento, al intentar escapar de las situaciones donde lo que es evidente es la ausencia de los presupuestos de necesidad y urgencia. Sin embargo, no es unánime la opinión de la doctrina con los argumentos utilizados por la Corte para alcanzar dicho objetivo<sup>963</sup>.

---

consulta: 28.12.2009]) que sobre el poder de enmiendamiento en el ámbito de la ley de conversión remite al senador Pistorio, para quien “*se da un lato, l'esercizio, quantitativamente eccessivo e qualitativamente scorretto, del potere emendativo ad opera del Parlamento snatura l'essenza del decreto-legge, dall'altro, il frequente ricorso a emendamenti (o maxi-emendamenti) governativi e alla posizione della questione di fiducia depotenzia il ruolo parlamentare in sede di conversione, determinando un netto sbilanciamento a favore dell'esecutivo*”.

961 Expresión utilizada por SIMONCINI en *Le funzioni...* cit. 326.

962 CHINNI, D. *Un passo avanti ... cit.* .

963 En ese sentido, CHINNI, D. (*Un passo avanti ... cit.*): “*Insomma, non basta l'assimilazione quoad substantiam tra conversione in senso proprio e conversione mascherata per giustificare, anche nella seconda ipotesi, il sindacato sulla (evidente) mancanza dei presupposti ex art. 77 Cost. Invece, la Corte si ferma qui,*

Sea como sea, aunque la sentencia haya tratado otros temas igualmente importantes<sup>964</sup>, deja claro que el problema del control de los presupuestos habilitantes del *decreto-legge* está lejos de estar decidido pacíficamente en la Corte italiana y, seguramente, todavía provocará muchas discusiones doctrinales que seguro se reflejará en la jurisprudencia constitucional.

#### 4.2.3. España

En España, después de 1988, la doctrina de los primeros años de actividad del Tribunal Constitucional (STC 29/1982, del 31 de mayo; 6/1983, del 4 de febrero; y 111/1983, del 2 de diciembre) se ha ido consolidando y ha sido ampliamente resumida en los pronunciamientos más recientes, en los cuales ha sido analizado si se cumplía el requisito de la extraordinaria y urgente necesidad (STC 189/2005, del 7 de julio, FJ 3; 137/2003, del 3 de julio, FJ 5; 11/2002, del 17 de enero, FJ 4 ; y 182/1997, del 28 de octubre, FJ 3). Cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha insistido en que el control jurídico de este requisito no debe suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los decretos-leyes en la necesidad de hacer una valoración de conjunto de las circunstancias que rodean al caso, así como en la consideración del requisito de la existencia de una situación de urgencia que el Gobierno pretende afrontar a través del decreto-ley y de una "conexión de sentido" entre esta situación y las concretas medidas contenidas en el mismo.

No obstante, una vez más, España va más allá en sede de control de la legislación de urgencia. El Tribunal Constitucional -que en teoría ya admitía la posibilidad de controlar la cláusula de "extraordinaria y urgente necesidad" de decretos-leyes caducos-; en el 2007, concretamente, estimará recursos de inconstitucionalidad contra decreto-ley cuyas disposiciones habían sido derogadas por Ley Parlamentaria promulgada en el marco del procedimiento previsto en el art. 86.3/CE.

La distinción con lo que en su momento decidiera la *Corte Costituzionale* italiana acerca de las normas derogadas, reside en el hecho de que la norma impugnada no ha sido reproducida por cualquier otra fuente primaria, es decir, no encuentra vigencia en el ordenamiento jurídico. Así, en Italia:

*la norma contenuta in un atto avente forza di legge vigente al momento in cui l'esistenza nell'ordinamento della norma stessa è rilevante ai fini di una utile investitura della Corte, ma non più in vigore nel momento in cui essa rende la sua pronunzia, continua ad essere oggetto dello scrutinio alla Corte stessa demandato quando quella medesima norma permanga tuttora nell'ordinamento - con riferimento allo stesso spazio temporale rilevante per il giudizio - perché riprodotta, nella sua espressione testuale o comunque*

---

senza andare oltre, «confermando una scarsa sensibilità per le questioni di qualificazione formale in subiecta materia» e perdendo l'occasione di sanzionare una prassi legislativa di dubbia costituzionalità"; CARNEVALE )Considerazioni ... cit.); GUAZZAROTTI (Il rigore della Consulta ... cit.) etc.

964 Cf. ROMBOLI (Ancora ... cit.): “La decisione in commento, con riguardo sia a quanto confermato rispetto alla precedente, sia agli elementi di novità, sollecita la proposizione di qualche interrogativo relativamente a tre aspetti: 1) i limiti e l'estensione della esclusione dell'effetto sanante della legge di conversione; 2) i criteri per stabilire la sussistenza o meno di una situazione di “evidente mancanza” dei presupposti di necessità e di urgenza ed il loro rapporto con il carattere omogeneo o meno del testo normativo; 3) il rapporto tra decreto legge e legge di conversione e la natura di quest'ultima”.

*nella sua identità precettiva essenziale, da altra disposizione successiva, alla quale dunque dovrà riferirsi la pronunzia*<sup>965</sup>.

El caso español se trata de la STC 68/2007, del 28 de marzo<sup>966</sup>, contra el Real Decreto-ley 5/2002, del 24 de mayo (el llamado “Decreto de Aznar”, que generó la huelga general en el 2002) de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupación. El Tribunal Constitucional ha entendido que en el caso no concurre el requisito de extraordinaria y urgente necesidad que justifique el recurso por el Gobierno a la regulación por Real Decreto-Ley, fundado en argumentaciones generales sin prueba adecuada.

Por su importancia, los argumentos del Tribunal Constitucional merecen ser reseñados. Así, verificamos que después del análisis de cuestiones referentes a la legitimidad de los recurrentes, el Tribunal Constitucional ha enfrentado la cuestión sobre una posible pérdida del objeto de los recursos de inconstitucionalidad, derivada exactamente del hecho de que el Real Decreto-Ley impugnado fue expresamente derogado tras su tramitación como Ley por Disposición Derogatoria única de la Ley 45/2002.

El Alto Tribunal ha recordado su propia doctrina (ya referida), sentada por la STC 124/2003, FJ 3, donde se declaraba que en el ámbito del recurso de inconstitucionalidad (y por lo tanto recurso abstracto y orientado a la depuración objetiva del ordenamiento), la pérdida sobrevenida de la vigencia del precepto legal impugnado “habrá de ser tenida en cuenta por este Tribunal para apreciar si la misma conlleva ... la exclusión de toda la aplicabilidad de la Ley, [pues] si así fuera, no habría sino que reconocer que desapareció, al acabar su vigencia, el objeto de este proceso constitucional que, por sus notas de abstracción y objetividad, no puede hallar su exclusivo sentido en la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en aplicación de la Ley, acaso inconstitucional (art. 40.1 81 LOTC)”<sup>967</sup>. Por ello, carece de sentido, tratándose de un recurso de inconstitucionalidad, “pronunciarse sobre normas que el mismo legislador ha expulsado ya de dicho ordenamiento... de modo total, sin ultraactividad”<sup>968</sup>. Por idéntica razón, para excluir “toda aplicación posterior de la disposición legal controvertida, privándola así del vestigio de vigencia que pudiera conservar”, puede resultar útil —conveniente— su enjuiciamiento, aun cuando haya sido derogada<sup>969</sup>. Como ya hemos visto, la regla general en el ámbito de los recursos de inconstitucionalidad es, pues, que la derogación extingue su objeto”.

Por ello, el Tribunal Constitucional afirma que el análisis deberá ceñirse a determinar la licitud o ilicitud constitucional del uso del Real Decreto-Ley, en este caso por parte del Gobierno, sin extenderse a los demás motivos de inconstitucionalidad alegados por los recurrentes, pues éstos se dirigen a preceptos

965 SCC 84/1996, CD 4.2.3.

966 que resuelve recursos de inconstitucionalidad acumulados número 4781-2002 y 4915-2002 interpuestos, respectivamente, por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, representado por la Letrada de la Junta de Andalucía y por el Procurador de los Tribunales don Roberto Granizo Palomeque, actuando en nombre y representación de más de cincuenta Diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, Federal de Izquierda Unida y Mixto del Congreso de los Diputados.

967 Cf. STC 199/1987, FJ 3.

968 STC 160/1987, FJ 6; 150/1990, FJ 8; 385/1993, FJ 2.

969 STC 160/1987, FJ 6; 385/1993, FJ 2.

que no sólo fueron formalmente derogados por la citada Ley 45/2002, sino que fueron profundamente modificados por ésta, suprimiéndose, en particular, aquellos aspectos de los mismos respecto de los que se planteaban, precisamente, en los reproches de inconstitucionalidad<sup>970</sup>.

De esta manera, para abordar el análisis del problema constitucional planteado, el Tribunal Constitucional comienza recordando la consolidada doctrina establecida sobre la necesaria concurrencia de las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que constituyen el presupuesto habilitante exigido al Gobierno por el art. 86.1 CE para hacer uso de la facultad legislativa excepcional de dictar decretos-leyes.

La Sentencia recuerda, una vez más, el entendimiento del Tribunal Constitucional de que en la apreciación de dicha circunstancia tiene un gran peso el juicio puramente político del Gobierno, pero que ello, en modo alguno, supone que se pueda convertir en una expresión vacía de significado y libre de toda restricción, por lo que está sujeta a límites, siendo función propia del Tribunal Constitucional asegurar el respeto de dichos límites y que todos los poderes se muevan dentro del marco trazado por la CE; de tal forma que cuando no existe tal presupuesto habilitante se están invadiendo las facultades reservadas a las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional puede declarar su inconstitucionalidad.

En lo que respecta a la existencia de dicha situación de “extraordinaria y urgente necesidad”, es necesario que ésta sea explícita y razonada y que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el decreto-ley se adoptan<sup>971</sup>, de manera que éstas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar<sup>972</sup>.

En el Fundamento Jurídico 6, el Tribunal Constitucional reafirma que el examen de la concurrencia de la cláusula habilitante de la “extraordinaria y urgente necesidad” siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma a lo largo del debate parlamentario de convalidación y en el propio expediente de elaboración de la misma<sup>973</sup>, debiendo siempre tener presentes las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación de cada uno de los decretos-leyes enjuiciados<sup>974</sup>.

En el Fundamento Jurídico 7, el Alto Tribunal analiza el Real Decreto-Ley, en especial su Preámbulo y también el debate parlamentario suscitado en el trámite de convalidación, a efectos de conocer las circunstancias y las razones explicitadas por el Gobierno para justificar la utilización de dicha disposición legal excepcional. Al respecto, la sentencia descarta, en primer lugar, como presupuesto habilitante las que el Preámbulo denomina “razones de justicia social”, definidas por la

---

970 STC 68/2007, FJ 4.

971 STC 29/1982, FJ 3.

972 STC 182/1997, FJ 3.

973 SSTC 29/1982, FJ 4; 182/1997, FJ 4; 11/2002, FJ 4; y 137/2003, FJ 3.

974 STC 6/1983, del 4 de febrero, FJ 5; 182/1997, del 28 de octubre, FJ 3; 11/2002, del 17 de enero, FJ 4; y 137/2003, del 3 de julio, FJ 3

conveniencia de que el acceso a la protección de colectivos hasta ahora desprotegidos (trabajadores eventuales agrarios) se realice de manera inmediata. La invocación genérica de razones de justicia social es insuficiente, ya que la aceptación de esta causa como presupuesto habilitante supondría excluir *per se* del procedimiento legislativo ordinario toda aquella medida de mejora del sistema de protección social susceptible de beneficiar a un determinado colectivo, y más aún, con carácter general, toda aquella decisión que comporte un beneficio para sus destinatarios.

Por lo demás, recuerda el Tribunal Constitucional que la anticipación de los efectos beneficiosos de una medida puede lograrse mediante las técnicas de ordenación inmediatez de la norma, sin necesidad de acudir a la utilización del instrumento normativo excepcional del decreto-ley<sup>975</sup>. Por otra parte, tampoco puede aceptarse el otro argumento “instrumental” incluido en el Preámbulo de la norma, esto es, el de la necesidad de “evitar comportamientos que impidan o dificulten alcanzar los objetivos” previstos en la misma. Sí que es cierto que puede conllevar una exigencia de inmediatez cuando la medida sea de tal naturaleza que su conocimiento por parte de los sujetos previsiblemente afectados pueda conducir a que éstos adopten, durante el tiempo de tramitación del procedimiento legislativo, actuaciones o comportamientos tendentes a impedir o a dificultar su puesta en práctica o a limitar su eficacia y no existan otros mecanismos para impedir y corregir tales comportamientos. Sin embargo, no es fácil encontrar en este Real Decreto-Ley una modificación del régimen jurídico vigente susceptible de generar este efecto indeseado de anticipación por parte de sus destinatarios, capaz de poner en cuestión la efectividad de la medida y no susceptible de corrección mediante otros mecanismos<sup>976</sup>.

A continuación, sigue señalando el Tribunal Constitucional, la reforma del sistema de protección por desempleo parece responder así, más que a una actuación de urgencia para hacer frente a una problemática emergente en los ámbitos económico y de empleo, a una exigencia de mejor adaptación de la regulación existente a la evolución de dichas circunstancias, especialmente desde la perspectiva coherente con la finalidad de la “estrategia europea de empleo” de superar la concepción tradicional de las prestaciones económicas como único mecanismo de protección contra el desempleo, fomentando aquellas políticas que favorezcan la reinserción laboral del desempleo. Así lo indicaba el Gobierno a través del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales en el debate parlamentario de convalidación<sup>977</sup>.

Para concluir, la Corte afirma que en tanto que el Gobierno no ha aportado ninguna justificación que permita apreciar la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, requerida por el art. 86.1 CE, no cabe sino estimar los recursos de inconstitucionalidad acumulados. Esto se debe a que los argumentos que al respecto se utilizan en el Preámbulo del Real Decreto-Ley no sólo resultan marcadamente teóricos y abstractos, impidiendo con ello todo control de contraste con la realidad, sino que, en buena medida, han sido matizados – cuando no neutralizados- por la propia percepción de la realidad transmitida por el

---

975 FJ 8.

976 FJ 9.

977 FJ 10.

Gobierno en el debate parlamentario de convalidación. En todo caso, en ningún momento se ha justificado cuáles serían los perjuicios u obstáculos que, para la consecución de los objetivos perseguidos, se seguirían de su tramitación por el procedimiento legislativo parlamentario, en su caso por el trámite de urgencia<sup>978</sup>.

Claro está que el fallo no ha producido consecuencias prácticas, ya que las normas impugnadas no estaban vigentes. De todas formas, ha asentado una importante doctrina<sup>979</sup> y, además, es un aviso muy claro, de cara al futuro, de que el supremo interprete de la Constitución española estará atento a los abusos cometidos por el Gobierno en el ejercicio de la potestad legislativa<sup>980</sup>.

## 5. CODA

A la vista del análisis de la jurisprudencia constitucional, es posible afirmar que el derecho constitucional comparado ejerce gran influencia en las orientaciones de los Tribunales Constitucionales. En su discursos sobre la Justicia Constitucional en Brasil, el entonces Presidente, el Ministro Gilmar Mendes, enfatizaba “que no se puede perder de vista que hoy vivimos en un “Estado Constitucional Cooperativo”, identificado por Peter Häberle como aquel que solo se presenta como un Estado Constitucional volcado en sí mismo, pero que se torna disponible como referencia para los otros Estados Constitucionales miembros de una comunidad”<sup>981</sup>.

Si Italia inspiró al Constituyente español y al brasileño en la configuración constitucional de la legislación de urgencia, a su vez el Tribunal Constitucional español ha sido el primero en asumir su competencia para controlar la constitucionalidad de los presupuestos de urgencia y necesidad que autorizan la expedición de dichos actos legislativos por parte de los Gobiernos (Poder Ejecutivo).

Las diferencias más significativas entre la legislación de urgencia italiana, española y brasileña no están en sus configuraciones constitucionales, sino que se encuentran en la forma en la que se relacionan los Poderes del Estado en los sistemas de gobierno parlamentarios (y entre ellos se distinguen las formas de Estado monárquica y republicana) frente a la relación que se establece entre los Poderes del Estado en un sistema de gobierno presidencialista, y sus relaciones

---

978 FJ 12.

979 Según MARC CARRILLO en el artículo de prensa titulado *'Stop' al abuso del decreto ley*, que ha sido publicado en EL PAÍS, el 20/04/07: “El tema tiene especial relevancia para la calidad del Estado de derecho, un concepto que en los últimos tiempos -dicho de pasada- aparece en boca de muchos, a veces de manera retórica cuando no especialmente espuria. Pero para lo que aquí interesa, el abuso de la legislación de urgencia es siempre un déficit, e incluso puede generar riesgos para el adecuado funcionamiento del sistema constitucional. En este sentido, cabe invocar de nuevo la advertencia de Hans Kelsen cuando sostenía que "el control de las ordenanzas de necesidad (el equivalente al decreto ley) resulta tanto más importante desde el momento en que en este campo cualquier violación de la Constitución significa un atentado a la frontera entre las respectivas esferas competenciales del Gobierno y del Parlamento" disponible en: <http://www.almendron.com/tribuna/>.

980 Otro efecto apuntado por MARC CARRILLO (*cit.*) es el de aunque el Tribunal no ha valorado su constitucionalidad (al ser una norma derogada), no cabe excluir del todo que los afectados puedan plantear la reclamación al Estado ante la jurisdicción ordinaria.

981 Discurso pronunciado en México en la VII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discMerida.pdf> [Última fecha de consulta: 18.11.2009]

con las respectivas Cortes Constitucionales, recordando que la Suprema Corte de Brasil es la cúspide de uno de los Poderes del Estado (el Poder Judicial).

Es cierto que en los sistemas de gobierno parlamentarios los decretos-leyes ya deberían nacer con el apoyo de la mayoría parlamentaria que sostiene a los Gobiernos<sup>982</sup>. Así, es curioso apreciar que cuando los Gobiernos parlamentarios no tienen la mayoría absoluta, es mayor la cantidad de decretos-leyes aprobados, así como existen más impugnaciones a estos actos por parte de la minoría parlamentaria<sup>983</sup>. También es interesante comprobar cómo el abuso de la capacidad de legislar por parte de los Gobiernos se da por igual en los sistemas parlamentarios o presidencialista<sup>984</sup>.

982 Oportunas son las conclusiones de la profesora de Sevilla, CARMONA CONTRERAS, en su intervención sobre “Il decreto-legge in Spagna: configurazione costituzionale e prassi” en el Congreso en el Congreso “*L'emergenza infinita. Attualità e prospettive della decretazione d'urgenza*”, realizado en Macerata el 2004, disponible en: <http://www.dirittopubblicomc.org/relazioni/carmona.pdf> [Última fecha de consulta: 24.6.2009: “*Considero che quando si parla di decreto-legge il punto centrale sia quello di fissare o stabilire dei limiti politici alla azione del governo. Nella logica dei regimi parlamentari questa aspirazione si dimostra sempre più inutile: avendo una maggioranza che sostiene il governo, i decreti-legge passano l'esame parlamentare senza troppi problemi. In Spagna, d'altra parte, l'esecutivo ha l'opportunità di spingere alla sua maggioranza parlamentare per modificare la sua scelta normativa iniziale in sede di conversione. Se poi questa maggioranza parlamentare non dovesse essere compatta, come è successo in Italia nel passato, già sappiamo che il sistema può reagire in maniera patologica. Una volta che il decreto-legge si inserisce nel disegno costituzionale delle fonti del diritto risulta parecchio difficile, per non dire impossibile, per qualsiasi esecutivo scappare alla tentazione di usarlo quando gli fa comodo. Il caso è che questo modo di legiferare presenta dei vantaggi innegabili, offrendo una via snella e veloce per creare diritto, rispondendo sia alle domande sociali sia agli interessi politici della maggioranza. In questo senso, credo che in Spagna l'unico modo di non alterare le regole del gioco democratico sia quella di garantire il diritto delle minoranze a esprimere la loro opposizione di fronte al governo. Se questo diritto esiste e non si mette in discussione per quanto riguarda la normale procedura parlamentare di conversione, non vedo perché non debba previsto quando si è in presenza della convalidazione del decreto-legge. Altrettanto vale per la Corte costituzionale; pur ribadendo il carattere aperto e indeterminato delle previsioni costituzionali in materia di decreto-legge e la competenza preferenziale accordata agli organi politici per la loro concretizzazione, ciò non può significare una mancanza di limiti a tale attività. Quando dalla proporzionalità si passa all'arbitrarietà spetta al TC garantire la tenuta e coerenza complessiva del sistema costituzionale, che come detto, ammette sì il potere di legislazione primaria del Governo, ma lo inserisce in una cornice di limiti che consentano al sistema di pesi e contrappesi di funzionare.”*”

983 En ese sentido, véase: DIEZ-PICAZO, Luis Maria. “Actes législatifs du gouvernement et rapports entre les pouvoirs: l'expérience espagnole”. *Revue française de droit constitutionnel* n. 32,[titre Légiférer par décrets ?], 1997, p. 742.

984 En lo que respecta al abuso en España, el Dr. D. Manuel Pulido Quecedo -Director del Repertorio Aranzadi del TC- afirma en una noticia divulgada en Internet (<http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/730/tribuna/decreto-ley-sin-urgencia>) “ya se sabe que cuando se dan alas sin límites a la acción gubernamental, ésta se desboca. Es el caso de la legislación actual, donde cada año se dictan en torno a 15 ó 16 decretos leyes. El ejercicio de 2005 concluyó con una producción normativa de treinta leyes ordinarias y dieciséis decretos-leyes. En el 2006, por 44 leyes aprobadas, se dictaron 12 decretos-leyes”. En Italia dice CELOTTO que “*Il Governo non è più 'colegislatore' - come significativamente veniva definito a metà degli anni '70- ma senz'altro e direttamente un legislatore, anzi è- in via principale- il legislatore*” (*L'abuso...cit.* p. 278). En Brasil, ni que decir que hubo una vulgarización de la legislación de urgencia que sobrepasa el número de leyes ordinarias editadas por el Poder Legislativo (Cf. datos estadísticos en [www.planalto.gov.br/ccivil-03/MPV/Quadro/Governo](http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/MPV/Quadro/Governo)) Regístrese también que aunque el STF no haya cohibido el abuso, tampoco ha dejado de reconocerlo: “*A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. Nada pode justificar a utilização abusiva de Medidas Provisórias, sob pena de o Executivo, quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios*”



De esta forma, aunque sea cierto que las decisiones de las Cortes Constitucionales sean de naturaleza jurídica, sus fallos se relacionan directamente con el modo del ejercicio de las políticas públicas y de la relación entre Ejecutivo y Legislativo, ya que la mayor parte de las acciones en el control abstracto son propuestas por la minoría parlamentaria, sea cual sea el sistema de gobierno.

Sin embargo, no se puede dejar de apreciar cómo en España e Italia, donde la democracia ha sido restaurada a través del sistema de gobierno parlamentario y se consolidó mucho antes de que fuera alcanzada en Brasil, las actuaciones de las Cortes Constitucionales respecto a la legislación de urgencia se adecuan mejor a los ideales democráticos. No caben dudas de que el peso de la actuación de la Justicia Constitucional italiana y española, en el modo de concebir los límites a la legislación de urgencia, ha sido innegablemente más significativo que el papel ejercido por el Legislativo de estos países.

En Brasil, aunque el Poder Legislativo asuma más y más cada día las funciones de investigación parlamentaria<sup>985</sup>, todavía es el Parlamento la institución que concede las respuestas necesarias a la limitación del poder legislativo del Ejecutivo, como ocurrió con la edición de la Enmienda Constitucional 32/2001, que acabó con las reiteraciones infinitas, o cuando ha dado nueva interpretación al artículo 62, X de la Constitución brasileña en el afán de agilizar las tareas parlamentarias (o como ahora, que tramita la PEC 511 para reformar otra vez la Constitución en el tema de las *medidas provisórias*). Sin embargo, también es necesario poner manifiesto que la hipertrofia de *medidas provisórias* en Brasil cuenta con la complacencia escandalosa del Congreso Nacional que avala los excesos legislativos del Presidente de la República, al día de hoy el mayor legislador del país.

---

*reflexos sobre o sistema de checks and balances, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República.* (ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, *juízo* em 4.4.02, DJ de 23.4.04). De todas formas, hay que decir que el abuso ocurrido en Brasil mereció el aval del Legislativo y del STF que, disponiendo de medios concedidos por la Constitución para oponerse a la costumbre inconstitucional del Ejecutivo para ejercer el poder legislativo, no ha hecho uso de ellos.

985 La afirmativa se basa en el hecho de que en el Brasil democrático, el Congreso Nacional vota la instauración de *Comissões Parlamentares de Inquérito* (CPI), que es una investigación conducida por el Legislativo que transforma la propia Cámara en Comisión para oír testigos y buscar informaciones destinadas a apurar hechos de interés para la vida pública y para el orden constitucional. Dichas Comisiones pueden desplazarse a cualquier punto del territorio nacional para la realización de averiguaciones y audiencias públicas y estipular plazo para la realización de cualquier providencia o diligencia, excepto cuando se trata de capacidad de autoridad judicial. Su formación está prevista en el art.58, Parágrafo 3º: *As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos internos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.* Algunas de las CPI(s) más conocidas y principales en la historia del país son: La CPI de PC Farias, que apuró denuncias de corrupción próximas al presidente Fernando Collor y que terminó con su renuncia antes de que el Senado decidiera por su *impeachment*; *CPI do Orçamento*, que ganó fama al revelar el esquema de los llamados "*anões do orçamento*" (grupo de parlamentares que controlaba el presupuesto y que ha sido acusado de corrupción masiva); CPI del Narcotráfico; CPMI (*Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Mensalão*) (también conocida como el *escândalo do mensalão*) que apuró la compra de votos de diputados, que cobraban todos los meses para que votaran los proyectos del Gobierno; CPI del Judicial, que apuró las denuncias concretas de existencia de irregularidades practicadas por integrantes de los Tribunales superiores, Tribunales regionales federales y Tribunales de los Estados miembros; etc.

No obstante, tampoco podemos dejar de reconocer el avance en la jurisprudencia de la Suprema Corte brasileña que, con sus peculiaridades y a su modo, procuró poner freno al abuso del poder de legislar por parte del Ejecutivo. En verdad, parece que el STF empieza a ejercer un papel más activo en el control de la legislación de urgencia, y sus decisiones se aproximan cada día más a las orientaciones y al estilo decisorio de las Cortes Constitucionales europeas. Véase, como ejemplo, el caso de la comunicabilidad de los vicios de ausencia de los presupuestos habilitantes existentes en los decretos-leyes, a la ley de conversión y que en la actualidad parece haberse afirmado en Italia (SCC 171/2007 y 128/2008) y en Brasil (ADI 4049 MC de 2008)<sup>986</sup>.

La aproximación entre la jurisprudencia constitucional confirma la importancia del Derecho Constitucional Comparado como herramienta para ser utilizada por las Cortes Constitucionales en el mundo jurídico, globalizado por la red mundial de ordenadores (Internet) en la era global de la comunicación de las nuevas tecnologías.

Especialmente, la comparación de las interpretaciones constitucionales en el tema de la legislación de urgencia asume gran importancia en el mundo contemporáneo porque, como ha dicho Franco Modugno, los argumentos sobre los decretos-leyes son infinitos e inmortales<sup>987</sup>.

---

986 A este respecto, cabe decir que en España, aunque la conversión del decreto-ley en ley parlamentaria sea menos utilizada que la convalidación, debe ser registrado que en el ámbito de la conversión la competencia legislativa del Parlamento está más limitada que en Italia y Brasil por las previsiones hechas por el Reglamento del Congreso, que no permite al Parlamento presentar un proyecto de ley de conversión alternativo. Por lo tanto, cualquier propuesta de enmienda del Parlamento debe tener un vínculo directo con el texto del decreto-ley. Sobre los datos estadísticos de convalidación y conversión de los decretos-leyes, véase CARMONA CONTRERAS (*Il decreto-legge in Spagna... cit.*): *In termini quantitativi questi sono i dati a disposizione: VI Legislatura: di 85 decreti-legge prodotti, 66 sono stati convalidati e solo 19 convertiti, VII Legislatura: di 40 decreti-legge prodotti, 31 sono stati convalidati e solo 9 convertiti. Questi dati, certamente favoriti dalle previsioni contenute nel regolamento del congresso, non sarebbero stati possibili se non ci fosse stato un contesto politico dove la stabilità governativa è stata una costante e dove gli esecutivi hanno goduto delle maggioranze parlamentari –assolute o relative- che non hanno messo in discussione –al meno di norma- le decisioni normative contenute nei decreti-legge*. De todas formas, debemos destacar que en España el énfasis de la interpretación constitucional no está puesta por el TC en la comunicabilidad -o no- de los vicios del decreto-ley a la Ley de conversión, sino en el grado de retroactividad que es posible conferir a las modificaciones producidas por la ley de conversión. En ese sentido véanse las sentencias STC 116/2009, que ha anulado preceptos de indudable carácter retroactivo, y la Sentencia 161/2009, que establece lo siguiente en el FJ 3: “En este contexto, se viene afirmando por este Tribunal que el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias específicas que concurren en cada caso, se convierten en elemento clave en el enjuiciamiento de su presunta inconstitucionalidad, resultando relevante la distinción entre las disposiciones legales que con posterioridad pretenden anular efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas. Así, en el primer supuesto -retroactividad auténtica-, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio, mientras que en el segundo -retroactividad impropia-, la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso (por todas, entre las primeras, STC 126/1987, de 16 de julio, FFJJ 9 a 11, y, entre las más recientes, STC 89/2009, de 20 de abril, FJ 3)”.

987 Referencia a la información que ha dado CELOTTO en el referido Congreso de Macerata: “*Quando nel 1992 Franco Modugno mi consigliò di iniziare a studiare il decreto-legge, a fronte delle mie resistenze, mi “convinsse” con un argomento definitivo: il decreto-legge è un argomento “infinito”, “immortale”.* (Cf.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

*“el valor político supremo es la libertad, el mayor enemigo de la libertad es el poder ya que todo poder tiende al abuso, pero cómo el poder sólo puede ser detenido por el poder es necesario neutralizar su abuso dividiendo el ejercicio de tal poder en distintos órganos”*(Montesquieu)<sup>988</sup>

No es sencilla la tarea de concluir un trabajo de tamaña proporción, donde la riqueza de los temas planteados son siempre fomentadores de nuevos desafíos. En verdad fueron planteados tantos interrogantes que, a lo mejor, gran parte de sus respuestas terminan por inaugurar otras problemáticas que pueden estimular investigaciones futuras, ya que aquí debemos respetar la tenue línea que previamente delimita los trabajos de investigación científica.

Una de las conclusiones que se extrajo de la investigación ha sido la de constatar que ni las leyes ni la Constitución han resuelto, por sí mismas, los problemas sociales. La razón está asociada a la mala aplicación de las leyes, pero principalmente a la deficiente concretización de las Constitucionales como norma suprema, que establece los límites de toda producción normativa de los Estados.

En nuestra sociedad tecnológica, se está cambiando el sentido de los controles políticos y sociales que asumen mayor preocupación con el futuro. De esta forma, las técnicas del Derecho Comparado se presentan como una herramienta que cada día gana mayor importancia y utilidad y que se completa con la observación, en tiempo real, de la aplicación de nuevas teorías en distintos ordenamientos constitucionales. En la civilización globalizada imperan los valores de la eficiencia de los resultados y de la probabilidad de su consecución, haciendo que también la jurisdicción pase a hacer evaluaciones prospectivas en el sentido de viabilizar el derecho de cara al futuro.

En este mundo acelerado, que busca resultados inmediatos, la legislación de urgencia es más utilizada cada día como instrumento hábil para dar una respuesta más rápida a las acciones gubernamentales. No obstante, esta nueva alternativa de utilización no corresponde a los límites configurados en las Constituciones modernas. De esta forma, la comprensión del instituto pasa necesariamente por el estudio de la potestad de elaboración de la ley y del surgimiento de los Decretos-leyes, poco más o menos como una usurpación del poder de legislar.

---

*Decreto-legge e governo (nella XIV legislatura) en “L’emergenza infinita. Attualità e prospettive della decretazione d’urgenza”* Disponible en <http://www.dirittopubblicomc.org/relazioni/celotto.pdf> [Última fecha de consulta: 31.12.2009]

988 Cf. *Espíritu de las leyes*, también citado por GARCÍA PELAYO, Manuel. “La división de poderes y su control jurisdiccional”. *Revista de Derecho Político*. Núms. 18-19, 1983, p. 7.

Así, respetando las propuestas originarias de esta investigación, procuramos trazar un perfil de los varios momentos de formación de la ley, el cual nos permitió afirmar que la separación de poderes liberal clásica tuvo su aplicación ideal en la época del liberalismo frente a los excesos del absolutismo. No obstante, también percibimos que dicha separación no ha triunfado por mucho tiempo en razón de la radical alteración del escenario social y económico.

El Estado Social ha impuesto una participación estatal más efectiva que resultó en una aceptación pacífica de la transferencia de parcelas de “potestad legislativa” a los Ejecutivos, dotándoles con instrumentos que permiten sobrepasar las barreras impuestas por una rígida división de poderes de imposible aplicación práctica.

Resulta una obviedad señalar que el dogma de la “división de poderes” también tiene una importancia vital para el Estado Social y Democrático de Derecho. Y es que la afirmación de que no hay Estado Constitucional o Democracia sin que los poderes del Estado estén orgánicamente definidos por la Constitución es una afirmación considerada como evidente desde el proceso de revolución política deflagrado en el siglo XVIII. Por esta razón coincidimos con Viesti cuando afirma que el principio de la división de poderes todavía representa una garantía insustituible para la libertad de los ciudadanos y para el buen funcionamiento del aparato estatal.

Sin embargo, a pesar de la consagración del principio de la “división de poderes” en el discurrir del trabajo, vimos que sus precursores nunca pretendieron crear una fórmula absolutamente rígida de reparto de competencias. Lo entendemos de esta forma porque lo que de verdad importa es que el “Poder Estatal” esté dividido conforme a la necesidad organizacional de cada Estado. Basta pensar que los Tribunales de Cuentas, los Consejos del Poder Judicial o las Comisiones Parlamentarias de Investigación son instituciones ya sedimentadas en el mundo moderno, pero que no fueron idealizadas ni por Montesquieu ni por los Padres Fundadores, sino que surgieron de la necesidad que el propio Estado encontraba para ejecutar el proceso de auto-control, también conocido como *checks and balances*. La propia Justicia Constitucional nace como una necesidad de controlar la ley alrededor de la cual gravitan todos los Poderes del Estado.

Verificamos, entonces, que la repartición de los poderes que a día de hoy está acogida en las Constituciones occidentales guarda poca semejanza con aquella idealizada por Montesquieu<sup>989</sup>. La prevalencia de los Poderes Ejecutivos (Gobiernos) sobre los Legislativos (Parlamentos) es evidente y se puede comprobar a través de las normas constitucionales que reparten las competencias entre dichos Poderes. Asimismo, hemos comprobado que con la modificación del papel del Estado, el Derecho ha perdido en gran parte el formalismo que le caracterizaba, permitiendo así una ampliación en el sistema de fuentes.

---

989 Respecto a la actual división de poderes, coincidimos con la visión pragmática de VITAL MOREIRA, según la cual los postulados clásicos de la división de poderes dejan de tener correspondencia en la realidad para, en la actualidad, resultar de la voluntad del partido o coligación mayoritaria correspondiendo al Gobierno dictar a la mayoría parlamentaria el programa legislativo y el contenido de las leyes. (Cf. MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*, en: Colóquio no 10<sup>a</sup> aniversário do Tribunal Constitucional (1993: Lisboa). *Legitimidade legitimização da justiça constitucional*, Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 177-178).

Así las cosas, la decretación de urgencia pasó a integrar el sistema de fuentes conforme detectamos en todos los ordenamientos estudiados<sup>990</sup>, lo que nos ha permitido afirmar en el Capítulo tercero que los Decretos-leyes, materialmente, son equivalentes a las “leyes” (*lato sensu*), aunque no lo sean formalmente. Para nosotros, el hecho de que dichas normas sean editadas por los Gobiernos no les retira legitimidad ya que, en todas la Constituciones examinadas, los Ejecutivos y Legislativos comparten en alguna medida la potestad de legislar. Así, las constituciones de Brasil, España e Italia prevén los actos normativos con rango de ley como competencia propia del ejecutivo y no como elemento de su propia desestabilización. La legislación de urgencia aparece en estas Constituciones como elemento que les integra y que les da contorno.

De esta forma, los Decretos-leyes integran el orden normal de competencias distribuidas por las Constituciones a la hora de organizar el Poder. Por ello, la capacidad normativa atribuida *ope constitutionis* al Poder Ejecutivo para legislar (es decir, para crear normas excepcionales) es una competencia propia y ordinaria, aunque admitamos que se trata de una competencia “extravagante” (porque excede a lo que los dogmas consagrados por la “división de poderes” ha asentado por común). No obstante, a nuestro juicio no se trata de una “capacidad excepcional”, porque lo que son “extraordinarios” son los presupuestos habilitantes y no la capacidad del Ejecutivo para legislar.

Aunque la capacidad para legislar no sea inherente al Ejecutivo, e incluso que toda legislación de urgencia, en la opinión de renombrados juristas, puede presentar un inevitable déficit de legitimidad derivado de su origen unilateral y precariedad, aún así, la entendemos compatible con la democracia, **siempre que** esté sometida a un control riguroso e interpretación restrictiva. Para nosotros, son los abusos los que ponen en riesgo la legitimidad de la legislación de urgencia y no la concesión constitucional al Ejecutivo de atribución originaria de parcela del poder de legislar con efectos inmediatos y rango de ley a fin de implementar más eficiencia a las políticas públicas.

Entonces, contestando a los interrogantes planteados en los capítulos introductorios, el hecho de que las Constituciones de los países comparados concedan parcelas de “potestades legislativas” a sus Poderes Ejecutivos no significa una ruptura con el principio de la división de poderes. En nuestra opinión, representa más bien una evolución experimentada en la práctica en la relación establecida entre Legislativo-Ejecutivo, pues aunque estén separados orgánicamente por las respectivas Constituciones, deben ejercer una colaboración mutua. Por utilizar los términos de la Constitución brasileña, aunque los poderes sean independientes, deben ser armónicos entre sí. No obstante, el principio de la división de poderes debe permanecer como instrumento válido para la contención de los arbitrios mientras permanezca el Estado Constitucional.

Cuando utilizamos la expresión “colaboración mutua”, no estamos defendiendo un reparto igualitario de competencias legislativas “ordinarias” entre Parlamento y Gobierno, tal como ha hecho Portugal en virtud de la inevitabilidad del

---

990 En el caso brasileño no es casual que las *Medidas Provisórias* estén insertas en la Constitución como un acto integrante del proceso legislativo (Cf. art. 59.).

instituto del Decreto-ley. Nuestras afirmaciones resultan de la verificación del “cómo” las Constituciones actuales confieren potestades legislativas a sus Gobiernos, ya sean éstos parlamentarios, como España e Italia; o presidenciales, como Brasil (donde dicha “colaboración” puede resultar menos visible), a fin de conferir más celeridad en las aplicaciones de las políticas públicas y programas de Gobierno.

Como hemos visto anteriormente, cuando el Constituyente brasileño pensó en incluir las *Medidas Provisórias* en la Constitución de 1988, el sistema de Gobierno que se pretendía implantar en Brasil en aquel momento era el parlamentario. Posiblemente sea éste el motivo por el que la gran mayoría de los autores brasileños entienden que la decretación de urgencia tienen mejor cabida en el Parlamentarismo, considerando que en este sistema los Decretos-leyes nacen presuntamente con el apoyo de la mayoría parlamentaria (al paso de que en el presidencialismo de coalición brasileño no existe presunción alguna, ni siquiera en cuanto a la base parlamentaria que apoya al Presidente de la República).

No obstante, esta no es una afirmación del todo cierta, ya que dicha presunción tampoco es absoluta. Así, en nuestra visión, la disputa por el poder y la influencia basada en la regla de la mayoría no conduce necesariamente a una acción estratégica unánime, en tanto que existen autores que, por ejemplo, relacionan la hipertrofia de los Decretos-leyes con Gobiernos sin mayoría parlamentaria<sup>991</sup>, lo cual, según nos parece, podría explicar mejor (a pesar de no justificar) la utilización abusiva del instituto también por parte de los Gobiernos parlamentarios. Pero ahora bien, aunque la decretación de urgencia sea legítima y necesaria, no es indispensable y, principalmente, no es inevitable en la forma en la cual está siendo utilizada por los Gobiernos, que frecuentemente banalizan su uso.

Lo que las experiencias europea y brasileña en verdad revelan es que, aunque extravagante, el poder de crear normas primarias atribuido a los Gobiernos tiende a predominar (sea en el Parlamentarismo sea en el Presidencialismo de coalición) frente a los medios de dirección política que el Gobierno concentra. Más aún: los excesos y abusos son cometidos indistintamente a ambos lados del Atlántico. Brasil e Italia son ejemplos clásicos de tales abusos y de cómo dichos instrumentos pueden servir a los propósitos dictatoriales de los Gobiernos. Basta mirar el exceso del poder en la reedición sucesiva de *Medidas Provisórias* y *Decreti-legge* no apreciados por el Parlamento durante meses (y hasta años), dictados sin atención a los presupuestos constitucionales, desconsideración de límites

---

991 Tal como afirma DIEZ-PICAZO basado en datos estadísticos de la producción normativa del Estado español en el período de 1979-1984 (Cf. “Actes législatifs du gouvernement et rapports entre les pouvoirs: l'expérience espagnole”. *Revue française de droit constitutionnel* n. 32,[titre Légiférer par décrets ?], 1997, p. 743). No obstante, esta tampoco es una verdad absoluta. Prosiguiendo con la misma investigación, LASAGABASTER HERRARTE puso de manifiesto que realmente ha sido así como “habría sucedido durante los años 92 y 93. En estos años habría aumentado el número de Decretos-leyes mientras se daba la existencia de un Gobierno sin mayoría parlamentaria. Posteriormente el número de Decretos-leyes aumenta significativamente durante el período en que el Partido Popular no tiene mayoría parlamentaria. En las elecciones del año 2000 el Partido Popular obtiene la mayoría absoluta. El número de Decretos-leyes que se dictan con posterioridad no disminuye, al contrario, aumenta. El año 2000 el porcentaje de Decretos-leyes sobre el total de Leyes dictadas es del 71,42 % y el año 2001 el porcentaje es similar, del 61,53 %. En estos dos últimos años se rompe por tanto esa posible teoría de la relación entre el número de Decretos-leyes y no tener mayoría absoluta. El Partido Popular ha disfrutado de una mayoría absoluta y los años 2000 y 2001 el porcentaje de Decretos-leyes emitidos en relación con las Leyes ha aumentado”. (LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. *Fuentes del Derecho*. Bilbao: LETE, 2007, pp. 148-149).

materiales, con desvío de finalidad o para obtener carácter de perpetuidad. En Brasil, la situación era aún peor antes de la EC 32/200, pues frecuente y furtivamente eran insertadas nuevas materias en los actos ya editados.

Se podría argumentar que en el presidencialismo la figura del Presidente estaría caracterizada por una legitimidad democrática directa más amplia que la del Legislativo, que está formado por miembros elegidos sólo por determinadas parcelas regionales de la población, mientras el Presidente es electo por toda la nación. No obstante, al prevalecer dichos argumentos desprejuraríamos los ríos de tinta que han sido gastados por la filosofía jurídica para justificar la repartición del poder y volveríamos al “gobierno de un solo hombre”. Así, aunque entendamos posible la existencia de los Decretos-leyes o *Medidas Provisórias* como instrumento de gobernabilidad en el presidencialismo de coalición, y aunque admitamos que la función legislativa esté bipolarizada o compartida entre Legislativo y Ejecutivo, acompañamos la idea de que la legislación de urgencia se adecua mejor al régimen parlamentario, ya que en el Presidencialismo no hay previsión de responsabilidad política del Presidente con posibilidad real de alternancia en los casos de abusos manifiestos.

No obstante, tenemos la convicción de que la previsión de responsabilidad por parte del Gobierno no ha impedido la utilización abusiva de los Decretos-leyes en el sistema parlamentario. Ejemplo clásico es Italia, donde la responsabilidad del Gobierno por la edición de Decretos-leyes viene prevista por el propio artículo de la Constitución italiana (art. 77) que le da el poder de legislar. Ya en España, a pesar de que la responsabilidad del Gobierno no está expresamente prevista en la Constitución, allí también está admitida. No obstante, en nuestra visión foránea, la constatación de que los abusos legislativos del Gobierno fueron menores en España (aunque está claro que existieron) no se dio en razón de la existencia –o no- de responsabilidad por parte del Gobierno, y sí porque ha sido España el país donde la Corte Constitucional asumió más tempranamente su competencia para controlar dichos actos normativos. Aunque dicho control se presentase tímido, la simple posibilidad de que fuera ejercido por la Jurisdicción Constitucional ha servido como contención de los abusos en la legislación de urgencia.

Aunque entendamos la decretación de urgencia como una capacidad normal del Gobierno que le confiere la Constitución, lo que no nos parece normal es que dicha competencia pueda ser utilizada sin límites o fuera de los casos de urgencia. Por eso no estamos de acuerdo en que la mejor opción para los Estados Democráticos sea la que ha elegido Portugal, que no condiciona el ejercicio de la capacidad legislativa del Ejecutivo a cualquier circunstancia excepcional de urgencia y necesidad<sup>992</sup>, ni la somete a un riguroso control del Legislativo.

Para nosotros, la vocación casi natural que presentan los Gobiernos de exceder o abusar de los poderes legislativos a sí conferidos, no sólo puede, sino

---

992 Repetimos aquí las palabras de CANOTILHO para aclarar los hechos que motivaron a los Constituyentes portugueses a suprimir los requisitos de necesidad y urgencia, **destacando que, a nuestro juicio, este no es el mejor camino que se puede seguir**: “*A inflação dos decretos-leis, motivados ou não por casos de urgência ou necessidade, o controlo meramente teórico da Assembléia Nacional, a cobardia e timidez dos tribunais quanto à arguição da inconstitucionalidade, tudo se conjugou para, na revisão de 1945, o legislador constituinte confessar francamente ser necessário pôr de acordo a «verdade formal» com a «verdade real»*”. (GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria... op. cit.*, p. 738).

que debe ser controlada por el Parlamento en el ejercicio de su papel de constante vigilancia. Pero, principalmente, por la Jurisdicción Constitucional, único órgano apto para verificar la constitucionalidad de las leyes o actos normativos a ella equiparados y frenar los excesos de la mayoría

De esta forma, es perfectamente posible convivir con alguna parcela de potestad legislativa confiada al Ejecutivo sin romper con el proyecto constitucional de construir el Estado Democrático de Derecho, siempre que las Cortes Constitucionales ejerzan satisfactoriamente su papel de control jurídico de los actos políticos.

Nuestras conclusiones están justificadas por las proposiciones barajadas en el desarrollo del trabajo y que pueden ser visualizadas en los siguientes términos:

### **I – La ley general y abstracta no ha sido capaz de alcanzar la libertad que se buscaba:**

1. Desde la antigüedad más remota hasta la era de la revolución tecnológica en la cual nos encontramos, se planteó la pregunta sobre “quién” debe legislar y “cómo” se justifica ese poder para ejercer dicha capacidad legislativa. Aunque dichas justificaciones hayan variado en el tiempo y en el espacio, y aún presentado matices filosóficos y culturales diversos, en general la búsqueda de la legitimidad para legislar ha significado hasta hoy la búsqueda de la propia legitimidad del poder.

Al discurrir sobre el desarrollo histórico de la ley, identificando de qué forma ha surgido y se ha firmado en el escenario global, pudimos ver que el Estado Legislativo se asentó sobre las bases de la doctrina positivista. Entonces, la ley representaba el instrumento de garantía de las libertades defendidas por el Estado Liberal, razón por la cual el Estado será el único titular de la producción legislativa y del poder coercitivo. Estado y Derecho se confunden (concepción monista), siendo el Derecho reducido a las normas jurídicas que regulan la sociedad. Los pilares del Derecho serán la seguridad jurídica y la división de poderes, por lo que, de esta forma, no podrá estar vinculado a principios axiológicos.

2. La crisis de la ley se confundirá con la crisis de la representación, es decir, con la crisis de representatividad de los Parlamentos y significará la mitigación del principio de la legalidad como el instrumento más importante para regular la vida social justo por no representar más la voluntad general. A pesar de que se admitiera que hubo una erosión de representatividad del Parlamento, decir que la ley no es la expresión de todo el Derecho y que ya no traduce la voluntad general no significa despreciarla. Evidenciar la crisis de la ley y de la democracia representativa ha servido para perfeccionar los mecanismos y las fuentes del Derecho.

3. Únicamente la nostalgia de un liberalismo ya superado puede inspirar la idea del monopolio del Poder Legislativo para elaborar las leyes y de un Poder Ejecutivo destinado únicamente a ejecutarlas. Entender el proceso legislativo del Estado Constitucional en los marcos de una rígida división de poderes significa hacer caso omiso de la realidad constitucional.



4. El positivismo jurídico separaba el derecho de la moral porque defendía la idea de un derecho “neutral” incapaz de imponer una moral que pudiera ser justificada de manera universal. Históricamente, la decadencia del positivismo jurídico está relacionada con la derrocada de los regímenes autoritarios para los cuales el ordenamiento jurídico debería ser indiferente a los valores éticos, bastando la aplicación de la ley formal, sin ninguna consideración por su contenido.

Las Constituciones de los tres países que comparamos son precisamente las Constituciones que se siguieron a estos regímenes autoritarios, es decir: el fascismo en Italia, el franquismo en España y la dictadura militar en Brasil. Así, es natural que se preocuparan por prever derechos y garantías fundamentales basados en principios y valores.

5. La jurisdicción constitucional en Brasil y Europa se viene desarrollando en el único sentido de que los principios deben “irradiarse” sobre todo el ordenamiento, donde obviamente se incluye la legislación de urgencia. Así, estamos de acuerdo con FERRAJOLI cuando afirma que “la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa”<sup>993</sup>.

Bajo la óptica del neoconstitucionalismo, la previsión de derechos fundamentales en estas Constituciones ha impuesto una nueva relación entre el Derecho y la moral. Los principios y valores contenidos en estas Cartas abrieron espacio para la introducción moral en el Derecho positivo. Esto se debe a que el Estado Constitucional democrático pretende resolver la tensión entre Derecho y moral afirmando que el sistema jurídico contiene postulados morales fundamentales que adoptan la forma de “derechos fundamentales”. No obstante, por otro lado, defienden que las libertades garantizadas por los derechos fundamentales impiden que se pueda ir más allá de la identificación del derecho con convicciones morales no compartidas por todos y cuyas aceptaciones no pueden ser pretendidas universalmente<sup>994</sup>.

No obstante, hemos comprobado que el neoconstitucionalismo es una teoría en fase de cimentación sobre la cual todavía no existe un consenso, pero que tiene el mérito de contribuir a la construcción de la teoría de la argumentación jurídica (Alexy), preocupada por la legitimidad de las decisiones jurisdiccionales y por las nuevas formas de interpretar la Constitución volcadas en el ideal de justicia en ella inserido.

---

993 Cf. FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. En: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 17.

994 En ese sentido, cf.: ALEXY, Robert. En: Entrevista con Manuel Atienza. *Revista Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho – Universidad de Alicante)*, nº. 24, 2001, p. 673.

**II – La circulación de los modelos de justicia constitucional resultó en hibridaciones *sui generis* adaptadas a la realidad interna del Estado. El modelo que se ha consolidado en Europa cada día influye más en los modelos en construcción como sucede con el modelo brasileño.**

6. La observación de la realidad de un país que en su tiempo ha dado lugar a la elaboración de la teoría de Montesquieu sobre la tripartición de los poderes, sigue siendo actual para que los países creen formas de solución a los problemas y nuevas técnicas de control del poder político.

Es cierto que la autoridad de la ley ha sido sustituida por la autoridad de la Constitución, de tal manera que la presencia de instituciones de control del ejercicio del poder legislativo (o legislador negativo) pasa ser una condición primordial para la existencia de la propia democracia<sup>995</sup>.

En todos los países en los cuales centramos nuestra atención está admitido el control de la constitucionalidad de la producción normativa estatal. La jurisdicción constitucional pasa entonces a ejercer un importante papel en el control jurídico de la legitimidad del poder político<sup>996</sup>. Ninguno de los poderes constituidos está por encima de la Constitución. Todo desvío jurídico-constitucional practicado por cualquier instancia del poder está sujeto a la fiscalización jurisdiccional.

Siguiendo por este camino, pudimos comprobar cómo las Constituciones, objeto de nuestra atención, instituyeron sus Cortes Constitucionales y organizaron su funcionamiento. Concluimos que la circulación de los modelos ha resultado en hibridaciones *sui generis* que, adaptadas a la realidad interna de cada Estado, por un lado dificulta la actividad clasificatoria de los comparatistas respecto a sus familias jurídicas pero, por otro lado, permiten verificar las diferencias estructurales de cada ordenamiento.

Fue así, verificando las diferencias, como pudimos observar que desde 1934 la mayoría de los mecanismos introducidos en el derecho constitucional brasileño por influencia de los países del *commom law*, al ser adaptados en el derecho brasileño, se convirtieron en instrumentos de concentración de la jurisdicción, permitiendo la verificación de la constitucionalidad en abstracto que se consolidaba en los países del *civil law*.

---

995 Ilustra nuestras afirmaciones las palabras de VITAL MOREIRA: “*A existência de uma jurisdição constitucional, sobretudo se confiada a um tribunal específico, parece ter-se tornado nos tempos de hoje num requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos. A jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático*”. [El fragmento que nosotros hemos resaltado en negrita aparece en itálica en el documento original]- ( *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*, cit. pp. 177-178. En el mismo sentido: “*La giustizia costituzionale è oggi ritenuta, quasi unanimemente, come un elemento essenziale delle democrazie contemporanee e come un valore connaturato allo stato costituzionale, in quanto fondato sulla tutela dei diritti fondamentali e sulla sottoposizione della sfera politica a canoni costituzionali garantiti dalla presenza di un controllo di tipo giurisdizionale. In tal senso si è parlato della giustizia costituzionale come di un ‘valore costituzionale comune’ e come un correttivo della forma di governo parlamentare*”. (Elena Malfatti, *et al.*, *Giustizia costituzionale*, Torino: Giappichelli Editore, 2007, pp. 297-298)

996 En ese sentido, el STF ha decidido que no obstante el carácter político de los actos parlamentarios, se muestra legítima la intervención jurisdiccional, siempre que los cuerpos legislativos sobrepasen los límites delineados en la Constitución. Cf. MS 24.831-DF, Min. Celso de Mello, DJU 04.08.2006.

7. Despertó nuestra atención la observación de que, mientras en Europa las cuestiones de inconstitucionalidad, suscitadas incidentalmente en el curso de acciones ordinarias, son tenidas como inclinaciones mitigadoras del control concentrado y abstracto, en Brasil ocurre precisamente lo contrario. Es decir, incidentes como el de *arguição de inconstitucionalidade* vienen a permitir el control en abstracto y concentrado, atenuando el control difuso en el segundo grado de jurisdicción.

En el tema de las garantías y del control de constitucionalidad, también ha sido posible constatar que en Brasil viene creciendo un sistema complejo, cuyos elementos, importados de los sistemas clásicos, son introducidos de un modo absolutamente peculiar y, cada año que pasa, el control de constitucionalidad se va concentrando cada vez más en el Supremo Tribunal Federal, hecho que, si por un lado provoca el fortalecimiento del control jurisdiccional en el país, por otro coloca en crisis la clasificación del sistema brasileño como control mixto o híbrido, provocando el surgimiento de nuevas categorías clasificadoras.

Curiosamente, percibimos que en el sistema europeo, y más concretamente en Italia, hubo la necesidad de minimizar las intensas consecuencias de los efectos *erga omnes* de las decisiones dictadas por la *Corte costituzionale*, lo que ha dado vida a técnicas decisorias en plan del control incidental que incluso llegó a proponer a los jueces una interpretación propia al caso concreto. Inversamente, pudimos percibir que en Brasil lo que se busca es extender los efectos *erga omnes* a procedimientos típicos del control difuso clásico, que cada día se debilita más y más.

8. La comparación entre los modelos europeos ha evidenciado el hecho de que cada día Brasil se aproxima más a los modelos de controlar la ley surgidos en el viejo continente, asumiendo competencias de una verdadera Corte Constitucional a través de mecanismos y técnicas de decisión que prestigian cada vez más el control concentrado.

No obstante, fue en el derecho norteamericano donde se buscó la inspiración para la institución del control de constitucionalidad que en Brasil nació junto con la República (más de medio siglo antes de la consolidación de los tribunales constitucionales europeos). Así, todavía está arraigada la idea de que la legitimidad para fiscalizar la constitucionalidad de la ley pertenece al Poder Judicial. Por eso, mientras en Europa la discusión sobre la legitimidad de los Tribunales Constitucionales no es un tema que actualmente despierte gran interés, en Brasil la idea de un Tribunal como órgano independiente de los demás poderes (notadamente del Poder Judicial) todavía causa cierto asombro.

9. Aunque reconozcamos la existencia, hasta el presente, de un sistema mixto edificado por la convergencia del sistema difuso-concreto con el concentrado-abstracto, debemos comprobar que, si antes de la Constitución de 1988 la verificación de conformidad de las normas con la Constitución se daba primordialmente a través del control difuso-concreto, hoy, al contrario, podemos afirmar que en el nuevo orden constitucional prima el control concentrado-abstracto, a pesar de continuar permitiendo que el juez de primera instancia pueda negar la

aplicación de la ley por entenderla inconstitucional. No obstante, como hemos visto, ese permiso puede ser excluido del derecho brasileño conforme a lo que decida el STF en la Reclamación 4335/AC.

Lo cierto es que la construcción de la jurisdicción constitucional en Brasil no está acabada, dado que la postura activista que asume el STF indudablemente contribuye a su consolidación como corte constitucional. No obstante, también es cierto que las teorías neoconstitucionalistas actualmente difundidas en Europa ganan importancia en la edificación del modelo brasileño.

10. La gran variedad de las acciones prevista en el ordenamiento constitucional brasileño que se destinan tanto a la defensa directa como indirecta de la Constitución nos permiten a concluir con la búsqueda de un “neoprocesalismo” destinado a la aplicación de las nuevas teorías constitucionales que empiezan a ganar espacio en el escenario europeo y que influyen directamente en la construcción de la jurisdicción constitucional brasileña.

11. Por entender que la fiscalización de la constitucionalidad no puede ser encomendada apenas a la jurisdicción común u ordinaria, hemos registrado una propuesta para que el STF sea transformado en un verdadero y propio Tribunal Constitucional, asumiendo su verdadero papel de exclusivo guardián de la Constitución y, principalmente, que su composición asegure el pluralismo como resultado de una acción transparente y democrática.

Esto porque es inadmisibile que, a día de hoy, el STF siga estando únicamente compuesto por ministros nombrados exclusivamente por el Presidente de la República, ya que aunque la indicación presidencial deba ser aprobada por el Senado Federal desde hace mucho tiempo, la coalición que sustenta el presidencialismo brasileño representa la mayoría absoluta en esta Cámara Legislativa, lo que conduce a la praxis de que el Senado únicamente selle la indicación del Presidente.

El notorio saber jurídico que habilita a cualquiera para ser ministro del STF debería ser transformado en exigencias de comprobada experiencia profesional en determinadas categorías, lo que, por cierto, dificultaría las indicaciones motivadas por amistades o intereses políticos. Además, al igual que sucede en Europa, todos los poderes constituidos deberían participar en los nombramientos, pues de no ser así, la única solución democrática sería la de que la Constitución permitiera elecciones especiales limitadas a determinados grupos de la sociedad políticamente organizada, como única forma de acceder al puesto de juez constitucional. El carácter vitalicio del mandato es otra desventaja respecto al modelo europeo<sup>997</sup>.

---

997 A modo de ilustración del tiempo que puede durar el mandato del juez constitucional brasileño, resaltamos que el último ministro nombrado por el Presidente Lula (que nombró ocho ministros), el Ministro José Antonio Dias Toffoli, tomó posesión el 17 de agosto del 2009, cuando todavía no había cumplido los cuarenta y tres años. Considerando que la jubilación compulsoria actualmente está fijada en los 70 años cumplidos, existe la posibilidad de que el joven ministro permanezca en la Suprema Corte durante casi 30 años.

### III. La legislación de urgencia se ha consolidado en los ordenamientos constitucionales comparados como fuente genuina de Derecho.

12. En la historia está registrado que gobiernos autoritarios usaron y abusaron de la decretación de urgencia, que así pasó a ser vista como un instrumento de las dictaduras, de cariz autoritario y una peligrosa excepción al principio constitucional de la separación de poderes. Por este motivo no es difícil entender la aversión que suele impregnar la figura de los Decretos-leyes.

Con la superación del autoritarismo se pensaba que el uso abusivo de dichos actos con fuerza de ley era naturalmente exterminado en los países democráticos. Sin embargo, la realidad no se ha correspondido con los pronósticos. Del estudio histórico de la decretación de urgencia, concluimos que la presencia del Ejecutivo en el proceso de elaboración normativa se tornó un dato irreversible en el Estado moderno. Así, para atender a las exigencias de la vida contemporánea y de la revolución tecnológica que presenciamos, nos parece realmente necesario proveer al Poder Ejecutivo de medios legislativos ágiles y apropiados que permitan la gobernabilidad.

13. La Constitución democrática italiana del 1948 fue el prototipo en el cual se inspiraron España y Brasil para crear sus modelos de decretación de urgencia. No obstante, también ha sido en Italia donde el debate sobre su naturaleza jurídica ha sido más crítico y profundo.

Confrontando el art. 77 de la Constitución italiana con el art. 62 de la Constitución brasileña, se nota que existe una similitud enorme entre el *Decreto-legge* de creación italiana y el instituto creado en Brasil que autoriza al Gobierno a editar normas con rango de ley. No obstante, aunque el Constituyente brasileño se haya inspirado en el paradigma italiano para crear la *Medida Provisória*, hay que poner de manifiesto que él sí quiso expresamente atribuir al Gobierno el “poder” (y no la simple “posibilidad”) de editar **actos** jurídicos (y no simples hechos) con fuerza de ley, lo que viene a ser confirmado por el artículo 84, inciso XXVI<sup>998</sup>, del texto constitucional aprobado<sup>999</sup>, donde hace remisión expresamente al artículo 62. La afirmativa también está confirmada por el art. 59, inciso V /CRFB<sup>999</sup>, que incluye dentro del proceso legislativo ordinario la elaboración de *Medidas Provisórias* por parte del Presidente de la República.

14. La mayor diferencia entre los decretos-leyes europeos y las *medidas provisórias* brasileñas no está en la forma de su configuración constitucional, puesto que todas las Constituciones estudiadas sufrieron (en mayor o menor medida) la influencia de la Constitución italiana a la hora de escribir sus propios textos.

La discrepancia podría residir en el sistema de gobierno donde se insertan dichos actos con fuerza de ley, si considerásemos que en el sistema parlamentario

998 Art. 84. *Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62.*

999 Art. 59. *O processo legislativo compreende a elaboração de: (...) V - medidas provisórias;*

los decretos-leyes nacen presuntamente con el apoyo de la mayoría parlamentaria. No obstante, en la práctica, el Presidencialismo brasileño permite una colisión extremadamente amplia e irrestricta, lo que resultará también en la permisión de amplias “negociaciones” en la búsqueda de una mayoría que traiga sustentabilidad a las acciones gubernamentales (concretizadas a través de una legislación que sólo debería ponerse en práctica en los casos de urgencia).

En nuestra opinión, la única consecuencia ocasionada por los sistemas de gobierno parlamentario *versus* presidencial, aplicada en el caso de la decretación de urgencia, reside en que en el caso de Brasil no existe previsión de responsabilidad del Gobierno respecto a la edición de las *Medidas Provisórias*.

15. En todas las constituciones comparadas están previstas formas de control parlamentario sobre el poder legislativo del Ejecutivo. En España hay previsión de una doble vía de actuación parlamentaria, donde está permitido la “convalidación” y la “conversión”. Pero, a pesar de la divergencia doctrinal en torno al carácter acumulativo o alternativo de la doble vía parlamentaria y de las ilustres opiniones en contra de la posición que hemos asumido, entendemos que el plazo de 30 días se cuenta para que, haciendo cesar la provisionalidad del decreto-ley (convalidación), el Congreso pueda – o no - elegir la opción de modificarlo (tramitación como proyecto de urgencia). Así, la doble vía admitida en España, en nuestra opinión, solo puede ser alternativa.

16. Por muy significativo que pueda ser el control confiado a los Legislativos, éste, en ninguno de los países comparados, se presentó de forma completamente eficaz, porque en él no se obtiene la plena convicción de que los Decretos-leyes siempre serán editados en total conformidad con la Constitución y principalmente dentro de los límites de utilización de tal técnica legislativa. Al contrario, la praxis ha demostrado que los Gobiernos que cuentan con apoyo de la mayoría parlamentaria, frecuentemente convirtieron en ley, Decretos-leyes que no observaron los presupuestos habilitantes o que incluso han incurrido en otros vicios tales como: el de competencia, de procedimiento, materiales, etc.

Tanto o más importante que la defensa de las prerrogativas del Parlamento contra las invasiones del Ejecutivo es la garantía de los derechos constitucionales de oposición contra los abusos de la mayoría con el objetivo de que la minoría intervenga en las decisiones parlamentarias contrarias al Gobierno.

Para nosotros, el pronunciamiento del Parlamento sobre un Decreto-ley en los términos establecidos por las Constituciones no tendrá en absoluto el efecto de convalidar los vicios imputables a los mismos que, seguramente, serán transmitidos a las respectivas leyes de conversión, que igualmente estarán afectadas por la inconstitucionalidad.

#### **IV – La Jurisprudencia Constitucional en el tema de la legislación de urgencia aparece en el nuevo milenio más atenta a las nuevas teorías constitucionales**

16. No cabe ninguna duda de que le compete a la jurisdicción constitucional actuar como órgano de control del Legislativo y Ejecutivo, cuando se aprecian con nitidez la actuación u omisión inconstitucionales.

Es cierto que la construcción teórica del Estado moderno ha atribuido una función legislativa al Poder Ejecutivo, que a partir del siglo XX ha conocido un primer momento de expansión con la quiebra del dogma de la indelegabilidad del poder de legislar. No obstante, el momento actual exige que sea dada una mayor atención a los medios de contención destinados a prevenir y a permitir el control sobre los abusos de la legislación de urgencia.

Como sucede con todo acto normativo, los actos que dan forma a la legislación de urgencia deben someterse enteramente a la Constitución, y de esta forma han de ser controlados por sus respectivos guardianes (con destaque para el control de los presupuestos constitucionales que sirven de parámetro para el ejercicio regular de este poder extravagante).

17. Con respecto al tema del control de la legislación de urgencia, el Tribunal Constitucional español ha sido el que, desde el inicio de sus actividades, ha asumido su competencia para controlar la cláusula constitucional de la “extraordinaria y urgente necesidad” a pesar de admitir un “razonable margen de discrecionalidad de los órganos políticos” en la apreciación de los presupuestos habilitantes.

La jurisprudencia constitucional de Italia y Brasil todavía vacilan a la hora de admitir el control sobre los presupuestos habilitantes, lo que confiere gran importancia al pionerismo del Tribunal Constitucional español, aunque en actitud autorrestrictiva la Corte viniera a limitar la declaración de inconstitucionalidad ante situaciones evidentes de abuso del decreto-ley -con la benevolencia del Parlamento- de clara inexistencia del presupuesto habilitante o de “patente arbitrariedad en la suplantación del legislador por obra del ejecutivo”.

Mantuvo el TCE que, para que se reconozca la existencia de dicha situación de “extraordinaria y urgente necesidad”, es necesario que ésta sea explícita y razonada y que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el decreto-ley se adoptan<sup>1000</sup>, de manera que éstas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar<sup>1001</sup>.

En el año de 2007, España otra vez innovó en el tema de control de la legislación de urgencia, asentando una importante doctrina que permite concluir que la Jurisdicción Constitucional siempre estará atenta a los abusos cometidos en el ejercicio de la potestad de legislar. La Corte -que en teoría ya admitía la posibilidad de controlar la cláusula de “extraordinaria y urgente necesidad” de decretos-leyes

---

1000 STC 29/1982, FJ 3.

1001 STC 182/1997, FJ 3.

caducos-, estimó concretamente los recursos de inconstitucionalidad contra el “Decreto de Aznar” (Decreto-ley 5/2002), cuyas disposiciones habían sido derogadas por la Ley Parlamentaria promulgada en el marco del procedimiento previsto en el art. 86.3/CE<sup>1002</sup>. En marzo del 2007, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el decreto, argumentando que no estaba justificada la urgencia que alegó el entonces Gobierno del PP (STC 68/2007). Aunque la declaración no surtiera efectos prácticos inmediatos, el sentido pedagógico del fallo es incontestable<sup>1003</sup>.

18. Brasil también ha avanzado en el tema del control de los presupuestos de *relevância e urgência*. Pasará de la fase de no admitirlo, para después admitirlo en teoría (aún así desde que estuviera configurado claramente el abuso o desvío de poder de legislar en hipótesis excepcionálísimas) y, por fin, admitirlo en sede de Medidas Cautelares (ADI - MC 4.048 y 4049, ambas de 2008). Hasta hoy, no hubo control de los presupuestos en sede de acciones directas, pero se observa una creciente evolución en las decisiones del STF, siempre atenta a las innovaciones de las Cortes europeas.

19. Sin embargo, es en Italia donde la reciente evolución de la jurisprudencia constitucional viene ganando relevancia en el tema respecto a dos aspectos: a) Rechaza la antigua argumentación de que la Corte Constitucional no puede ejercer su control sobre los presupuestos de necesidad y urgencia de los *decreti-legge* (SCC 171/2007); b) Afirma la posibilidad de ejercicio de tal control tanto sobre el propio *decreto-legge*, como sobre su ley de conversión (SCC 128/2008).

20. Entre todos los temas que en el contenido del trabajo destacamos como objeto de control por la jurisdicción constitucional, el más significativo es el control de los presupuestos habilitantes que limitan el poder de dictar Decretos-leyes. Menospreciarlo significa una ofensa a las propias Constituciones en la parte en la

1002 La prensa ha vehiculado así la noticia: “El Gobierno de José María Aznar sobrepasó los «límites jurídicos» al imponer en la primavera de 2002, vía 'decretazo', la polémica reforma laboral que le valió la única huelga general de sus dos mandatos. Así lo ha resuelto el pleno del Tribunal Constitucional en una sentencia publicada ayer, tras un acuerdo unánime -algo infrecuente en las últimas decisiones del órgano- y sin precedentes de sus doce magistrados, ya que es la primera vez en su historia que anula este tipo de decisiones unilaterales del Ejecutivo por falta de motivación: en este caso concreto, por no justificar la urgencia de dicha medida” (...) “Los magistrados del Constitucional estiman que el Consejo de Ministros -como órgano que aprobó el polémico decreto- actuó de forma «abusiva o arbitraria» y sin respetar las «restricciones» legales. Ante esta situación, consideran que no cabe más salida que anular, por «inconstitucional», el referido decreto-ley, sin que esta decisión implique un pronunciamiento sobre la legalidad de los cambios laborales que contenía” (Cf. *El correo digital* de 31.03.2007, disponible en: [http://www.elcorreo.com/vizcaya/prensa/20070331/economia\\_viz/constitucional-anula-decretazo-aznar\\_20070331.html](http://www.elcorreo.com/vizcaya/prensa/20070331/economia_viz/constitucional-anula-decretazo-aznar_20070331.html)).

1003 El carácter pedagógico de la decisión también se puede deducir por las noticias de la prensa: “El Gobierno se ‘acordó’ del decretazo inconstitucional de Aznar de 2002: Uno de los motivos -por no decir el principal- que ha llevado al Gobierno de Zapatero a aceptar que el ‘decretazo’ de reforma laboral se tramite como proyecto de ley, ha sido que han caído en la cuenta de lo que ocurrió en 2002 cuando el decretazo de la reforma laboral que impulsó José María Aznar y que dio origen también a una huelga general convocada por CCOO y UGT. El propio PSOE presentó un recurso de inconstitucionalidad al decreto que fue ganado años después. (...) La sentencia del recurso tardó varios años en salir a la luz. En marzo de 2007, finalmente, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el decreto argumentando que no estaba justificada la urgencia que alegó entonces el Gobierno del PP, por lo que las medidas aprobadas quedaron sin efecto. La sentencia sienta un inquietante precedente, por lo que ahora el Gabinete de Zapatero se lo ha pensado dos veces, decidiendo que se tramite como proyecto de ley y no trague de su misma ‘medicina’.” (Cf. *Diariocrítico.com* de 15.06.2010, disponible en: <http://www.diariocritico.com/2010/Junio/exclusivo/213522/aznar-decretazo-gobierno-reforma-laboral.html>).



que confieren límites a la potestad legislativa del Gobierno, como forma de reparto de competencias en una sociedad pluralista. No obstante, entendemos que el control jurisdiccional debe ir más allá de los contornos hasta ahora conferidos por los tribunales constitucionales.

Admitir que el control se extienda a la ley convertida representa un significativo avance de la jurisdicción constitucional. Equivale a reconocer que la conversión del decreto-ley en ley por parte del Parlamento no convalida por sí misma los vicios eventualmente existentes en la decretación de urgencia. Así, la impugnación de la norma, cuando esté viciada, podrá darse tanto cuando ésta revista la forma de *decreto-legge*, como cuando ya esté transformada en ley parlamentaria.

21. La evolución de la jurisprudencia constitucional registrada en el Capítulo IV permite la conclusión de que la valoración discrecional del Jefe del Ejecutivo a la hora de ejercer su potestad legislativa e, incluso el control político llevado a cabo por el Parlamento a la hora de la conversión, no excluye el control jurisdiccional que debe ser ejercido por la Jurisdicción constitucional, lo que para nosotros **sitúa a las Cortes Constitucionales como el principal órgano de control de la legislación de urgencia.**

22. Ya pusimos de manifiesto que la forma más eficaz para racionalizar la actividad legislativa del Ejecutivo es su completa regulación constitucional. Esto se debe a que la Constitución no es solamente la norma de mayor rango jerárquico del ordenamiento jurídico (*lex superior*), sino que también es principalmente, el conjunto de normas que regula el proceso formal de creación de las demás normas jurídicas, estableciendo los valores, principios y limitaciones para el contenido de la legislación infraconstitucional<sup>1004</sup>.

Sin embargo, el problema de la producción de la legislación de urgencia es de mayores proporciones. El sistema parlamentario está fundado en la confianza. Ya en el caso de Brasil, al organizar el Estado, la Constitución estimuló una coalición entre Ejecutivo y Legislativo que no encuentra límites ni siquiera en el texto constitucional. De ello resulta que la base parlamentaria que forma la mayoría necesaria para la aprobación de la *Medida Provisória "X"* y su conversión en ley puede no ser necesariamente la misma base parlamentaria (o la mayoría) que aprobará y convertirá la *Medida Provisória "Y"* en ley. En otras palabras: el Gobierno presidencial tiene amplios poderes de "negociaciones" y hasta de colusión con el Legislativo para una actuación conjunta, actuación ésta que el dogma de la división de poderes no ha podido impedir.

Como hemos visto, hubo un tiempo en Brasil en el que hasta el propio Poder Judicial (entiéndase el STF) se alió<sup>1005</sup> a los demás Poderes cuando se olvidó de su

1004 Así en: QUEIROZ, Cristina. *Interpretación constitucional e poder judicial*. Coimbra: Coimbra Editora/RT, 2000.

1005 El término es de PAULO BONAVIDES cuando contestó a la acusación del ministro Celso Mello (en el periódico *Folha de S. Paulo*. p. 8, domingo, 11 abr. 1999.) de que el Presidente de la República se había transformado en el mayor legislador del país. Entonces el profesor brasileño afirmó: "*Não disse, porém, o Ministro, que o Supremo tem sido aliado e cúmplice do Executivo, quando este reeditou para escândalo do meio jurídico centenas de Medidas Provisórias e aquele, não obstante haver sido provocado, nunca lhes declarou a inconstitucionalidade. Consentiu prevalecesse tão ominoso processo de burla e fraude da*

deber principal de controlar la constitucionalidad de las *Medidas Provisórias*. El fraude a la Constitución era evidente.

Así, en nuestra visión el problema de los excesos legislativos cometidos por medio de las *Medidas Provisórias*, no están en una supuesta violación del principio de la división de los poderes por parte del Ejecutivo. Esto es así porque los abusos son más grandes cuando Ejecutivo y Legislativo se unen. La consagrada idea de que al poder se impone el propio poder como limitación, que citamos en el epígrafe de este Capítulo, no ha planteado hasta hoy el problema surgido en la praxis brasileña de que los Poderes decidan en conjunto; al igual que tampoco ha resuelto las arbitrariedades cometidas por la mayoría en los sistemas parlamentarios.

No nos parece sensato insistir en el error de pretender que el control del Legislativo sea el suficiente como para cohibir los abusos del Gobierno. Sin embargo, esta no es una afirmativa que solamente valga para el caso del presidencialismo brasileño. También está más que probado que en países que adoptaron el parlamentarismo, como es el caso de Italia, la fiscalización parlamentaria tampoco ha evitado las colusiones para conculcar el poder de legislar transponiendo sus límites.

Entonces, siguen siendo actuales las ideas planteadas por el Tribunal Constitucional español para los casos de los abusos cometidos en tema de legislación de urgencia con la complacencia del Parlamento. Entendemos que los tribunales deben asumir para sí la tarea de controlar de forma efectiva todos los tipos de abusos (incluyendo los políticos).

Es cierto que la tarea de controlar dichos abusos exigirá la utilización de conceptos de los cuales también se ocupa la Ciencia Política, tales como: coalición, mayoría y minoría, grupos de presión, oposición, etc. No obstante, no pretendemos con esto regresar a la discusión sobre la legitimidad de las Cortes Constitucionales para decidir lo que es político.

El desafío actual es el desarrollo de técnicas que eviten la manipulación de la legislación de urgencia por todas las formas de poder que ella alimenta, lo que compromete la legitimidad del Derecho y de la Constitución, que solo permanecerá legítima siempre que sus límites sean respetados. Elevar a la categoría de principio o de valor supremo el control constitucional de las colusiones entre Gobierno y Parlamento que asumen la forma de coaliciones (o cualquiera otra forma que se presente) y definir sus contornos es una tarea que debe ser desarrollada por las nuevas teorías constitucionalistas, ya que el principio de la separación de poderes no ha logrado solucionar el problema.

Por todo lo antes señalado es competencia de los defensores del neoconstitucionalismo presentar las soluciones para este problema tan básico, pero que cada día se presenta más complejo en el Estado Constitucional contemporáneo.

---

*Constituição, o qual, inúmeráveis vezes, golpeou e feriu o princípio da separação de Poderes e conveleu a legitimidade das instituições e do regime". (Cf. "Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil" Revista da Escola da Magistratura do RN. Vol. 7, nº. 1, 2008).*

## A TÍTULO DE CONCLUSÃO

*“o valor político supremo é a liberdade, o maior inimigo da liberdade é o poder já que todo poder tende ao abuso, mas como o poder só pode ser detido pelo poder é necessário neutralizar seu abuso dividindo o exercício de tal poder em distintos órgãos”*(Montesquieu)<sup>1006</sup>

Não é singela a tarefa de concluir um trabalho de tamanha proporção, onde a riqueza dos temas enfocados são sempre fomentadores de novos desafios. Na verdade foram expostos tantos interrogantes que, talvez, grande parte de suas respostas terminem por inaugurar outras problemáticas que podem estimular investigações futuras, já que aqui devemos respeitar a tênue linha que previamente delimita os trabalhos de pesquisa científica.

Uma das conclusões que se extraiu da investigação foi o constatar que nem as leis, nem a Constituição, por si mesmas, foram capazes de resolver os problemas sociais. A razão está associada à má aplicação das leis mas, principalmente, à deficiente concretização das Constituições como norma suprema que estabelece os limites de toda produção normativa dos Estados.

Numa sociedade tecnológica os sentidos dos controles políticos assumem novas feições e maior preocupação com o futuro. Desta forma, as técnicas do Direito Comparado se apresentam como ferramenta que a cada dia ganha maior importância e utilidade e que se completa com a observação, em tempo real, da aplicação de novas teorias em distintos ordenamentos constitucionais. Na civilização tecnológica impera os valores da eficiência dos resultados e da probabilidade de sua consecução, fazendo com que, também a jurisdição, passe a fazer avaliações prospectivas no sentido de viabilizar o direito para o futuro.

Neste mundo acelerado que visa resultados imediatos, a legislação de urgência a cada dia vem sendo mais utilizada como instrumento hábil a dar uma resposta mais rápida às ações governamentais. Não obstante, esta nova alternativa de utilização não corresponde aos limites configurados nas Constituições modernas. Então, a compreensão do instituto passará, necessariamente, pelo estudo da potestade de elaboração da lei e do surgimento dos Decretos-leis como uma usurpação do poder de legislar.

Assim, respeitando as propostas originárias desta investigação procuramos traçar um perfil dos vários momentos de formação da lei, o qual nos permitiu afirmar que a separação de poderes liberal clássica teve sua aplicação

---

1006 Cf. *Espíritu de las leyes*, también citado por GARCÍA PELAYO, Manuel. “La división de poderes y su control jurisdiccional”. *Revista de Derecho Político*. Números. 18-19, 1983, p. 7.

ideal na época do liberalismo diante dos excessos do absolutismo. Não obstante, também percebemos que dita separação não prevaleceu por muito tempo em razão da radical alteração do cenário social e econômico.

O Estado Social impôs uma participação estatal mais efetiva que resultou em uma aceitação pacífica da transferência de parcelas de “poder legislativo” aos Executivos, dotando-lhes com instrumentos que permitem ultrapassar as barreiras impostas por uma rígida divisão de poderes de impossível aplicação prática.

Obviamente que o dogma da “divisão de poderes” também tem importância vital para o Estado Social e Democrático de Direito. Que não existe Estado Constitucional ou Democracia sem que os poderes do Estado estejam organicamente definidos pela Constituição é uma afirmação considerada como evidente desde o processo de revolução política deflagrado no século XVIII. Por isso coincidimos com o Viesti quando diz que o princípio da divisão de poderes ainda representa uma garantia insubstituível para a liberdade dos cidadãos e para o bom funcionamento do aparelho estatal.

Mas, apesar da consagração do princípio da “divisão de poderes”, no discorrer do trabalho, vimos que seus precursores nunca pretenderam criar uma fórmula absolutamente rígida de reparte de competências. E assim o entendemos porque o que de verdade importa é que o “Poder Estatal” esteja dividido conforme a necessidade organizacional de cada Estado. Basta pensar que os Tribunais de Contas, os Conselhos da Magistratura ou do Ministério Público, ou ainda as Comissões Parlamentares de Inquérito são instituições já sedimentadas no mundo moderno, mas que não foram idealizadas nem por Montesquieu nem pelos Pais Fundadores, mas sim surgiram da necessidade que o próprio Estado encontrava para executar o processo de auto-controle também conhecido por *checks and balances*. A própria Justiça Constitucional nasce como uma necessidade de controlar a lei em torno redor da qual gravitam todos os Poderes do Estado.

Verificamos, então, que a separação dos poderes que ao dia de hoje está acolhida nas Constituições ocidentais guarda pouca semelhança com aquela idealizada por Montesquieu<sup>1007</sup>. A predominância dos Poderes Executivos (Governos) sobre os Legislativos (Parlamentos) é evidente e pode ser comprovada através das normas constitucionais que repartem as competências entre ditos Poderes. Vimos que com a modificação do papel do Estado, o Direito perdeu em grande parte do formalismo que lhe caracterizava permitindo uma ampliação no sistema de fontes.

---

1007 Sobre a atual divisão de poderes, coincidimos com a visão pragmática de VITAL MOREIRA segundo a qual os postulados clássicos da divisão de poderes deixam de ter correspondência na realidade para, na atualidade, resultar da vontade do partido ou coligação majoritária, cabendo ao Governo ditar à maioria parlamentar o programa legislativo e o conteúdo das leis. (Cf. MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional, in: Colóquio no 10<sup>o</sup> aniversário do Tribunal Constitucional (1993: Lisboa). Legitimidade e legitimação da justiça constitucional, Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 177-178).

Desta forma, pudemos constatar que a decretação de urgência passou a integrar o sistema de fontes em todos os ordenamentos estudados<sup>1008</sup>, o que nos permitiu afirmar, no terceiro Capítulo, que materialmente os Decretos-leis são equivalentes às “leis” (em sentido *lato*), embora não o seja formalmente. Para nós, o fato de que referidas normas sejam editadas pelos Governos não lhes retira a legitimidade, já que em todas as Constituições examinadas os Executivos e Legislativos compartilham em alguma medida a potestade de legislar. Assim, as constituições do Brasil, Espanha e Itália prevêm os atos normativos com força de lei como competência própria do executivo e não como elemento de sua própria desestabilização. A legislação de urgência aparece nestas Constituições como elemento que lhes integra e lhes dá contorno.

Os Decretos-leis integram a ordem normal de competências distribuídas pelas Constituições na hora de organizar o Poder Estatal. Por isso, a competência normativa atribuída *ope constitutionis* ao Poder Executivo para legislar (i. e., para criar normas excepcionais), é uma competência própria e ordinária, embora admitamos tratar-se de uma competência “extravagante” (porque excede ao que os dogmas consagrados pela “divisão de poderes” assentou por comum). Não obstante, a nosso juízo, não se trata de uma “competência excepcional” porque o que são “extraordinários” são os pressupostos habilitantes e não a competência do Executivo para legislar.

Embora a competência para legislar não seja inerente ao Executivo e ainda que toda legislação de urgência, na opinião de renomados juristas, possa apresentar um inevitável déficit de legitimidade derivado de sua origem unilateral e precariedade, mesmo assim, entendemo-la compatível com a democracia, **sempre que** submetida a um controle rigoroso e interpretação restritiva. Para nós são os abusos os que põem em risco a legitimidade da legislação de urgência e não a outorga constitucional ao Executivo de atribuição originária de parcela do poder de legislar com efeitos imediatos e força de lei a fim de implementar mais eficiência às políticas públicas.

Então, respondendo aos questionamentos feitos nos capítulos introdutórios, entendemos que o fato de que as Constituições dos países comparados concedam parcelas de “potestades legislativas” a seus Poderes Executivos não significa uma ruptura com o princípio da divisão de poderes. A nosso sentir representa mais uma evolução experimentada na prática pela relação estabelecida entre Legislativo-Executivo, pois embora separados organicamente pelas respectivas Constituições devem exercer uma colaboração mútua. Utilizando-nos dos mesmos termos empregados pela Constituição brasileira, embora os poderes sejam independentes, devem ser harmônicos entre si. Entretanto, o princípio da divisão de poderes deve permanecer como meio válido de contenção dos arbítrios enquanto permaneça o Estado Constitucional.

Quando utilizamos a expressão “colaboração mútua” não estamos defendendo uma partilha igualitária de competências legislativas “ordinárias” entre Parlamento e Governo, como fez Portugal em virtude da inevitabilidade do instituto do Decreto-lei. Nossas afirmações resultam da verificação do “como” as Constituições atuais conferem potestades legislativas a seus Governos, sejam

---

1008 No caso brasileiro não é por acaso que as Medidas Provisórias estão inseridas na Constituição como ato integrante do processo legislativo (Cf. Art. 59).

eles parlamentaristas, como a Espanha e Itália; ou presidencialista, como o Brasil (onde referida “colaboração” pode resultar menos visível), a fim de conferir mais celeridade nas aplicações das políticas públicas e programas de Governo.

Como vimos, quando o Constituinte brasileiro pensou em incluir as Medidas Provisórias na Constituição de 1988, o sistema de Governo que se pretendia implantar no Brasil daquele tempo era o parlamentarismo. Possivelmente seja este o motivo pelo qual a grande maioria dos autores brasileiros entendam que a decretação de urgência tem melhor acomodação no Parlamentarismo, considerando que neste sistema os Decretos-leis nascem presumidamente com o apoio da maioria parlamentar (ao passo que no presidencialismo de coalizão brasileiro não há uma presunção nem sequer quanto à base parlamentar que apóia ao Presidente da República).

Entretanto, a presunção de apoio parlamentar tampouco é absoluta. Isso faz com que a afirmativa retro não esteja totalmente certa pois, em nossa visão, a disputa por poder e influência apoiada na regra da maioria não conduz necessariamente a uma ação estratégica unânime, tanto que existem autores que, por exemplo, relacionam a hipertrofia de Decretos-leis a Governos sem maioria parlamentar<sup>1009</sup> o que, conforme nos parece, poderia melhor explicar (apesar de não justificar) a utilização abusiva do instituto também pelos Governos parlamentares.

Mas, embora a decretação de urgência seja legítima e necessária, não é indispensável e principalmente não é inevitável na forma na qual aparece sendo utilizada pelos Governos que freqüentemente vêm banalizando seu uso.

O que as experiências européias e brasileira na verdade revelam é que, embora extravagante, o poder de criar normas primárias atribuído aos Governos tende a preponderar (seja no parlamentarismo seja no presidencialismo de coalizão) frente aos meios de direção política que o Governo concentra. Mais ainda: os excessos e abusos são cometidos indistintamente nos dois lados do Atlântico. Brasil e Itália são exemplos clássicos de tais abusos e de como ditos instrumentos podem servir aos propósitos ditatoriais dos Governos. Basta olhar o excesso de poder na reedição sucessiva de Medidas Provisórias e de *Decreti-legge* não apreciados pelo Parlamento por meses (e até anos), editados sem atenção aos pressupostos constitucionais, desconsideração dos limites materiais e com desvio de finalidade, no afã de obter caráter de perpetuidade. No Brasil as

1009 É o que afirma DIEZ-PICAZO baseado em dados estatísticos da produção normativa do Estado espanhol no período de 1979-1984 (Cf. “Actes législatifs du gouvernement et rapports entre les pouvoirs: l'expérience espagnole”. Revue française de droit constitutionnel n. 32, [titre Légiférer par décrets ?], 1997, p. 743). Não obstante, esta tampouco é uma verdade absoluta. Prosseguindo com a mesma investigação LASAGABASTER HERRARTE colocou em evidência que realmente foi assim o que: *“habría sucedido durante los años 92 y 93. En estos años habría aumentado el número de Decretos-leyes mientras se daba la existencia de un Gobierno sin mayoría parlamentaria. Posteriormente el número de Decretos-leyes aumenta significativamente durante el período en que el Partido Popular no tiene mayoría parlamentaria. En las elecciones del año 2000 el Partido Popular obtiene la mayoría absoluta. El número de Decretos-leyes que se dictan con posterioridad no disminuye, al contrario, aumenta. El año 2000 el porcentaje de Decretos-leyes sobre el total de Leyes dictadas es del 71,42 % y el año 2001 el porcentaje es similar, del 61,53 %. En estos dos últimos años se rompe por tanto esa posible teoría de la relación entre el número de Decretos-leyes y no tener mayoría absoluta. El Partido Popular ha disfrutado de una mayoría absoluta y los años 2000 y 2001 el porcentaje de Decretos-leyes emitidos en relación con las Leyes ha aumentado”*. (LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. *Fuentes del Derecho*. Bilbao : LETE, 2007, pp. 148-149).

coisas ainda eram piores antes da EC 32/200 pois frequente e furtivamente eram inseridas novas matérias nos atos já editados.

Seria possível argumentar que no presidencialismo a figura do Presidente estaria caracterizada por uma legitimidade democrática direta maior do que a do Legislativo, que está formado por membros eleitos apenas por determinadas parcelas regionais da população; enquanto que o Presidente é eleito por toda a nação. Não obstante, ao prevalecer esses argumentos desprezaríamos os rios de tinta que foram gastos pela filosofia jurídica para justificar a repartição do poder e voltaríamos para “governo de um só homem”. Assim, embora entendamos possível a existência dos Decretos-leis ou *Medida Provisórias* como instrumento de governabilidade no presidencialismo de coalizão e, embora admitamos que a função legislativa esteja bipolarizada ou compartilhada entre Legislativo e Executivo, estamos de acordo com a doutrina que defende a idéia de que a legislação de urgência se adequa melhor ao regime parlamentarista já que no presidencialismo não há previsão de responsabilidade política do Presidente com real possibilidade de alternância, nos casos de abusos manifestos.

Contudo, temos ciência de que mesmo a previsão de responsabilidade por parte do Governo não impediu a utilização abusiva dos Decretos-leis no sistema parlamentarista. Exemplo clássico é a Itália onde a responsabilidade do Governo pela edição de Decretos-leis está prevista pelo próprio artigo da Constituição italiana (art. 77) que lhe dá o poder de legislar. Já na Espanha, apesar da responsabilidade do Governo não estar expressamente prevista na Constituição, é pacífico que ali também está admitida. Entretanto, em nossa visão alienígena a constatação de que os abusos legislativos do Governo foram menores na Espanha (embora evidentemente também existiram) não se deu razão de existência ou não de responsabilidade do Governo e sim porque a Espanha foi o país onde a Corte Constitucional desde cedo assumiu sua competência para controlar ditos atos normativos. Embora esse controle se apresentasse tímido, a simples possibilidade de que fora exercido pela Jurisdição Constitucional serviu como contenção dos abusos na legislação de urgência.

Embora entendamos a decretação de urgência como uma capacidade normal do Governo que lhe confere a Constituição, o que não nos parece normal é que dita competência possa ser utilizada sem limites ou fora dos casos de urgência. Por isso não estamos de acordo de que a melhor opção para os Estados Democráticos seja a que escolheu o Portugal, que não condiciona o exercício da capacidade legislativa do Executivo a quaisquer circunstâncias excepcionais de urgência e necessidade<sup>1010</sup>, nem a submete a um rigoroso controle do Legislativo.

Para nós, a vocação quase natural que apresentam os Governos de exceder ou abusar dos poderes legislativos a si conferidos, não só pode, como

---

1010 Repetimos aqui as palavras de CANOTILHO para esclarecer os fatos que motivaram os Constituintes portugueses a suprimir os requisitos de necessidade y urgência, destacando que a nosso juízo este não é o melhor caminho a ser seguido: “A inflação dos decretos-leis, motivados ou não por casos de urgência ou necessidade, o controlo meramente teórico da Assembléia Nacional, a cobardia e timidez dos tribunais quanto à arguição da inconstitucionalidade, tudo se conjugou para, na revisão de 1945, o legislador constituinte confessar francamente ser necessário pôr de acordo a «verdade formal» com a «verdade real»”. (GOMES CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria... op. cit., p. 738).

também deve ser controlada pelo Parlamento no exercício de seu papel de constante vigilância. Mas, principalmente, deve ser também controlada pela Jurisdição Constitucional, único órgão apto a verificar a constitucionalidade das leis ou atos normativos a ela equiparados e frear os excessos da maioria.

Desta forma entendemos ser perfeitamente possível conviver com alguma parcela de potestade legislativa confiada ao Executivo sem romper com o projeto constitucional de construir o Estado Democrático de Direito, **desde que** as Cortes Constitucionais exerçam satisfatoriamente seu papel de controle jurídico dos atos políticos.

Nossas afirmativas estão justificadas pelas proposições trabalhadas no desenvolver do trabalho e que podem ser visualizadas nos seguintes termos:

### **I – A lei geral e abstrata não foi capaz de alcançar a liberdade que se buscava:**

1. Desde a antigüidade mais remota até a era de revolução tecnológica na qual estamos submersos, se questionou sobre “quem” deve legislar e “como” se justifica esse poder para exercer referida capacidade legislativa. Embora as justificações tenham variado no tempo e no espaço e ainda apresentado matizes filosóficas e culturais diversas, em geral, a busca da legitimidade para legislar até hoje vem significando a busca da própria legitimidade do poder.

Ao discorrer sobre o desenvolvimento histórico da lei, identificando de que forma ela surgiu e se firmou no cenário global, pudemos ver que o Estado Legislativo se alicerçou sobre as bases da doutrina positivista. Então, a lei representava o instrumento de garantia das liberdades defendidas pelo Estado Liberal, razão pela qual o Estado era o único titular da produção legislativa e do poder coercitivo. Estado e Direito se confundem (concepção monista) sendo o Direito reduzido às normas jurídicas que regulam a sociedade. Os pilares do Direito serão a segurança jurídica e a divisão de poderes, desta forma não poderia estar vinculado a princípios axiológicos.

2. A crise da lei se confundirá com a crise da representação, ou seja, com a crise de representatividade dos Parlamentos e significará a mitigação do princípio da legalidade como o instrumento mais importante de regulação da vida social, exatamente por não mais representar a vontade geral. Apesar de se admitir que houve uma erosão de representatividade do Parlamento, dizer que a lei não é a expressão de todo o Direito e que já não traduz a vontade geral não significa desprezá-la. Evidenciar a crise da lei e da democracia representativa serviu para aperfeiçoar os mecanismos e as fontes do Direito.

3. Somente a nostalgia de um liberalismo ultrapassado pode inspirar a idéia do monopólio do Poder Legislativo para elaborar as leis e de um Poder Executivo destinado unicamente à executá-las. Entender o processo legislativo do Estado Constitucional nos marcos de uma rígida divisão de poderes, significa desprezar a realidade constitucional.



4. O positivismo jurídico separava o direito da moral porque defendia a idéia de um direito “neutro” incapaz de impor uma moral que pudesse ser justificada de maneira universal. Historicamente a decadência do positivismo jurídico está relacionada à derrocada dos regimes autoritários para os quais o ordenamento jurídico deveria ser indiferente aos valores éticos, bastando a aplicação da lei formal, sem qualquer consideração por seu conteúdo.

As Constituições dos três países que comparamos são exatamente as Constituições que se seguiram a estes regimes autoritários, isto é: o fascismo na Itália, o franquismo na Espanha e a ditadura militar no Brasil. Assim, natural que se preocupassem em prever direitos e garantias fundamentais apoiados em princípios e valores.

5. A jurisdição constitucional no Brasil e na Europa vem se desenvolvendo no único sentido de que os princípios devem “irradiar-se” sobre todo o ordenamento, onde por óbvio se inclui a legislação de urgência. Assim estamos de acordo com o FERRAJOLI quando diz que “a subordinação da lei aos princípios constitucionais equivale a introduzir uma dimensão substancial não só nas condições de validade das normas, mas também na natureza da democracia, para qual que representa um limite ao mesmo tempo que a completa”<sup>1011</sup>.

Sob a óptica do neoconstitucionalismo a previsão de direitos fundamentais nestas Constituições impôs uma nova relação entre o Direito e a moral. Os princípios e valores inseridos nestas Cartas abriram espaço para a introdução da moral no Direito positivo. Isso porque o Estado Constitucional democrático pretende resolver a tensão entre Direito e moral afirmando que o sistema jurídico contém postulados morais essenciais que adotam a forma de “direitos fundamentais”. Não obstante, por outro lado, defendem que as liberdades garantidas pelos direitos fundamentais impedem que se possa ir além da identificação do direito com convicções morais não compartilhadas por todos e cujas aceitações não podem ser pretendidas universalmente<sup>1012</sup>.

No entanto comprovamos que o neoconstitucionalismo é uma teoria em fase de cimentação sobre a qual ainda não existe um consenso, mas que tem o mérito de contribuir para a construção da teoria da argumentação jurídica (Alexy) preocupada com a legitimidade das decisões jurisdicionais e novas formas de interpretar a Constituição voltadas para o ideal de justiça nela inserido.

**II – A circulação dos modelos de justiça constitucional resultou em hibridações *sui generis* adaptadas à realidade interna do Estado. O modelo que se consolidou na Europa a cada dia influi mais nos modelos em construção como é o brasileiro.**

6. A observação da realidade de um país, que a seu tempo deu causa à elaboração da teoria de Montesquieu sobre a tripartição dos poderes, continua

1011 Cf. FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 17.

1012 Nesse sentido cf.: ALEXY, Robert. In: Entrevista con Manuel Atienza. *Revista Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho – Universidad de Alicante)*, nº. 24, 2001, p. 673.

atual para que os países criem formas de solução dos problemas e novas técnicas de controle do poder político.

Certo que a autoridade da lei foi substituída pela autoridade da Constituição, a presença de instituições de controle do exercício do poder legislativo (ou legislador negativo) passa ser uma condição primitiva para a existência da própria democracia<sup>1013</sup>.

Em todos os países nos quais centramos nossas atenções está admitido o controle da constitucionalidade da produção normativa estatal. A jurisdição constitucional passa então a exercer um importante papel no controle jurídico da legitimidade do poder político<sup>1014</sup>. Nenhum dos poderes constituídos estão acima da Constituição. Assim, todo e qualquer desvio jurídico-constitucional, praticado por qualquer instância do poder, está sujeito à fiscalização jurisdicional.

Seguindo por este caminho pudemos comparar como as Constituições, objeto de nossa atenção, instituíram suas Cortes Constitucionais e organizaram seu funcionamento. Concluímos que a circulação dos modelos resultou em hibridações *sui generis* que adaptadas à realidade interna de cada Estado, por um lado, vem dificultando a atividade classificatória dos comparatistas no tocante a suas famílias jurídicas mas, por outro lado, permite verificar as diferenças estruturais de cada ordenamento.

Foi assim, verificando as diferenças, que pudemos observar que desde 1934, a maioria dos mecanismos introduzidos no direito constitucional brasileiro por influência dos países do *commom law*, ao ser adaptados no direito brasileiro se converteram mais em instrumentos de concentração da jurisdição, permitindo, assim, a verificação da constitucionalidade em abstrato que se consolidava nos países do *civil law*.

7. Despertou nossa atenção a observação de que enquanto na Europa as questões de inconstitucionalidade, suscitadas incidentalmente no curso de ações ordinárias, são tidas como inclinações mitigadoras do controle concentrado e abstrato, no Brasil ocorre exatamente o contrário. Quer dizer, incidente como o de *arguição de inconstitucionalidade* vem permitindo o controle em abstrato e concentrado, atenuando o controle difuso no segundo grau de jurisdição.

---

1013 Ilustra nossas afirmativas as palavras de VITAL MOREIRA: “A existência de uma jurisdição constitucional, sobretudo se confiada a um tribunal específico, parece ter-se tornado nos tempos de hoje num requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos. *A jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático*”. [Itálico no original]- -( *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*, cit. pp. 177-178. No mesmo sentido: “*La giustizia costituzionale è oggi ritenuta, quasi unanimemente, come un elemento essenziale delle democrazie contemporanee e come un valore connaturato allo stato costituzionale, in quanto fondato sulla tutela dei diritti fondamentali e sulla sottoposizione della sfera politica a canoni costituzionali garantiti dalla presenza di un controllo di tipo giurisdizionale. In tal senso si è parlato della giustizia costituzionale come di un ‘valore costituzionale comune’ e come un correttivo della forma di governo parlamentare*”. (Elena Malfatti, *et al.*, *Giustizia costituzionale*, Torino: Giappichelli Editore, 2007, pp. 297-298).

1014 Nesse sentido o STF decidiu que: “Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional.” Cf. MS 24.831-DF, Min. Celso de Mello, DJU 04.08.2006.

No tema referente às garantias e controle de constitucionalidade, também foi possível constatar que, no Brasil, vem crescendo um sistema complexo cujos elementos, importados dos sistemas clássicos, são introduzidos de modo absolutamente peculiar e a cada ano que passa o controle de constitucionalidade vai concentrando cada vez mais no Supremo Tribunal Federal. Se por um lado, este fato provoca o fortalecimento do controle jurisdicional no país, por outro, coloca em crise a classificação do sistema brasileiro como controle misto ou híbrido, provocando o surgimento de novas categorias classificadoras.

Curiosamente percebemos que no sistema europeu, caracteristicamente na Itália, foi a necessidade de minimizar as intensas conseqüências dos efeitos *erga omnes* das decisões ditadas pela *Corte costituzionale*, que deu vida a técnicas decisórias no plano do controle incidental (que inclusive chegou a propor aos juizes uma interpretação própria ao caso concreto). Inversamente, pudemos perceber que, no Brasil, o que se busca é estender os efeitos *erga omnes* a procedimentos típicos do controle difuso clássico que, por sua vez, a cada dia se debilita mais e mais.

8. A comparação entre os modelos europeus evidenciou o fato que a cada dia o Brasil se aproxima mais dos modelos de controlar a lei surgidos no velho mundo, assumindo competências de uma verdadeira Corte Constitucional, através de mecanismos e técnicas de decisão que mais e mais prestigiam o controle concentrado.

Não obstante, foi no direito norte-americano que se buscou a inspiração para instituição do controle de constitucionalidade que, no Brasil, nasceu junto com a República (mais do meio século antes da consolidação dos tribunais constitucionais europeus). Assim, ainda está arraigada a idéia de que a legitimidade para fiscalizar a constitucionalidade da lei pertence ao Poder Judiciário. Por isso, enquanto na Europa a discussão sobre a legitimidade dos Tribunais Constitucionais não é tema que atualmente desperte grande interesse, no Brasil a idéia de um Tribunal como órgão independente de outros poderes (notadamente do Poder Judiciário), ainda causa certo estranhamento.

9. Embora reconheçamos a existência, até o presente, de um sistema misto edificado pela convergência do sistema difuso-concreto com o concentrado-abstrato, devemos verificar que se antes da Constituição de 1988 a verificação de conformidade das normas com a Constituição se dava primordialmente através do controle difuso-concreto; hoje, ao contrário, podemos afirmar que na nova ordem constitucional prevalece o controle concentrado-abstrato, apesar de continuar permitindo que o juiz de primeira instância possa negar a aplicação da lei por entendê-la inconstitucional. Não obstante, como vimos, essa permissão pode ser excluída do direito brasileiro conforme o que venha ser decidido pelo STF na Reclamação 4335/AC.

O certo é que a construção da jurisdição constitucional no Brasil não está acabada sendo que a postura ativista que vem assumindo o STF, indubitavelmente, contribui para sua consolidação como corte constitucional. Mas, também é certo que as teorias neoconstitucionalistas, atualmente difundidas na Europa, ganham grande importância na edificação do modelo brasileiro.

10. A grande variedade das ações prevista no ordenamento constitucional brasileiro, que se destinam tanto à defesa direta quanto indireta da Constituição, nos permite concluir pela busca de um “neoprocessualismo” destinado à aplicação das novas teorias constitucionais que começam a ganhar espaço no cenário europeu e que influem diretamente na construção da jurisdição constitucional brasileira.

11. Por entender o que a fiscalização da constitucionalidade não pode ser encomendada apenas à jurisdição comum ou ordinária, registramos uma proposta para que o STF seja transformado em um verdadeiro e próprio Tribunal Constitucional, assumindo seu verdadeiro papel de exclusivo guardião da Constituição e, principalmente, que sua composição assegure o pluralismo como resultado de uma ação transparente e democrática.

Isso porque é inadmissível que nos dias atuais o STF continue sendo composto por ministros nomeados exclusivamente pelo Presidente da República, já que mesmo que a indicação presidencial deva ser aprovada pelo Senado Federal, faz muito tempo que a coalizão que sustenta o presidencialismo brasileiro representa a maioria absoluta nesta Casa Legislativa, o que conduz à praxe de que o Senado apenas chancele a indicação do Presidente.

O notório saber jurídico que habilita a qualquer pessoa a ser ministro do STF, deveria ser transformado em exigências de comprovada experiência profissional em determinadas categorias, o que por certo dificultaria as indicações motivadas por amizades ou interesse políticos. Além disso, da mesma forma que na Europa, todos os poderes constituídos deveriam participar das nomeações, pois a não ser assim, a única solução democrática seria a de que a Constituição permitisse eleições especiais restritas a determinados grupos da sociedade politicamente organizada, como única forma de acessar ao posto de juiz constitucional. A vitaliciedade do mandato é outra desvantagem no tocante ao modelo europeu<sup>1015</sup>.

### **III. A legislação de urgência se consolidou nos ordenamentos constitucionais comparados como fonte genuína de Direito.**

12. Na história está registrado que governos autoritários usaram e abusaram da decretação de urgência que, assim, passou a ser vista como um instrumento das ditaduras, de aparência autoritária e uma perigosa exceção ao princípio constitucional da separação de poderes. Por esse motivo não é difícil entender a aversão que costuma impregnar os Decretos-leis.

Com a superação do autoritarismo se pensava que o uso abusivo de referidos atos com força de lei fosse naturalmente exterminado nos países democráticos. Todavia, a realidade não correspondeu aos prognósticos.

---

1015 Apenas para ilustrar o tema citamos o caso do último ministro nomeado pelo Presidente Lula (que nomeou oito ministros), Ministro José Antonio Dias Toffoli, que tomou posse em 17 de agosto do 2009 quando ainda não tinha completado quarenta e três anos de idade. Considerando que a aposentadoria compulsória atualmente está fixada em 70 anos, existe a real possibilidade de que o jovem ministro permaneça na Suprema Corte por aproximadamente quase 30 anos.

Do estudo histórico da decretação de urgência, concluímos que a presença do Executivo no processo de elaboração normativa se tornou um dado irreversível no Estado moderno. Assim, para atender às exigências da vida contemporânea e da revolução tecnológica que vivemos, nos parece realmente necessário prover ao Poder Executivo de meios legislativos ágeis e apropriados que permitam a governabilidade.

13. A Constituição democrática italiana de 1948 foi o protótipo no qual se inspirou a Espanha e o Brasil para criarem seus modelos de decretação de urgência. Entretanto, também foi na Itália onde o debate sobre sua natureza jurídica foi mais debatido e aprofundado.

Confrontando o art. 77 da Constituição italiana com o art. 62 da Constituição brasileira, nota-se que há uma similitude enorme entre o *Decreto-legge* de criação italiana, com o instituto criado no Brasil para autorizar ao Governo a editar normas com força de lei. Mas, embora o Constituinte brasileiro tenha se inspirado no paradigma italiano para criar as Medidas Provisórias, deve ser destacado que, ele sim, quis expressamente atribuir ao Governo o “poder” (e não a simples “possibilidade”) de editar “atos” jurídicos com força de lei (e não simples fatos). Esta afirmativa pode ser comprovada pelo artigo 84, inciso XXVI<sup>1016</sup> do texto constitucional aprovado, que expressamente faz remissão ao artigo 62<sup>1017</sup>. A afirmativa também está confirmada pelo art. 59, inciso V /CRFB que inclui a elaboração de Medidas Provisórias (por parte do Presidente da República) dentro do processo legislativo ordinário.

14. A maior diferença entre os decretos-leis europeus, em relação às *medidas provisórias* brasileiras, não está na forma de sua configuração constitucional já que todas as constituições estudadas sofreram, em maior ou menor grau, a influência da Constituição italiana na hora de redigir seus próprios textos.

A discrepância poderia residir no sistema de governo onde se inserem tais atos com força de lei, se considerássemos que no sistema parlamentarista os decretos-leis nascem, presumidamente, com o apoio da maioria parlamentar. Entretanto, na prática, o Presidencialismo brasileiro permite uma colisão tão ampla e irrestrita, fato que resultará também na permissão de amplas “negociações” na busca de uma maioria que traga sustentabilidade às ações governamentais (concretizadas através de uma legislação que só deveria ser posta em prática nos casos de urgência).

A nosso sentir, a única consequência resultante dos sistemas de governo parlamentarista *versus* presidencialista, aplicada no caso da decretação de urgência, está em que, no caso do Brasil, não há previsão de responsabilidade do Governo em relação à edição das *Medidas Provisórias*.

15. Em todas as constituições comparadas estão previstas formas de controle parlamentar sobre o poder legislativo do Executivo. Na Espanha há previsão de uma dupla via de atuação parlamentar, onde está permitido a “convalidação” e a “conversão”. Mas, apesar da divergência doutrinária em torno

1016 “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62”.

1017 “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: (...) V - medidas provisórias;”

do caráter cumulativo ou alternativo da “*doble vía*” parlamentar e, das ilustres opiniões contrárias à posição por nós assumida, entendemos que o prazo de 30 dias conta-se para que, fazendo cessar a provisionalidade do decreto-lei (convalidação), o Congresso possa – ou não - escolher a opção de modificá-lo (tramitação como projeto de urgência para votar sua conversão em lei). Assim, a “dupla via” admitida na Espanha, a nosso juízo, só pode ser alternativa.

16. Por muito significativo que possa ser o controle confiado aos Legislativos, este, em nenhum dos países comparados, se apresentou de forma completamente eficaz porque nele não se obtém a plena convicção de que os Decretos-leis sempre serão editados em total conformidade com a Constituição e, principalmente, dentro dos limites de utilização de tal técnica legislativa. Ao contrário, a praxe demonstrou que Governos que contam com apoio da maioria parlamentar, frequentemente, convertem em lei, Decretos-leis que não observavam os pressupostos habilitantes ou que, inclusive, incorriam em outros vícios tais como: de competência, de procedimento, materiais, etc.

Tão ou mais importante que a defesa das prerrogativas do Parlamento contra as invasões do Executivo, é a garantia dos direitos constitucionais de oposição contra os abusos da maioria, com o objetivo de que a minoria intervenha nas decisões parlamentares contrárias ao Governo.

Para nós, o pronunciamento do Parlamento sobre um Decreto-lei, nos termos estabelecidos pelas Constituições, de nenhuma forma possuirá o efeito de convalidar os vícios imputáveis aos mesmos que, certamente, serão transmitidos às respectivas leis de conversão, que igualmente será afetada pela inconstitucionalidade.

#### **IV – A Jurisprudência Constitucional em tema de legislação de urgência aparece no novo milênio mais atenta às novas teorias constitucionais**

16. Não cabem mais dúvidas de que compete à jurisdição constitucional atuar como órgão de controle do Legislativo e Executivo, quando restar caracterizada a atuação ou omissão inconstitucionais.

É certo que a construção teórica do Estado moderno atribuiu uma função legislativa ao Poder Executivo que a partir do século XX conheceu um primeiro momento de expansão com a quebra do dogma da indelegabilidade do poder de legislar. Mas, o momento atual exige seja dada uma atenção mas grande aos meios de contenção destinados a acautelar e a permitir o controle sobre os abusos da legislação de urgência.

Como todo ato normativo, os atos que dão forma à legislação de urgência devem submeter-se inteiramente à Constituição e, desta forma, ser controlados por seus respectivos guardiães (com destaque para o controle dos pressupostos constitucionais que servem de parâmetro para o exercício regular deste poder extravagante).

17. Em tema do controle da legislação de urgência o Tribunal Constitucional espanhol foi o que, desde início de suas atividades, assumiu sua competência para controlar a cláusula constitucional da “extraordinária e urgente necessidade” não obstante admitir “razoável margem de discricionariedade dos órgãos políticos” na apreciação dos pressupostos habilitantes.

A jurisprudência constitucional da Itália e Brasil ainda vacilariam bastante em admitir o controle sobre os pressupostos habilitantes, o que confere grande importância ao pioneirismo do Tribunal Constitucional espanhol, mesmo que em atitude autorrestritiva a Corte tenha limitado a declaração de inconstitucionalidade diante de situações de evidentes abuso do decreto-lei (com a benevolência do Parlamento); de clara inexistência dos pressupostos habilitantes ou de “patente arbitrariedade na suplantação do legislador por obra do executivo”.

Assentou o Tribunal Constitucional espanhol que, para que se reconheça a existência de referida situação de “extraordinária e urgente necessidade”, é necessário que esta seja explícita e motivada e que exista uma conexão de sentido ou relação de adequação entre a situação definida que constitui o pressuposto habilitante e as medidas adotadas no decreto-lei<sup>1018</sup>, de maneira que estas últimas guardem uma relação direta ou de congruência com a situação que se trata de confrontar<sup>1019</sup>.

Em 2007, a Espanha outra vez inovaria no tema de controle da legislação de urgência, assentando importante doutrina que permitiu concluir que a Jurisdição Constitucional sempre estará atenta aos abusos cometidos no exercício da potestade de legislar: A Corte -que em teoria já havia admitido a possibilidade de controlar a cláusula de “extraordinária e urgente necessidade” de decretos-leis revogados, concretamente, julgou procedente os pedidos de inconstitucionalidade propostos em desfavor do Decreto-lei 5/2002 (*Decretazo de Aznar*) cujas disposições tinham sido revogadas por Lei ordinária promulgada nos termos do procedimento previsto no art. 86.3/CE<sup>1020</sup>. Em março de 2007, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade do decreto argumentando que não estava justificada a urgência que havia alegado o então Governo do PP (STC 68/2007). Mesmo que proferida cinco anos após a edição do decreto-lei e que na prática não surtisse muito efeito, o caráter pedagógico da decisão é incontestável<sup>1021</sup>.

1018 STC 29/1982, FJ 3.

1019 STC 182/1997, FJ 3.

1020 Na época, a imprensa assim divulgou a notícia: *“El Gobierno de José María Aznar sobrepasó los «límites jurídicos» al imponer en la primavera de 2002, vía 'decretazo', la polémica reforma laboral que le valió la única huelga general de sus dos mandatos. Así lo ha resuelto el pleno del Tribunal Constitucional en una sentencia publicada ayer, tras un acuerdo unánime -algo infrecuente en las últimas decisiones del órgano- y sin precedentes de sus doce magistrados, ya que es la primera vez en su historia que anula este tipo de decisiones unilaterales del Ejecutivo por falta de motivación: en este caso concreto, por no justificar la urgencia de dicha medida” (...)* *“Los magistrados del Constitucional estiman que el Consejo de Ministros -como órgano que aprobó el polémico decreto- actuó de forma «abusiva o arbitraria» y sin respetar las «restricciones» legales. Ante esta situación, consideran que no cabe más salida que anular, por «inconstitucional», el referido decreto-ley, sin que esta decisión implique un pronunciamiento sobre la legalidad de los cambios laborales que contenía”* (Cf. El correo digital de 31.03.2007, disponible en: [http://www.elcorreo.com/vizcaya/prensa/20070331/economia\\_viz/constitucional-anula-decretazo-aznar\\_20070331.html](http://www.elcorreo.com/vizcaya/prensa/20070331/economia_viz/constitucional-anula-decretazo-aznar_20070331.html)).

1021 O caráter pedagógico da decisão de 2007 pode ser sentido nas notícias recentemente divulgadas: *“El Gobierno se ‘acordó’ del decretazo inconstitucional de Aznar de 2002: Uno de los motivos -por no decir el principal- que ha llevado al Gobierno de Zapatero a aceptar que el ‘decretazo’ de reforma*

18. O Brasil também avançou consideravelmente no tema de controle dos pressupostos de *relevância e urgência*. Passou da fase de não admiti-lo, para depois admiti-lo em teoria (ainda assim desde que estivesse configurado claramente o abuso ou desvio de poder de legislar em hipóteses excepcionálíssimas) e, por fim, admiti-lo em sede de Medidas Cautelares (ADI - MC 4.048 e 4049, ambas de 2008). Até hoje não houve o controle dos pressupostos constitucionais em sede de controle principal, i.e., ações diretas. Mas, de qualquer forma, se observa uma crescente evolução nas decisões do STF sempre atenta às inovações das Cortes europeias.

19. Será na Itália, onde a recente evolução da jurisprudência constitucional vem ganhando destaque no tocante a dois aspectos: a) Afasta a antiga orientação firmada no sentido de que a Corte Constitucional não poderia exercer seu controle sobre os pressupostos de necessidade e urgência dos *decreti-legge* (SCC 171/2007); b) Afirma a possibilidade de exercício de tal controle, tanto sobre o próprio *decreto-legge*, como sobre a lei de conversão (SCC 128/2008).

20. Entre todos os temas que no corpo de trabalho destacamos como objeto de controle pela jurisdição constitucional, o mais significativo é o controle dos pressupostos habilitantes que limitam o poder de ditar Decretos-leis. Menosprezá-lo significa uma ofensa às próprias Constituições na parte que conferem limites a potestade legislativa do Governo, como forma de partilha de competências em uma sociedade pluralista. Não obstante, entendemos que o controle jurisdicional deve ir além dos contornos até agora conferidos pelos tribunais constitucionais.

Admitir que o controle se estenda a lei convertida representa um significativo avanço da jurisdição constitucional. Equivale a reconhecer que a conversão do Decreto-lei em lei por parte do Parlamento, não convalida por si mesmo os vícios eventualmente existentes na decretação de urgência. Assim, a impugnação da norma, quando estiver viciada, poderá dar-se quando estiver revestida da forma de *decreto-legge*, como quando já estiver transformada em lei do Parlamento.

21. A evolução da jurisprudência constitucional registrada no Capítulo IV permite a conclusão de que a valoração discricional do Chefe do Executivo na hora de exercer sua competência legislativa e, inclusive o controle político

---

*laboral se tramite como proyecto de ley, ha sido que han caído en la cuenta de lo que ocurrió en 2002 cuando el decretazo de la reforma laboral que impulsó José María Aznar y que dio origen también a una huelga general convocada por CCOO y UGT. El propio PSOE presentó un recurso de inconstitucionalidad al decreto que fue ganado años después. (...) La sentencia del recurso tardó varios años en salir a la luz. En marzo de 2007, finalmente, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el decreto argumentando que no estaba justificada la urgencia que alegó entonces el Gobierno del PP, por lo que las medidas aprobadas quedaron sin efecto. La sentencia sienta un inquietante precedente, por lo que ahora el Gabinete de Zapatero se lo ha pensado dos veces, decidiendo que se tramite como proyecto de ley y no traguen de su misma 'medicina'”* (Cf. *Diariocrítico.com* de 15.06.2010, disponible en: <http://www.diariocritico.com/2010/Junio/exclusivo/213522/aznar-decretazo-gobierno-reforma-laboral.html>).



realizado pelo Parlamento na hora da conversão, não exclui o controle jurisdicional que deve ser exercido pela Jurisdição constitucional, o que para nós **situa as Cortes Constitucionais como o principal órgão de controle da legislação de urgência.**

22. Já destacamos que a forma mais eficaz para racionalizar a atividade legislativa do Executivo será sua completa regulação constitucional. E assim o é porque a Constituição não é somente a norma de maior valor hierárquico do ordenamento jurídico (*lex superior*). É principalmente, o conjunto de normas que regula o processo formal de criação das demais normas jurídicas, estabelecendo os valores, princípios e limitações para o conteúdo da legislação infraconstitucional<sup>1022</sup>.

Entretanto, o problema da produção da legislação de urgência é de maior proporção. O sistema parlamentarista está baseado na confiança, já no caso do Brasil, ao organizar o Estado, a Constituição estimulou uma coalizão entre Executivo e Legislativo que não encontra limites nem mesmo no texto constitucional. Disso resulta que a base parlamentar que forma a maioria necessária para a aprovação da Medida Provisória “X” e sua conversão em lei, pode não ser necessariamente a mesma base parlamentar (ou a maioria) que aprovará e converterá a Medida Provisória “Y” em lei. Em outras palavras: o Governo presidencial tem amplos poderes de “negociações” e até mesmo de conluio com o Legislativo para uma atuação conjunta, atuação esta que o dogma da divisão de poderes não conseguiu impedir.

Como vimos, houve um tempo no Brasil no qual até mesmo o Poder Judiciário (entenda-se o STF) aliou-se<sup>1023</sup> aos outros Poderes quando se omitiu de seu dever precípuo de controlar a constitucionalidade das Medidas Provisórias. A fraude à constituição era evidente.

Assim, em nossa visão, o problema dos excessos legislativos cometidos através das Medidas Provisórias não está em uma suposta violação do princípio da divisão dos poderes por parte do Executivo. Isso porque os abusos são maiores quando Executivo e Legislativo se juntam. A consagrada idéia de que ao poder se impõe o próprio poder como limitação que citamos na epígrafe deste capítulo, não resolveu até hoje o problema surgido na praxe brasileira de os Poderes decidirem em conjunto. Tampouco resolveu as arbitrariedades cometidas pela maioria nos sistemas parlamentaristas.

---

1022 Assim em: QUEIROZ, Cristina. Interpretación constitucional e poder judicial. Coimbra: Coimbra Editora/RT, 2000.

1023 O termo é de Paulo BONAVIDES quando retrucou a acusação do ministro Celso Mello (no jornal Folha de S. Paulo. p. 8, domingo, 11 abr. 1999.) de que o Presidente da República havia se transformado no maior legislador do país. Disse então o professor brasileiro: “Não disse, porém, o Ministro, que o Supremo tem sido aliado e cúmplice do Executivo, quando este reeditou para escândalo do meio jurídico centenas de Medidas Provisórias e aquele, não obstante haver sido provocado, nunca lhes declarou a inconstitucionalidade. Consentiu prevalecesse tão ominoso processo de burla e fraude da Constituição, o qual, inumeráveis vezes, golpeou e feriu o princípio da separação de Poderes e conveli a legitimidade das instituições e do regime”. (Cf. “Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil” Revista da Escola da Magistratura do RN. Vol. 7, nº. 1, 2008.

Não nos parece sensato insistir no erro de pretender que o controle do Legislativo seja o bastante para coibir os abusos do “Governo legislador”. Mas esta não é uma afirmativa que somente valha para o caso do presidencialismo brasileiro. Também está mais que provado que nos países que adotaram o parlamentarismo, como é o caso da Itália, o controle parlamentar tampouco evitou os conluios para fraudar o poder de legislar, transpondo seus limites.

Assim, sempre atuais as idéias expostas pelo Tribunal Constitucional espanhol para os casos dos abusos cometidos em tema de legislação de urgência com a benevolência do Parlamento. Entendemos que os tribunais devem assumir para si a tarefa de efetivamente controlar todos os tipos de abusos (incluindo os políticos).

É certo que a tarefa de controlar referidos abusos exigirá a utilização de conceitos sobre os quais também se ocupa a Ciência Política tais como coalizão, maioria e minoria, grupos de pressão, oposição, etc. Entretanto, não pretendemos aqui retornar à velha discussão sobre a legitimidade das Cortes constitucionais para decidir o que é político.

O desafio atual é o desenvolvimento de técnicas que evitem a manipulação da legislação de urgência por todas as formas de poder que ela alimenta, o que compromete a legitimidade do Direito e da Constituição, que só permanecerá legítima enquanto seus limites forem respeitados. Erigir à categoria de princípio ou de valor supremo o controle constitucional dos conluios entre Governo e Parlamento que assumem a forma de coalizões (o qual quer seja a forma que se apresente) e definir seus contornos é tarefa a ser enfrentada realizada pelas novas teorias do Direito Constitucional, já que o princípio da separação de poderes não foi suficiente para evitar o problema.

Cabe, assim, aos neoconstitucionalistas, apresentar as soluções para este problema tão básico, mas que, a cada dia, se apresenta mais complexo no Estado Constitucional contemporâneo.

## BIBLIOGRAFIA

ACOSTA SÁNCHEZ, José. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional – Fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

ALEXY, Robert. “Los Derechos Fundamentales en el Estado Democrático”. En: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_. En: Entrevista con Manuel Atienza. *Revista Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho – Universidad de Alicante)*, nº 24, 2001.

ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac M. *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Vol. I. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 2008.

ALVES CORREIA, Fernando. “A justiça constitucional em Portugal e Espanha. Encontros e divergências”. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3891.

ALZAGA VILLAMIL, Oscar; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio; RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge. *Derecho Político español según la Constitución de 1978*. Tomo I: Constitución y fuentes del derecho. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999.

ANGIOLINI, Vittorio. “La 'reiterazione' dei decreti-legge. La Corte censura i vizi dei Governo e difende la presunta virtù dei Parlamento?” En *Diritto Pubblico*, n. 1.

AMARAL JUNIOR, José Levi de Mello. *Medida Provisória e sua conversão em lei. A Emenda Constitucional n.º 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ARAGÓN REYES, Manuel. “Comentario al artículo. 161”. En: ALZAGA VILLAMIL, Oscar (Dir.). *Comentarios a la Constitución de 1978*, t. XII. EDESA, 1999.

ARENDT, Hannah. *Sobre la revolución*. Versión española de Pedro Bravo. Madrid: Alianza Editorial, 1988.

ARINOS, Afonso. *O constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*. Introdução; prefácio de Fernández Mathias de Souza, Carlos, Ed. Fac-similar – Coleção História Constitucional brasileira, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

ASENSI SABATER, José. *Constitucionalismo y Derecho Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, Ignacio. "Teoría y práctica del Decreto-Ley en el Ordenamiento español". *RAP*, nº 106, 1985, pp. 97-170.

AYRES NEVES DE ALENCAR, Ana Valdez. "O Senado na estrutura constitucional brasileira". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Año 15, nº 57, ene-mar, 1978.

BADIA, Gilbert. *Historia de Alemania contemporánea*. Tomo I: 1917-1932. Traducción directa del francés de ANALIA CÁRDENAS. Buenos Aires: Editorial Futuro S.R.L., 1964.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco *et al.* *Derecho Constitucional*. Vol. I, Madrid: Tecnos, 1999.

BALEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Ésse Outro Desconhecido*. Rio de Janeiro, Forense, 1968.

BALDASSARE, Armato; SALVI, Franco. "La decretazione d'urgenza". *Democrazia e diritto*. 1981.

BAUDREZ, Maryse *et alii.* *I Decreti-legge non convertiti*. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

\_\_\_\_\_. "Perfil constitucional das medidas provisórias." *Revista de Direito Público*. Año 23, nº 95. São Paulo, 1990, pp. 28-32.

BARBERA, Augusto y FUSARO, Carlo. *Corso di diritto pubblico*. Bologna: Il mulino, 2001.

BARBERIS, Mauro. "Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral". En CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

BARBOSA, Rui. "O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira". *Escritos e Discursos Seletos*. Rio de Janeiro: Aguilar, 1995.

BARCELAR GOUVEIA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, vol. II. Coimbra: Almedina: 2005.

BARILE, Paolo. "Poteri del presidente della repubblica". En *Scritti di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1967

BARROS CARVALHO, Paulo de. "Medidas Provisórias". *Revista de Direito Público*. São Paulo, RT, nº 96, pp. 143-147, oct/dic. 1990.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 5ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BENDA, Ernst, *et al.* *Manual de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.

BENVENUTI, Feliciano. "Controllo mediante richiesta di riesame". En *Riv. trim. dir. Pubbl*, 1954.

BERGMANN AVILA, Humberto. *Medidas Provisórias na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

BERMUDO ÁVILA, José Manuel. En Introducción a la obra de CONDILLAC, Étienne Bonnot. *De las Leyes*. Granada: Editorial Comares, 2000.

BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. 5ª ed. *Diritto Costituzionale*. Torino: Giappichelli Editore, 2004.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 1973.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional constitucionalidade das leis*. (actualizado por José Aguiar Dias) Brasília: Ministério da Justiça, 1997 (*Edição fac-simile* de: 2ª. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1968).

BLANCO DE MORAIS, Carlos. *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (editor), 2009.

\_\_\_\_\_. "Justiça Constitucional", Tomo I. 2ª Edição. *Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. *Justiça Constitucional*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Diccionario de Política*. Traducción al español de Martí Soler. Madrid: Siglo Ventiuno de España, 1988.

\_\_\_\_\_. *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi, 1984, 1991 y 1995 (Saggi 281). Edición brasileña: Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992.

\_\_\_\_\_. *As Ideologias e o Poder em Crise*. 4ª ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995, Parte 5 – *O mau governo*.

BOCCALATTE, Silvio. *Tra norma e realtà: riflessioni sulla motivazione del decreto-*

*legge alla luce della sentenza n. 171/2007*. Disponible en: [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) [Última fecha de consulta: 28.12.2009].

BOECHAT RODRIGUES, Lêda. *História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

BOGNETI, Giovanni. *Lo spirito del costituzionalismo americano. T. I . La costituzione liberal*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998.

BONAVIDES, Paulo. “García-Pelayo e o Estado Social dos países em Desenvolvimento: o caso do Brasil”. En: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo [et al]. *Constitución y constitucionalismo hoy: Cincuentenario del Derecho Constitucional comparado de Manuel García-Pelayo*. Caracas: Fundación García-Pelayo, 2000.

\_\_\_\_\_. “Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil”. *Revista da Escola da Magistratura do RN*. Vol. 7, nº 1, 2008.

\_\_\_\_\_.BONINI, Francesco. *Storia della Corte Costituzionale*. Roma: Carocci, 1996.

BROSSARD, Paulo. “O Senado e as leis inconstitucionais”. En: *Revista do Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, vol. 13, nº 50, pp. 55-64, abr./jun., 1976.

BURKE, Edmund, *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*. Traducción al español de Enrique Tierno Galván. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954.

BUZUID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

BUZUID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CANAS, Vitalino. *Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional*. Cognition, Lisboa, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

\_\_\_\_\_. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed., reimp. Traducción de Aroldo Plínio Gonçalves y revisión de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_. “Gustavo Zagrebelsky, juez constitucional”. *Estudios constitucionales*, Santiago, vol. 6, nº 2, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid. Editorial Trotta, 2007.

CARDOSO DA COSTA, Jose Manuel M. "El tribunal constitucional portugués: origen histórico". *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núms. 60-61. abril-septiembre, 1988.

CARMONA CONTRERAS, Ana M. *La configuración constitucional del decreto-ley*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. "Algunas reflexiones sobre la urgente necesidad". *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. 96. abril-junio 1997, pp. 259.

\_\_\_\_\_. "Il decreto-legge in Spagna: configurazione costituzionale e prassi", en el Congreso "*L'emergenza infinita. Attualità e prospettive della decretazione d'urgenza*", realizado en Macerata el 2004. Disponible en: <http://www.dirittopubblicomc.org/relazioni/carmona.pdf>. [Última fecha de consulta: 24.6.2009].

CARNEVALE, Paolo. "Il vizio di "evidente mancanza" dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n.º. 171 del 2007". En: *Giur. It.*, 2007, 2675.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 18ª ed. Revista e ampliada até a Emenda Constitucional n.º 38/2002, São Paulo, Malheiros, 2002.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoría general del Estado*; versión española de José Lión Depetre. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1948.

CARRILLO; Marc. 'Stop' al abuso del decreto ley. EL PAÍS de 20/04/07. Disponible en: <http://www.almendron.com/tribuna/>. [Última fecha de consulta: 24.06.2009].

CASTRO NUNES, José de. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder publico*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980 (edición actualizada por José de Aguiar Días).

CELLOTO, Alfonso. *L' "abuso" del decreto legge*. Vol. I. Padova: Cedam, 1997.

\_\_\_\_\_. *C'è sempre una prima volta... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*. Disponible en: <http://www.giurcost.org/studi/celotto2.htm>. [Última fecha de consulta: 28.12.2009].

\_\_\_\_\_. "Decreto-legge e governo (nella XIV legislatura)". En: *L'emergenza infinita. Attualità e prospettive della decretazione d'urgenza*. Disponible en: <http://www.dirittopubblicomc.org/relazioni/celotto.pdf>. [Última fecha de consulta: 31.12.2009].

CERQUEIRA, Marcelo. *A Constituição e o direito anterior: o fenômeno da recepção*. Brasília: Câmara dos Deputados. Coordenação de Publicações, 1995.

CERRI, Augusto. "Lo stylus iudicandi della Corte costituzionale italiana: spunti e rilievi provvisori su alcune modalità interpretativo-argomentative del giudizio di costituzionalità delle leggi". En: *Studi in memoria di G. Gorla*, Milano: Giuffrè, 1994.

CHELI, Enzo. "L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principale ordinamento occidentali". En: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Anno IX. Milano: Giuffrè, 1959.

CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias: o regime jurídico constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 1996.

CHINNI, Danielle. *Un passo avanti (con salto dell'ostacolo) nel sindacato della Corte Costituzionale sui presupposti della decretazione d'urgenza*. Disponibile en: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/giurisprudenza/decisioni2/autori/chinni.html>. [Última fecha de consulta: 28.12.2009].

CICCONETTI, Stefano Maria. "La reiterazione dei decreti legge". En: *Politica del diritto*, 1995, 383-392.

\_\_\_\_\_. *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*. Disponibile en: [http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia\\_costituzionale/cicconetti.html](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia_costituzionale/cicconetti.html). [Última fecha de consulta: 03.04.2010].

COMANDUCCI, Paolo. "Interpretazione della costituzione". En: *Assagi di metaética due*. Torino: Giappichelli, 1998, pp. 97-123.

\_\_\_\_\_. "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 75-98.

CORWIN, Edward S. *Constituição Norte-Americana e Seu Significados Atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

CICCONETTI, Stefano Maria. *Lezioni di giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2001.

CONDILLAC, Étienne Bonnot. *De las Leyes*. (Introducción y traducción al español de José Manuel Bermudo Ávila). Granada: Editorial Comares, 2000.

CONSTANT, Benjamin. *Escritos políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 21-22. Estudio preliminar, traducción y notas de María Luisa Sánchez Mejía.

\_\_\_\_\_. *Escritos de Política*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

COTTA, Maurizio. "Parlamento". En: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. *Diccionario de Política*. Madrid: Siglo veintiuno de España editores, 1983.

CRISAFULLI, Vezio; PALADÍN, Livio. (dir) *Commentario breve alla Costituzione*. Padova: Cedam, 1990.

\_\_\_\_\_. *Lineamenti di diritto costituzionale*. Padua, vol. II, parte 2, 1984.

CROSA, Emilio. *Corso di diritto costituzionale*, Parte II. Torino: Giappichelli, 1950.



CRUZ VILLALÓN, Pedro: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.

\_\_\_\_\_. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1987.

DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

DI CELSO, Manlio Mazzioti y SALERMO, Giulio M. *Manuale de Diritto Costituzionale*, Padova: Cedam.

DI CIOLO, Vittorio. *Questione in tema di Decreti legge*. Milano: Giufrè, 1970.

DICKMANN, Renzo. *Il decreto-legge come fonte del diritto e strumento di governo*. Disponible en: [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it). [Última fecha de consulta: 28.12.2009].

DIEZ-PICAZO, Luis María. "Concepto de Ley y tipos de Ley". *REDC*. Año 8. núm. 24. septiembre-diciembre, 1988, pp. 47-93.

\_\_\_\_\_. "Actes législatifs du gouvernement et rapports entre les pouvoirs: l'expérience espagnole". *Revue française de droit constitutionnel* nº 32. [Titre Légiférer par décrets?] 1997.

DUGUIT, Léon. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Presentación y traducción, Pablo Pérez Tremps. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

DUVERGER, Maurice. *Droit Public*, Paris, 1957.

\_\_\_\_\_. *Elements de Droit Public*, Themis, París, 1995.

DWORKIN, Ronald M. *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1999.

ESPOSITO, Carlo. *Enciclopedia del Diritto*. Voce: "Decreto-Legge". Milano: Giuffré Editore, 1962.

ESTÉVES ARAÚJO, José A. *La crisis del estado de derecho liberal: Schmitt en Weimar*. 1ª ed. Barcelona: Ariel, 1989.

FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Versión española de Marc Carrillo. Barcelona: Ariel, 1994.

\_\_\_\_\_. *Droit Constitutionnel*. 4ª ed. París: Dalloz, 2001.

\_\_\_\_\_. "El Bloque de la Constitucionalidad". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, 1990, pp. 45-68.

FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

FERNADEZ SEGADO, Francisco. "El control de constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su génesis en el pasado siglo". En MIRANDA, Jorge. *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 965 y ss.

\_\_\_\_\_. *La giustizia costituzionale nel XXI secolo (il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano) – La justicia constitucional ante el siglo XXI (la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano)*, n° 5 della Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series, Bologna: Libreria Bonomo editrice, 2003.

\_\_\_\_\_. *La justicia constitucional, una visión de derecho comparado*, Madrid: Dykinson, 2009.

\_\_\_\_\_.

FERRAJOLI, Luigi. *La ley del más débil*. Versión española de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi. Madrid: 2001.

\_\_\_\_\_. "Pasado y futuro del Estado de Derecho". En: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*. Madrid: Alianza Editorial, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "As medidas provisórias com força de lei". *Repertório IOB de Jurisprudência, Caderno Tributário e Constitucional*. São Paulo, marzo, 1989.

\_\_\_\_\_. *Do processo legislativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. "A Disciplina Constitucional das Crises Financeiras". *RDA*. Rio de Janeiro: FGV, jul.-dic., 1990, p. 35.

FERREIRA MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Controle de constitucionalidade. Caderno de Direito Constitucional – Módulo V, do Currículo Permanente, organizado pela Escola da Magistratura Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Porto Alegre: 2006. p. 49. Disponible en: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagisprogursos/ccp5gilmarferreiramendes.pdf> . [Última fecha de consulta: 8.2. 2007].

\_\_\_\_\_. Discurso pronunciado en México en la VII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discMerida.pdf>. [Última fecha de consulta: 18.11.2009].

\_\_\_\_\_. "Legitimidade e perspectiva do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil". En *Crise e Desafios da Constituição*, coord. José

Adércio Leite Sampaio, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.257-268.

\_\_\_\_\_. *O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas*. Disponible en: <http://br.geocities.com/profpito/oefeitovinculantegilmar.html>. [Última fecha de consulta: 18.02.2008].

\_\_\_\_\_. GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. MARTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. “Medidas Provisórias: Natureza jurídica” *RTDP*, nº 1, São Paulo, 1993, pp. 151-156.

FERRERES COMELLA, Victor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. *A medida provisória na Constituição*. São Paulo: Atlas, 1991.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. “Recurso de amparo frente a violaciones por actos de los poderes públicos”. *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. Año VI. Número 1233. 08/07/1985.

\_\_\_\_\_. “Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad (Art. 55,2 de la LOTC)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 21, Madrid, 1987. (Publicado también en el número 3 de la Revista Venezolana de Derecho Constitucional, Caracas, Venezuela, 2001)

\_\_\_\_\_. “Tutela judicial efectiva y sistema constitucional de fuentes del derecho”. *Revista del Poder Judicial*, número 23, Madrid, 1991.

\_\_\_\_\_. “La incidencia positiva el Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm. 81. Julio-Septiembre 1993. (Publicado también en el número 1 de la Revista Venezolana de Derecho Constitucional, Caracas, Venezuela, 2000. Y en el libro homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita “Simposio Internacional sobre Derecho del Estado”, Tomo II. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993).

\_\_\_\_\_. “Consideraciones sobre el gobierno de legislatura en el sistema parlamentario español”. *Temas de Derecho Público*, núm. 47, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1997.

\_\_\_\_\_. *El Recurso de Amparo: estado de la cuestión*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001.

\_\_\_\_\_. “El control de la Constitucionalidad de los actos parlamentarios”. *Revista Colombiana de Derecho Constitucional*, vol. 7. Medellín-Colombia: 2001;

(También publicado en *Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Durango*, números 57 y 58, Durango 2001, y también en Revista "Reforma Judicial" número 1, *Revista Mexicana de Justicia*, enero-julio de 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM).

\_\_\_\_\_. *Luces y sombras del Tratado Constitucional Europeo*. Madrid: Dykinson, 2006.

\_\_\_\_\_. "Nuevas tendencias del Derecho Constitucional en Europa". En: *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*. Pedro Torres Estrada. (Compilador). México: Instituto Tecnológico de Enseñanza Superior de Monterrey. Editorial Limusa S.A.; Noriega Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. "Novas tendências do Direito Constitucional na Europa". Versión brasileña de Maria Auxiliadora Castro e Camargo. *Revista de Informação Legislativa*. Año 44. nº 174. Brasília: Senado Federal, abril-junio, 2007.

\_\_\_\_\_. Voz: "El Bloque de la Constitucionalidad". En: *Diccionario Plurilingüe de los Derechos y Libertades del Espíritu. Estudio de Derecho Europeo Comparado*. Universidades de Bristol y Oxford-Brookes, Marburgo, Salamanca, y Poitiers. Bajo la dirección de Céline Lageot y Jean Pierre Dionnet. L.G.D.J.-MANZ-BRUYLANT, 2008.

\_\_\_\_\_. "El control político en el Derecho Comparado". En: J.L.PRADO MAILLARD (editor); A.FIGUERUELO BURRIEZA; G.J. ENRÍQUEZ FUENTES; M.G. NÚÑEZ TORRES (Directores). Granada: Editorial Comares, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Versión española de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FIX ZAMUDIO, Héctor, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año 1, nº 1 (enero-abril de 1968), pp. 92-93.

\_\_\_\_\_. *Veinticinco años de la evolución constitucional 1940-1965*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1968, pp. 9-18.

FREJDA SZKLAROWSKY, León. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991, p. 172; SILVA VELLOSO, Carlos Mário. "Delegação Legislativa e Legislação por Associações". *RDP*, nº 92, oct-dic, 1989. São Paulo: RT, 1989.

FUENTESECA, Pablo. *Lecciones de historia del derecho romano*. Salamanca: Talheres Gráficos Imprenta NUÑEZ, 1970.

GARCÍA BELAUNDE, Domingos; FERNANDEZ SEGADO, Francisco (coordinadores). *El sistema constitucional en España*. Madrid: Dikinson, 1992.

\_\_\_\_\_. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997.

GARCÍA DE ENTERÍA, Eduardo. "El valor normativo de la Constitución Española de 1978". En VV.AA. *Constitución y Constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*. Caracas: Fundación García-Pelayo, 2000, pp. 67-91.

\_\_\_\_\_. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 2001.

\_\_\_\_\_. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 1999, reimpresión 2000.

\_\_\_\_\_; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurélio. *El Derecho, la Ley y el Juez*. Madrid: Civitas, 1979.

\_\_\_\_\_; RAMÓN FERNANDEZ, Tomás. *Curso de derecho administrativo*. 14ª ed., Cizur Menor (Navarra) : Thomson Civitas, 2008.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*, Sao Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de Partidos*. Madrid: Alianza, 1986.

\_\_\_\_\_. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

\_\_\_\_\_. División de poderes. En: GONZALES ENCINAR, José Juan; NOHLEN, Dieter. *Diccionario del Sistema Político Español*, Madrid: Akal Editores, 1984.

GARRORENA MORALES, Ángel. "Artículo 164. Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional". En: *Comentarios a la Constitución española de 1978*. t. XII (dirigidos por Óscar Alzaga Villamil). Madrid: Edersa/Cortes Generales, 1999.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 41. mayo- agosto, 1994.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*, 5ª ed. Coimbra: Ameldina, 1991.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

GOMEZ-FERRER MORANT, Rafael. "Relaciones entre Leyes: competencia, jerarquía y función constitucional". *Revista de Administración Pública*. Núm. 113. mayo-agosto, 1987, pp. 7-38.

GONZALEZ LASO, ANTONIO. En: PLATÓN. Introducción a la versión española de *El Político*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955.

GRAU, Eros Roberto. “Medidas Provisórias na Constituição de 1988”. *Revista dos Tribunais* nº 658. São Paulo, ago-1990, pp 240-242.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRECO, Marco Aurélio. *Medidas provisórias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

GROPPI, Tania. “¿Hacia una justicia constitucional "dúctil"? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”. Traducción de Miguel Carbonell. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie Año XXXVI. Número 107 mayo-agosto. Año 2003, pp. 481-504.

GUASTINI, Ricardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli, 1990.

\_\_\_\_\_. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico. En: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GUAZZAROTTI, Andrea. *Il rigore della Consulta sulla decretazione d’urgenza: una camicia di forza per la politica?* Disponible en: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). [Última fecha de consulta: 28.12.2009].

HAURIOU, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ediciones Ariel, traducción de José Antonio González B., Barcelona, 1970

HEREDIA MOYANO, Hugo A. *Historia Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1955.

HOBBS, Thomas. *Leviatán: la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*; Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo. Madrid: Alianza, 1996.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. “Ley”. En: GONZALES ENCINAR, José Juan; NOHLEN, Dieter (directores). *Diccionario del Sistema Político Español*. Madrid: Akal Editores, 1984.

KELSEN, Hans. *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Selección y presentación de Juan Ruiz Manero. Madrid: Debate, 1988.

\_\_\_\_\_. “La garanzia giurisdizionale della costituzione”. *La giustizia costituzionale*. (Collana: Civiltà del diritto). Milano: Giufrè, 1981.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes/UNB, 1990.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. *Fuentes del Derecho*. Bilbao: LETE, 2007.

LAVAGNA, Carlo. *Istituzioni di Diritto-Pubblico*. 6ª ed. Torino: UTET, 1985.

\_\_\_\_\_. *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della "manifesta infondatezza"*. Milano: Giuffrè, 1957

LENK, Kurt; NEUMAN, Franz. *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*. Barcelona: Anagrama, 1980.

LIMA LOPES, José Reinaldo. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOCKE, John. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Ed. Aguilar, 1969.

\_\_\_\_\_. *Segundo Tratado del Gobierno Civil*. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

LOPES MEIRELLES, Hely. *MANDADO DE SEGURANÇA. Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Hábeas Data", Ação direta de inconstitucionalidade, Ação declaratória de constitucionalidade e Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, 26ª edição, 2ª tiragem. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes São Paulo: Malheiros, 2004.

LÓPEZ GARRIDO, Diego; MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco; PEGORARO, Lucio. *Nuevo Derecho Constitucional Comparado* (Directores). Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

MACHADO CAMPINHO, Lúcio. *Efetividade constitucional via mandado de injunção*. Disponível en: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/LucioCampinho.pdf>.

MACHADO HORTA, Raul. "Medidas Provisórias". *Revista de Informação Legislativa* n. 27. Brasília: Senado Federal, jul./sept. 1990.

MALHEIROS FIUZA, Ricardo Arnaldo. *Direito Constitucional Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MANIN, Bernard. *Los principios del Gobierno representativo*. Madrid: Alianza editorial, 1998.

MANSO SEQUEIRA OVIDIO RODRIGUES, Ana Cláudia. "A medida provisória e seu controle abstrato de constitucionalidade". *Estudos de Direito Público*. Brasília: Brasília Jurídica e UNB, 2000.

MARTÍN DE LA VEGA., Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2003

MATTEUCCI, Nicola. *Positivismo Giuridico e Costituzionalismo*. Bologna: Il Mulino, 1996.

\_\_\_\_\_. *Organización del Poder y Libertad. Historia del constitucionalismo*

*moderno*. (Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira). Madrid: Trotta, 1998.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MENEZES DUARTE, Leila. *Direitos Políticos na formação do Estado Brasileiro. A influência do pensamento de Benjamin Constant na Constituição de 1824*. Disponible en: <http://www.rj.anpuh.org/resources/rj/Anais/2006/conferencias/Leila%20Menezes%20Duarte.pdf>. [Última fecha de consulta: 06.05.2010].

MENEZES NIEBUHR, Joel. *O Novo Regime Constitucional da Medida Provisória*. São Paulo: Dialética, 2001.

MENY, Yves. “El proceso legislativo en Francia”. Traducción al castellano de HELENA MOYA. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 6. Núm. 16. enero-abril, 1986.

MERLIN CLÈVE, Clèmerson. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MOLAS, Isidre. *Derecho Constitucional*. Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O Espírito das leis*. Traducción y notas de Pedro Vieira Mota. 4ª ed. São Paulo: 1996.

\_\_\_\_\_. *Del espíritu de las leyes*. Versión española con Introducción de Enrique Tierno Galván y traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Madrid: Tecnos, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional: breves notas comparativas sobre a estrutura do supremo tribunal federal e a corte suprema norte-americana*. Disponible en: <http://www.justicavirtual.com.br/artigos/art60.htm>. [Última fecha de consulta: 19.02.2008].

MORTATI, Costantino. *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*. Milano: A. Giuffrè, 1964.

\_\_\_\_\_. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Tomo II. Padova: Cedam, 1976.



\_\_\_\_\_. *La Constitución en sentido material*, CEPC, Madrid, 2000, con epílogo de Gustavo Zagrebelsky.

MONREAL, Antoni; VEGA GARCÍA, Pedro de; PORTERO MOLINA, J.A. *La división de Poderes: el Poder Legislativo*. Barcelona: Institut de Ciències Politiques i Socials; [Lérida]: Universitat de Lleida, 1998.

NUNES DE ALMEIDA, Luis. "O Tribunal Constitucional e o conteúdo, a vinculatividade e os efeitos das suas decisões". En: M. Baptista Coelho, Portugal – *O Sistema Político e Constitucional*, 1988.

NÚÑEZ TORRES, Michael. *La capacidad legislativa del Gobierno desde el concepto de institución*. México: Editorial Porrúa, 2006.

OLIVEIRA, Mauro Maurício. *Fontes e Informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987. Quais são, onde busca-las e como usa-las*. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987.

\_\_\_\_\_. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. 10ª impresión. Barcelona: Ariel, 2007.

OTHON SIDOU, José Maria. *Do mandado de segurança: sua gênese - sua posição no quadro jurídico brasileiro - seu novo processo*. Recife: Cambio, 1952.

\_\_\_\_\_. *Hábeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, hábeas data, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PALADÍN, Lívio. "Decreto-legge" (voz). En *Novissimo Digesto italiano*, Turín, 1960, p. 290.

\_\_\_\_\_. *Diritto Costituzionale*. Padova: CEDAM, 1995.

\_\_\_\_\_. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. Padova: CEDAM, 1989

\_\_\_\_\_. "In tema di decreto-legge". *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año VIII, nº 1, ene./mar., 1958.

\_\_\_\_\_. "Actes législatifs du gouvernement et rapports entre les pouvoirs: l'expérience italienne". *Revue française de droit constitutionnel*, nº 32, [titre Légiférer par décrets ?], 1997, pp. 693-711.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: Conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

PATERNITI, Francesco. *Dalla astratta sindacabilità al concreto sindacato del decreto legge privo dei presupposti costituzionali: la Corte Costituzionale passa alle vie di fatto*. Disponible en: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). [Última fecha de consulta: 28.12.2009].

PEGORARO, Lucio. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Torino: Giappichelli, 1998.

\_\_\_\_\_. *Le fonti nel diritto comparato*. Torino: Giappichelli Editore, 2000.

\_\_\_\_\_. *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*. Versión española de Marta León Alonso, Madrid: Dykinson, 2004.

\_\_\_\_\_. ["Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos"](#). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N.º. 2, 2004, pp. 131-158.

\_\_\_\_\_. "A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional". Traducción al portugués de Maria Auxiliadora Castro e Camargo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Año 42, n.º 165, enero-mar, 2005, pp. 59-76.

\_\_\_\_\_. *I trent'anni della Costituzione portoghese. Originalità, recezioni, circolazione del modello. Os trinta anos da Constituição Portuguesa. Originalidade, circulação e recepção do modelo*. Bologna: Libreria Bonomo, 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_ "A Justiça Constitucional no quadro do constitucionalismo contemporâneo". Versión brasileña de Maria Auxiliadora Castro e Camargo. En: ALMEIDA FILHO, Agassiz, PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. (org.) *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 430-451.

PEREIRA DOS SANTOS, Brasilino. *As Medidas Provisórias no Direito Comparado e no Brasil*. Ltr Editora, São Paulo, 1994.

PÉREZ GALLEGO, Roberto. "Constitución, derecho y poder judicial en la República de Weimar (Alemania 1919-1933). A propósito del 80º aniversario de la Constitución de Weimar". En: *Jueces para la Democracia*. N.º 34. Madrid: Edisa, 2000, pp. 56-67.

PÉREZ-ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 8ª ed. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2002.

\_\_\_\_\_. *Las fuentes del Derecho*. (Col. "Temas Clave de la Constitución Española"). Madrid: Editorial Tecnos, 1984.

\_\_\_\_\_. "La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno" en: ALONSO GARCÍA, Enrique [et al]. *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*. Barcelona: Universidad de Barcelona. Cátedra de Derecho Político, Jornadas de Estudios Constitucionales, 1984.

PICANÇO, Melchiades. *Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1937.

PIETRO SANCHÍS, Luis. "Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial". En: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 123-158.

PINELLI, Cesare. "Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana". *Rivista Diritto Pubblico*. N° 2, 2009, pp. 317-338.

PITRUZZELLA, Giovanni. *La legge di conversione del decreto legge*. Padova: Cedam, 1989.

PIZA ROCAFORT, Rodolfo E. "Influencia de la Constitución de los Estados Unidos en las Constituciones de Europa y de América Latina", en *Rev. Fac. Der. Un. Complutense*, 1989, n° 15, p. 681 y ss.

PIZZORUSSO, Alessandro. "I controlli sul Decreto legge in rapporto al problema della forma di governo". *Politica del Diritto*, 2. Bologna: Il Mulino, 1981.

\_\_\_\_\_. *Lecciones de Derecho Constitucional*. (Traducción de Javier Jiménez Campo Prólogo de Francisco Rubio Llorente). Madrid: CEC, 1984.

\_\_\_\_\_. *Manuale di istituzione di diritto pubblico*. Napoli: Jovene, 1997.

\_\_\_\_\_ ; FERRERI, Silvia. *Le fonti dei diritto italiano*. Torino: UTET, 1998.

POLETTI, Ronaldo. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro, 1995.

\_\_\_\_\_. POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

POZZOLO, Susanna. "Un constitucionalismo ambíguo". En: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. pp. 187-210.

\_\_\_\_\_. DUARTE, Ecio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: : as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

PUNSET BLANCO, Ramon. "Normas impugnables y motivos impugnatorios en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 15. Núm. 43. enero-abril, 1995.

RAVERAIRA, M. "Necessità e urgenza dei decreti-legge e legge di conversione". En *Giur. Cost.*, 1986.

RAMOS, Carlos Roberto. *Da Medida Provisória*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RAMOS, Saulo. Consultoria Geral da República. Parecer n°. SR92, 21/06/89. DOU de 23/06/89, p. 10.185.

RESCIGNO, Giuseppe Ugo. "Commento all'art. 87". En: *Commentario della costituzione art. 83-87*, a cura di BRANCA, Giuseppe. Bologna-Roma: Zanichelli, 1978.

RESENDE DE BARROS, Sérgio. *O senado e o controle de constitucionalidade*.

Disponible en: <http://www.academus.pro.br/professor/ivanclementino/O%20senado%20e%20o%20controle%20de%20constitucionalidade.doc>. [Última fecha de consulta: 19.02.2008].

RIBEIRO MENDES, Armindo.. “I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha — Relatório de Portugal”. Separata del *Boletim de Documentação e Direito Comparado*, n.º 71/72, 1997.

RIVÁS PALÁ, Pedro. *Justicia Comunidad, Obediencia. El pensamiento de Sócrates ante la Ley*. Pamplona: EUNSA, 1996.

RODRÍGUEZ, María. “Articolo 77”. En: CRISAFULLI, Vezio; PALADÍN, Livio. (dir) *Commentario breve alla Costituzione*. Padova: Cedam, 1990.

ROMBOLI, Roberto. *Una sentenza “storica”: la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza*. Disponible en: [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). [Última fecha de consulta: 28.12.2009] y en *Foro It.*, 2007, 1986.

ROSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Traducción de Isabel Ortiz Pica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*. Madrid: Espasa-Calpe, 1975.

RUBIO LLORENTE, Franciso. “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 22. Madrid, 1988.

\_\_\_\_\_. “El bloque de constitucionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 9. Núm. 27. septiembre-diciembre, 1989.

\_\_\_\_\_. “Bloque de constitucionalidad (Derecho Constitucional)”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. 1, Madrid: Civitas, 1995.

\_\_\_\_\_. “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”. En: VV.AA. *Manuel Fraga. Homenaje académico*.v. II. Madrid: Fundación Canovas del Castillo, 1997.

RUGGERI, Antonio. *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibili di ulteriori, ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio* (a margine di Corte cost. n. 171 del 2007). Disponible en: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). [Última fecha de consulta: 28.12.2009].

SALAS, Javier. *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*. Madrid: Civitas, 1979.

\_\_\_\_\_. “Los decretos leyes en la teoría y en la practica constitucional”, en *Estudios sobre la constitución. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1991.

SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio; LLEDÓ, Pablo. *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

SÁNCHEZ DE VEGA GARCÍA, Agustín. *¿En qué casos puede el Gobierno dictar decretos-leyes?* Madrid: Tecnos, 1991.

\_\_\_\_\_. "La Cláusula "extraordinaria y urgente necesidad" del Decreto-ley". En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*. Núm. 68. Madrid: CEC. abril-junio, 1990.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. "El control de las disposiciones normativas gubernamentales con rango de ley". *RDP*, 23, 1986, p. 177.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *El régimen constitucional de los decretos-leyes*. Madrid: Tecnos, 1988.

SARTORI, Giovanni. *Elementi di Teoria Politica*. Bologna: Il Mulino, 1987.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Teoría Política*. Versión española de María Luz Morán. Madrid: Alianza, 2000.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Versión española de Manuel Sánchez Sarto. Prólogo de Pedro de Vega. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 213 a 251.

SICLARI, Massimo. *Le "Norme Interposte" nel Giudizio di Costituzionalità*. Padova: CEDAM ( Collana: Ist. dir. pubbl. Fac. giur.-Univ. Roma ) 1992.

SEGURA GINARD, Lluís J. "El control de los decretos-leyes por el Tribunal Constitucional. A propósito de la sentencia de 2 de diciembre de 1983, recaída en el caso Rumasa", en *RAP*, 104, 1984, 1984, pp. 355-374.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA VELLOSO, Carlos Mário. "Delegação Legislativa e Legislação por Associações". *RDP*, nº 92, oct-dic, 1989. São Paulo: RT, 1989.

SILVEIRA NETO, Antonio. *Súmula de efecto vinculante*. Disponible en: <http://www.angelfire.com/ut/jurisnet/art64.html>. [Última fecha de consulta: 08.03.2008].

SILVESTRE, Gaetano. "Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti-legge". En: *Politica del Diritto*. Bologna: Il Mulino, 1996, p. 421 a 444.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Traducción de José M. Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SORRENTINO, Federico. "Ancora sui rapporti tra decreto-legge e legge di conversione: sino a che punto i vizi del primo possono essere sanati dalla seconda?". En *Giur. Cost.*, 2007, 1676.

\_\_\_\_\_. “Controllo di costituzionalità dei decreti legge”, en *Scritti in onore di Costantino Mortati*. Volume IV, Milano: Giuffrè, 1977.

\_\_\_\_\_. “La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione”. Spunti ricostruttivi. En: *Dir. y soc.*, 1974, 506 y ss.

\_\_\_\_\_. “Spunti sul controllo della Corte costituzionale sui decreti-legge e sulle leggi di conversione”, en *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Roma, 1977, p. 761 y ss.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOUZA E BRITO, J., et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional / colóquio no 10º. aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutaçao constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponible en: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. [Última fecha de consulta: 28.03.2008].

SUZUKI, Anderson; DIAS, Fábio Marques; VIOLIN, Marco Antônio. “Constituição Federal e Medidas Provisórias”. En: SOUZA, C.A.M. de. (Coord.). *Medidas Provisórias e Segurança Jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

TÁCITO, Caio. “Medidas provisórias na Constituição de 1988”. *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro. abr./jun. 1989.

TAVEIRA BERNARDES, Juliano. *Controle Abstrato de Constitucionalidade. Elementos Materiais e Princípios Processuais*, São Paulo: Saraiva, 2004.

TORRES ESTRADA, Pedro. *La autonomía municipal y su garantía constitucional directa de protección. Estudio comparado de los supuestos español y mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.

\_\_\_\_\_. (Compilador). *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*. México: Instituto Tecnológico de Enseñanza Superior de Monterrey. Editorial Limusa S.A.; Noriega Editores, 2006.

TUR AUSINA, Rosario. *El control parlamentario de los Decretos-leyes*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_. “A propósito de los decretos-leyes autonómicos: perspectivas y posibilidades”. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, nº. 7, 1999, pp. 289-306.

\_\_\_\_\_. “La participación de la oposición en el control de los Decretos-leyes”. *Cuadernos de derecho público* nº 8, 1999, pp. 91-118.

VALENTINI, Antonio. *Gli atti del presidente della repubblica*, Milano:Giuffrè, 1965.

VEGA GARCÍA, Pedro de. Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual. En: MONREAL, Antoni; VEGA GARCÍA, Pedro de; PORTERO MOLINA, J.A. *División de Poderes. El Poder Legislativo*. Barcelona: Institut de Ciències Plitiques i Socials Universitat de Lleida, 1998.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme às Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999*.

VERGOTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale*. 3ª ed. Padova: Cedam, 2001.

VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias em Matéria Tributária: as Catilinárias Brasileiras*. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica/SP(tese),1999.

\_\_\_\_\_. *Bocage e as Medidas Provisórias: A emenda pior que o soneto*. Disponible en: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1735/1435>. [Última fecha de consulta: 11.03.09].

VIESTI, Giuseppe. *Il Decreto-legge*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1967.

VON BRAUNMÜHL, Claudia. “División de Poderes”. En: GÖRLITZ, Axel. *Diccionario de Ciencia Política*. (Versión española: Jaime Nicolás Muniz y Germán López Orfanel) Madrid: Alianza Editorial, 1980.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_. *Manuale di Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti del Diritto*. Torino: UTET, 1990.

\_\_\_\_\_. *Manuale di Diritto Costituzionale*. Torino: UTET, 1993.

ZANON, Nicolo. *Pubblico Ministero y Costituzione*, Padova: Cedam, 1996.

\_\_\_\_\_. *Decreti-legge, Governo e Regioni dopo la revisione del Titolo V della Costituzione*. Disponible en: [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

\_\_\_\_\_. *Bilancia, Potere legislativo regionale e interventi d’urgenza: non c’è bisognodel decreto legge*. Disponible en:[www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

\_\_\_\_\_. *Cassetti, Decreto-Legge, fonti statali primarie e potestà legislativa regionale*. Disponible en: [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) .